ZJS

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

AUSGABE 1/2010
Seite 1 - 147
3. Jahrgang

**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 Zöller
**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 Zöller
**Webmaster:** Prof. Dr. Thomas Rotsch
**Internetauftritt:** René Grellert
**Anzeigenschaltung:** Marie Heissler
**ISSN:** 1865-6331

## Inhalt

### AUFSÄTZE

*Zivilrecht*

**Der grundbuchrechtliche Rechtshängigkeitsvermerk – ungeregelt und entbehrlich?**
Von Rechtsanwalt Dr. Jörg Zeising, Berlin 1

**Die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft beim Widerruf eines Gesellschafts-beitritts – Gesellschaftsrecht versus Verbraucher-schutz**
Von Wiss. Mitarbeiter René Kliebisch, Jena 10

*Strafrecht*

**Zum Merkmal des „Sichverschaffens" bei der Hehlerei**
Von stud. jur. Markus Wagner, Augsburg 17

*Rechtsgeschichte*

**Recht im „Alten Reich" – Der Usus modernus**
Von Prof. Dr. Martin Heger, Berlin 29

### DIDAKTISCHE BEITRÄGE

*Zivilrecht*

**Einführung in das Insolvenzrecht – Teil 1**
Von Rechtsanwältin Beatrice Keller, München 40

*Öffentliches Recht*

**Entwicklung und Struktur der Europäischen Union – eine graphische Erläuterung**
Von Prof. Dr. Matthias Rossi, Augsburg 49

## ÜBUNGSFÄLLE

### *Zivilrecht*

**Examensklausur – Zivilrecht: Haus am See für Tag am Meer**
Von Ass. jur. Matthias Breidenstein, Erlangen 61

### *Öffentliches Recht*

**Übungsfall: Streit um den Vertrag von Lissabon**
Von Patricia Sarah Stöbener, LL.M., Mattias Wendel, Maître. en droit, Berlin 73

**Übungsfall: „Grenzgänger" – Autobahnblockade im Spiegel deutscher und europäischer Grundrechte und Grundfreiheiten**
Von Prof. Dr. Lothar Michael, Dr. Heiko Sauer, Düsseldorf 86

### *Strafrecht*

**Übungsfall: Ein Jurist auf Abwegen**
Von Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg 98

**Übungsfall: Der gute Ruf des Möbelhauses**
Von Privatdozentin Dr. Katharina Beckemper, Potsdam/ Leipzig, Wiss. Mitarbeiterin Doreen Müller, Leipzig 105

## ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

### *Zivilrecht*

**BGH, Urt. v. 18.9.2008 – V ZR 75/09 (Voraussetzungen verschuldensunabhängiger Ansprüche im Nachbarschaftsrecht)**
(Prof. Dr. Martina Benecke, Augsburg) 114

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

### *Zivilrecht*

**BGH, Beschl. v. 15.9.2009 – VI ZA 13/09 (Verbot der Aufrechnung gegen eine Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung)**
(Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec., Jena) 118

**BGH, Urt. v. 11.3.2009 –VIII ZR 127/08 und v. 16.7.2009 – VIII ZR 231/08 (Keine analoge Anwendung der Kündigungs-beschränkung aus § 577a BGB)**
(Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld) 120

### *Öffentliches Recht*

**BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 (Lissabon in Karlsruhe)**
(Prof. Dr. Andreas Haratsch, Hagen) 122

## ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN (Forts.)

*Strafrecht*

**OLG Hamm, Urt. v. 18.8.2009 – 3 Ss 293/08 (Verstoß gegen den Richtervorbehalt – Gewährleistung eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit)**
(Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg) 129

## BUCHREZENSIONEN

*Zivilrecht*

**Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006**
(Dr. Gregor Roth, Hamburg) 135

*Allgemeines*

**Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen, Rechtstheorie für Studenten, 5. Aufl. 2008**
(Prof. Dr. Roland Schimmel, Frankfurt am Main) 136

*Öffentliches Recht*

**Rudolf Streinz, Europarecht, 8. Aufl. 2008**
(Wiss. Mitarbeiter Dr. David Hummel, Leipzig) 138

*Strafrecht*

**Uwe Hellmann/Katharina Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008**
(Wiss. Mitarbeiterin Tamara Pitz, Augsburg) 139

## VARIA

*Zivilrecht*

**Das Reichsgericht, das Urheberrecht und das Parteiprogramm der NSDAP**
Von Dipl.-Jur. (Univ.) Simon Apel, Bayreuth 141

*Strafrecht*

**Strafbare Entziehung elektrischer Energie durch Aufladen eines Mobiltelefons?**
Von Wiss. Angestellter Dominik Brodowski, LL.M., Tübingen 144

# Der grundbuchliche Rechtshängigkeitsvermerk – ungeregelt und entbehrlich?

Von Rechtsanwalt Dr. **Jörg Zeising**, Berlin

*Bei gesetzlich nicht geregelten Rechtsinstituten ist der Pluralismus in der akademischen Lehre und in der Rechtsprechung besonders groß. Dies trifft auch für den grundbuchlichen Rechtshängigkeitsvermerk zu, hinsichtlich dessen die Meinungen sogar so weit gehen, seine Eintragung als „inhaltlich unzulässig“[1] zu bezeichnen. Der insbesondere auf Studium und Ausbildung zugeschnittene Beitrag will eine mit den Rechtsinstituten Vormerkung und Widerspruch vergleichende Betrachtung und systematische Einordnung des Rechtshängigkeitsvermerkes vornehmen sowie dessen Funktion, Eintragungsvoraussetzungen und Daseinsberechtigung aufzeigen.*

## I. Einleitung

Neben dem Rechtshängigkeitsvermerk sind die Vormerkung und der Widerspruch als weitere spezifisch grundstücksrechtliche Institute zu nennen, wobei alle drei der Sicherungscharakter eint. Unterschiede bestehen hinsichtlich der Sicherungswirkungen und der Eintragungsvoraussetzungen.

### *1. Die Vormerkung*

Die Vormerkung (§§ 883 ff. BGB) dient der Sicherung rein obligatorischer gegenwärtiger oder künftiger, bedingter oder unbedingter Ansprüche, die z.B. auf Vertrag, vertragsähnlichen Rechtsgrundlagen, auf Vermächtnis[2], Bereicherung oder unerlaubter Handlung beruhen können. Stets ist die Vormerkung streng akzessorisch mit der schuldrechtlichen Forderung, die sie sichert. Ist der schuldrechtliche Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer aus § 433 Abs. 2 BGB vormerkungsgesichert, handelt es sich um die praktisch bedeutsame Auflassungsvormerkung:

*Beispiel a:* Schließt der Verkäufer mit dem Käufer einen Grundstückskaufvertrag ab und verkauft und übereignet der Verkäufer hernach das gleiche Grundstück an einen Dritten, so hat der erste Käufer das Nachsehen; er kann nur Schadensersatz vom Verkäufer aus §§ 283, 280 Abs. 1 BGB verlangen, während der Verkäufer dem Erstkäufer gegenüber von seiner Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB frei wird. Ist hingegen zugunsten des Erstkäufers eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen, wäre der Erwerb des Zweitkäufers nach § 883 Abs. 2 BGB vormerkungswidrig und daher relativ unwirksam.

Neben der relativen Unwirksamkeit entgegenstehender Verfügungen (auch solcher, die im Rahmen der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder des Insolvenzverfahrens getroffen werden, § 883 Abs. 2 S. 2 BGB) dient die Vormerkung auch der Rangwahrung beschränkt dinglicher Rechte, § 883 Abs. 3 BGB:

*Beispiel b:* Verpflichtet sich der Grundstückseigentümer gegenüber seiner Bank, ihr für eine Darlehensgewährung eine Hypothek an seinem Grundstück zu bestellen, dann erlangt die Hypothek im Grundbuch den Rang, den sie mit ihrer Eintragung hat. Zwischenzeitliche Eintragungen von Grundpfandrechten anderer Grundpfandgläubiger würden der Hypothek im Rang (und daher z.B. auch in der Zwangsversteigerung, §§ 10 Abs. 1 Nr. 4, 11 Abs. 1 ZVG) vorgehen. Ist jedoch der schuldrechtliche Anspruch der Bank gegen den Grundstückseigentümer auf Einräumung einer Hypothek vormerkungsgesichert, würde sich der Rang der Hypothek nach dem Rang der eingetragenen Vormerkung richten; die Hypothek hätte damit Vorrang vor allen Rechten, die zwar früher als diese, aber nach der Vormerkung eingetragen worden sind.

Die Eintragung einer Vormerkung erfordert entweder die Bewilligung des Betroffenen (in den Beispielen a und b: des jeweiligen Grundstückseigentümers) oder eine einstweilige Verfügung (siehe unter V.2.), § 885 Abs. 1 BGB. Ausnahmsweise wird die Vormerkung unter den Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 GBO von Amts wegen eingetragen.

### *2. Der Widerspruch*

Häufig wird der Unterschied zwischen Vormerkung und Widerspruch kursorisch so umschrieben: Die Vormerkung „prophezeit“ (die der Erfüllung des gesicherten Anspruchs entsprechende dingliche Rechtslage), der Widerspruch „protestiert“ gegen die Richtigkeit des Grundbuchs[3]. Damit ist gemeint, dass der Widerspruch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hinsichtlich einer Eintragung oder Löschung oder Lücke im Grundbuch, gegen die sich der Widerspruch richtet, ausschließt und so einem gutgläubigen Erwerb entgegensteht, § 892 BGB.

*Beispiel c:* Der Bucheigentümer A, der zwar als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, jedoch materiell-rechtlich nicht Grundstückseigentümer ist, veräußert das Grundstück an den gutgläubigen B, der seinerseits Eigentum an dem Grundstück kraft guten Glaubens erlangen kann. Ist jedoch ein Widerspruch gegen das Eigentum im Grundbuch eingetragen, kann B trotz guten Glaubens nicht Eigentum am Grundstück erwerben, § 892 BGB.

Hat A dem bösgläubigen Gläubiger C eine Grundschuld bestellt und überträgt C die Grundschuld an den gutgläubigen D, so hindert der nach Grundschuldbestellung und vor Abtretung eingetragene Widerspruch gegen das Eigentum nicht den gutgläubigen Erwerb der Grundschuld durch D. Erforderlich ist vielmehr ein einzutragender Widerspruch gegen die

---

[1] *Lickleder*, ZZP 114 (2001), 195 (208).

[2] Nicht vor dem Erbfall, BGHZ 12, 115; *Hieber*, DNotZ 1952, 432; *Haegele*, RPfleger 1969, 271.

[3] Formulierung geht zurück auf *v. Reichel*, in: Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 46, 1904, S. 59 (66); vgl. auch *Hager*, JuS 1990, 429 (430).

Grundschuld, um den gutgläubigen Erwerb der Grundschuld durch D auszuschließen[4].

Der Widerspruch wird gemäß § 899 Abs. 1 BGB entweder aufgrund der Bewilligung des vom Berichtigungsanspruch Betroffenen (im Beispiel c: des Bucheigentümers A bzw. des Grundschuldgläubigers C) oder aufgrund einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO (vgl. V.2.) eingetragen. Im Fall des § 1139 BGB genügt der Antrag des Widersprechenden. Von Amts wegen wird der Widerspruch nach §§ 18 Abs. 2, 53 GBO eingetragen.

**II. Der Rechtshängigkeitsvermerk**

Der Rechtshängigkeitsvermerk ist im Gesetz nicht völlig unerwähnt: Gesetzlich modifizierte Ansprüche auf Eintragung eines Rechts- bzw. Anhängigkeitsvermerkes enthalten die §§ 92 Abs. 2, 113 Abs. 3 S. 2, 116 Abs. 2 S. 2 SachenRBerG als Sonderregelungen zur Anpassung der Rechtsverhältnisse im Beitrittsgebiet an das Sachenrecht des BGB bzw. der ErbbauVO sowie § 8 Abs. 4 GBBerG für das Verfahren der Grundbuchberichtigung nach § 8 Abs. 1 GBBerG.

Im Übrigen ist die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes im Gesetz nicht vorgesehen; die Zulässigkeit des Vermerkes wird jedoch nunmehr fast einhellig anerkannt[5]. Der dahinter stehende Rechtsgedanke ist folgender: Wenn ein Rechtsstreit über ein Recht an einem Grundstück anhängig ist, so schließt dies gemäß § 265 Abs. 1 ZPO das Recht der Prozessparteien nicht aus, über das Grundstück zu verfügen, es insbesondere zu veräußern. Jedoch erstreckt § 325 Abs. 1 ZPO die Wirkungen des rechtskräftigen Urteils auch auf die Personen, die nach Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind. Nach § 325 Abs. 2 ZPO gelten jedoch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechend. Das bedeutet, dass die Wirkungen des § 325 Abs. 1 ZPO nur dann gegenüber dem Rechtsnachfolger eintreten, wenn er „bösgläubig" ist. Wann „Bösgläubigkeit" i.S.d. § 325 Abs. 2 ZPO vorliegt und wann die übrigen Voraussetzungen dieser Norm gegeben sind, wird in objektiver und subjektiver Hinsicht von Rechtsprechung und Lehre allerdings unterschiedlich beurteilt.

*1. Reichweite des § 325 Abs. 2 ZPO*

Umstritten ist zunächst, welche objektiven Anforderungen § 325 Abs. 2 ZPO voraussetzt, damit der Erwerber von der Rechtskraft des seinem Veräußerer ungünstigen Urteils freigestellt wird. Grundvoraussetzung für § 325 Abs. 2 ZPO ist zunächst, dass das materielle Recht einen Erwerb vom Nichtberechtigten kraft guten oder öffentlichen Glaubens überhaupt zulässt[6].

*Beispiel d:* A ist Eigentümer eines Mietshauses und hat eine darin befindliche Wohnung an B vermietet. B nimmt den A klageweise auf Zahlung von Vorschuss für Mangelbeseitigungsarbeiten nach § 563a Abs. 2 Nr. 1 BGB in Anspruch[7]. A beabsichtigt, das Hausgrundstück nach Rechtshängigkeit an C zu veräußern. B will einen Rechtshängigkeitsvermerk ins Grundbuch eintragen lassen, um sicherzustellen, dass das Urteil auch gegen C wirkt und C das Grundstück nicht gutgläubig „lastenfrei" erwirbt. Die Eintragung des Vermerks wäre in diesem Fall unzulässig. Nach § 325 Abs. 2 ZPO finden die materiellen Gutglaubensvorschriften bei Veräußerung der streitbefangenen Sache entsprechende Anwendung. Das materielle Recht kennt aber keinen Gutglaubensschutz in Bezug auf Mietverhältnisse und die damit zusammenhängenden Vermieterpflichten; der Erwerber tritt nach § 566 Abs. 1 BGB vielmehr kraft Gesetzes in die Rechte und Pflichten des Vermieters ein, ohne dass er gegenwärtige oder künftige, schwebende oder nicht schwebende Sekundäransprüche des Mieters „gutgläubig wegerwerben" könnte[8].

Ferner kann § 325 Abs. 2 ZPO nur für den Erwerb vom Nichtberechtigten, nicht jedoch vom Berechtigten bemüht werden[9]. Die gegenteilige Auffassung[10] ist abzulehnen, weil

[4] Str., wie hier *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2008, § 892 Rn. 135 m.w.N., a.A. (Widerspruch setzt sich auch gegenüber Zweiterwerbern durch) z.B. RGZ 129, 124; *Stürner*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2002, § 892 Rn. 27 m.w.N.

[5] Z.B. OLG Stuttgart NJW 1960, 1109 f.; OLG Stuttgart OLGZ 1979, 300 (302 f.); OLG Stuttgart Rpfleger 1997, 15; OLG Zweibrücken OLGZ 1989, 260 (261); OLG Schleswig SchlHA 1994, 169; OLG München NJW 1966, 1030; OLG München MDR 2000, 782; OLG Schleswig FamRZ 1996, 175; *Gursky* (Fn. 4), § 892 Rd. 264; *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 899 Rn. 30 f.; *Kössinger*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 899 Rn. 14; *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 899 Rn. 9 ff.; *Holzer*, in: Hügel, Beck´scher Online-Kommentar zur GBO, Ed. 7, Stand: 1.10.2007, § 22 Rn. 34; *Vollkommer*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 27. Aufl. 2009, § 325 Rn. 50; *Leipold*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl. 2008, § 325 Rn. 42; *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 325 Rn. 100; *Rahn*, BWNotZ 1960, 61 ff.; *Böttcher*, Rpfleger 1983, 49 (52); *Stadler*, Jura 2001, 433 (439); *Krug*, ZEV 1999, 161 (165); a.A. *Lickleder*, ZZP 114 (2001), 195 ff.

[6] Z.B. §§ 135 Abs. 2, 932 ff., 936, 892 f., 1138, 1207 f. BGB; §§ 363 f., 366 HGB.

[7] Zum Vorschussanspruch des Mieters vgl. bspw. BGH NJW 1971, 1450; KG NJW-RR 1988, 1039; OLG Düsseldorf NZM 2000, 464; BGHZ 56, 136 = NJW 1971, 1450; *Häublein*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 536a Rn. 24; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 536a Rn. 18; *Derleder*, NZM 2002, 676 (681); *Kinne*, GE 2001, 1235 (1238).

[8] Zu zwischen Vermieter (=Veräußerer) und Mieter zum Zeitpunkt des Erwerbs schwebenden Streitigkeiten wegen Verzuges von Mangelbeseitigungsarbeiten vgl. BGH NJW 2005, 1187.

[9] *Gottwald* (Fn. 5), § 325 Rn. 97; *Leipold* (Fn. 5), § 325 Rn. 38, 42 f.; *Vollkommer* (Fn. 5), § 325 Rn. 45; *Schreiber*, Jura 2008, 121 (123); *Blomeyer*, Zivilprozeßrecht – Erkennt-

sie nicht erklären kann, warum der Gesetzgeber den Schutz des Gutgläubigen an der Regelung orientiert wissen will, die für den Rechtserwerb des Nichtberechtigten nach materiellem Recht getroffen worden ist. Hätte der Gesetzgeber einen Ausschluss der Rechtskrafterstreckung schon dann gewollt, wenn der Erwerber nur hinsichtlich Rechtshängigkeit oder Rechtskraft gutgläubig ist und vom Berechtigten erwirbt, hätte er es anders formulieren können. Vielmehr macht der Verweis auf die materiellen Regelungen des Erwerbs vom Nichtberechtigten nur Sinn, wenn § 325 Abs. 2 ZPO den Erwerb vom Nichtberechtigten trotz Rechtshängigkeit bzw. Rechtskraft sicherstellen will. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, welcher praktische Schutz mit einer Anwendung des § 325 Abs. 2 ZPO auf den Erwerb vom Berechtigten verbunden wäre.

Objektiv verlangt § 325 Abs. 2 ZPO ferner, dass ein materiell-rechtlicher Erwerb überhaupt wirksam erfolgt ist. Scheitert der Erwerb (z.B. an der Bösgläubigkeit des Erwerbers, an einem eingetragenen Widerspruch gemäß § 892 Abs. 1 S. 1 BGB oder an § 935 ZPO hinsichtlich beweglicher Sachen), so ist schon der Anwendungsbereich des § 325 Abs. 1 ZPO nicht eröffnet, da es an einer Rechtsnachfolge im Eigentum fehlt. Für eine denkbare Rechtsnachfolge im Besitz nach § 325 Abs. 1, 2. Altern. ZPO sieht das materielle Recht allerdings keinen „Erwerb vom Nichtberechtigten" vor. Besteht demgemäß eine Rechtskraftbindung nach § 325 Abs. 1 ZPO nicht, ist die Frage nach einem rechtskraftfreien Erwerb nach § 325 Abs. 2 ZPO bei gescheitertem Eigentumserwerb obsolet.

*2. „Doppelte Gutgläubigkeit" des Erwerbers?*

In subjektiver Hinsicht wird im Rahmen des § 325 Abs. 2 ZPO die sog. „doppelte Gutgläubigkeit" des Erwerbers zitiert, die allerdings durchaus mehrdeutig verstanden werden kann. „Doppelte Gutgläubigkeit" beschreibt zunächst den guten Glauben des Erwerbers in zweifacher Hinsicht: materiell-rechtliche Gutgläubigkeit einerseits und Gutgläubigkeit hinsichtlich der Rechtshängigkeit andererseits. An die „doppelte Gutgläubigkeit" des Erwerbers werden nun verschiedene Rechtsfolgen geknüpft, die jedoch streng voneinander getrennt betrachtet werden müssen. Die „doppelte Gutgläubigkeit" des Erwerbers wird als Voraussetzung zum einen für den Eigentumserwerb an sich und zum anderen für den gutgläubig „präjudizfreien" Erwerb i.S.d. § 325 Abs. 2 ZPO bemüht, was keineswegs kritikfrei ist.

*a) Keine „doppelte Gutgläubigkeit" für den materiell-rechtlichen Erwerb*

Entgegen einer verbreiteten Meinung[11] wird der materielle Erwerb durch § 325 Abs. 2 ZPO nicht durch Aufstellung einer zusätzlichen Voraussetzung erschwert. Entscheidend ist nämlich, dass der Gesetzgeber mit der in § 325 Abs. 2 ZPO angeordneten entsprechenden Anwendung der Gutglaubensvorschriften nur prozessuale, nicht jedoch auch materiell-rechtliche Konsequenzen verknüpft, was sich aus Folgendem ergibt:

§ 325 Abs. 2 ZPO schafft keine zusätzliche materiell-rechtliche Erwerbsvoraussetzung für den Erwerb vom Nichtberechtigten dergestalt, dass für den gutgläubigen Eigentumserwerb neben den Voraussetzungen des § 892 BGB auch noch die Gutgläubigkeit des Erwerbes hinsichtlich der Rechtshängigkeit vorliegen müsse. Hiergegen spricht, dass die Rechtskraft eines Urteils nach allgemeinem Verständnis die materielle Rechtslage nicht beeinflusst[12]. Die prozessualen Wirkungen eines Urteils erstrecken sich eben nur auf die Prozessparteien inter partes und schaffen keine inter omnes gültigen materiell-rechtlichen Erwerbshindernisse. Die ausschließlich prozessuale Konsequenz des § 325 Abs. 2 ZPO besteht demgemäß nur darin, die Möglichkeit des obsiegenden Klägers, sich gegenüber dem Erwerber auf die Feststellungen des rechtskräftigen Urteils zu berufen, zu begrenzen, nicht darin, in die materiell-rechtlichen Erwerbsvoraussetzungen einzugreifen.

*b) Keine „doppelte Gutgläubigkeit" für den gutgläubig „präjudizfreien" Erwerb*

Die h.M.[13] und die Rechtsprechung[14] wollen unter Hinweis auf den in § 325 Abs. 2 ZPO enthaltenen Verweis auf die materiell-rechtlichen Gutglaubensvorschriften den Erwerber nur dann vor der Rechtskraft des seinem Veräußerer ungünstigen Urteils schützen, wenn sich sein guter Glaube sowohl auf die materielle Berechtigung des Veräußerers als auch auf die Nicht-Rechtshängigkeit eines Rechtsstreits über das materielle Recht des Veräußerers bezieht (sog. „doppelte Gutgläubigkeit" des Erwerbers). Die Gegenmeinung lässt Gut-

nisverfahren, 2. Aufl. 1995, § 92 III 2; *Calavros*, Urteilswirkungen zu Lasten Dritter, S. 101 ff.

[10] *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Kommentar zur ZPO, 67. Aufl. 2009, § 325 Rn. 97; *Reichelt*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 30. Aufl. 2009, § 325 Rn. 8.

[11] RGZ 79, 165; BGHZ 4, 285; *Leipold* (Fn. 5), § 325 Rn. 36 m.w.N.; *Wieczorek*, Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, § 325 Rn. 109; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl. 2004, § 155 II 2 Rn. 11; *Henckel*, ZZP 82 (1969), 333 (358); *Romeick*, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches III, 1904, S. 125.

[12] *Blomeyer* (Fn. 9), § 92 III 2; *Lickleder*, ZZP 114 (2001) 195 (203).

[13] *Leipold* (Fn. 5), § 325 Rn. 38; *Gottwald* (Fn. 5), § 325 Rn. 97; *Vollkommer* (Fn. 5), § 325 Rn. 46; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 11), § 155 Rn. 11; *Blomeyer* (Fn. 9), § 92 III 2; *Calavros* (Fn. 9), S. 101 ff.; *Henckel*, ZZP 82 (1969), 333 (341, 358 f.); *Scholz-Mantel*, Der Begriff des Rechtsnachfolgers im Sinne des § 325 ZPO, 1969, S. 263a ff.

[14] RGZ 79, 165 (168); 88, 267 (268); BGHZ 4, 283 (285); KG JW 1932, 191 f.

gläubigkeit hingegen nur hinsichtlich der Rechtshängigkeit genügen[15].

Die Antwort hierzu liegt in der Regelung des § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO: Danach wirkt ein Urteil, das einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld betrifft, gegen den Erwerber eines Grundstücks auch dann, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat. Nach unbestrittener Auffassung[16] sind von dieser Vorschrift solche Entscheidungen nicht erfasst, die Ansprüche aus sonstigen eingetragenen Rechten (z.B. Grunddienstbarkeiten, Nießbräuchen) betreffen. Auf den ersten Blick scheint § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO eine überflüssige Regelung[17] zu sein, da ein gutgläubig-lastenfreier Erwerb des Grundstücks nach materiellem Recht aufgrund der eingetragenen Belastung schon nicht möglich ist (vgl. § 892 BGB). Nach der unter II.1. dargestellten Auffassung müsste deshalb ein gutgläubig „präjudizfreier" Erwerb auch ohne die Regelung des § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO ausgeschlossen sein; es bleibt damit bei der Grundregel des § 325 Abs. 1 ZPO. Aber der Gesetzgeber hat nicht ohne Grund die Anordnung, Gutgläubigkeit allein hinsichtlich der Rechtshängigkeit schütze noch nicht vor Rechtskrafterstreckung, für erforderlich gehalten und sie auf den in § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO umschriebenen Teilbereich begrenzt. Anders ausgedrückt: Der Gesetzgeber hat bewusst von einer allgemeinen Klarstellung in Bezug auf jedes im Grundbuch eingetragene Recht verzichtet. Die Regelung macht eben nur Sinn, dass im Umkehrschluss der gute Glaube an die Rechtshängigkeit vor einer Rechtskrafterstreckung entweder ohne diese Anordnung oder außerhalb des Anwendungsbereiches dieser Norm (z.B. bei Klagen aus Dienstbarkeiten oder Nießbräuchen) bewahren kann. Insbesondere bei nicht in § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO erwähnten eingetragenen Rechten soll allein der gute Glaube an die Rechtshängigkeit – und nur auf diesen stellt der Gesetzgeber dem Wortlaut nach ab – einen rechtskraftfreien Erwerb des Grundstücks ermöglichen. Die subjektiven Anforderungen (Gutgläubigkeit nur hinsichtlich der Rechtshängigkeit) können aber in § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO nicht anders sein als in § 325 Abs. 2 ZPO, denn in beiden Fällen ist das streitgegenständliche Grundstück bzw. das Grundstück, auf dem das dingliche Recht lastet, Veräußerungsgegenstand.

Hätte der Gesetzgeber bei den in § 325 Abs. 3 S. 1 ZPO nicht erwähnten eingetragenen Rechten auch materielle Gutgläubigkeit für einen rechtskraftfreien Erwerb verlangt, hätte er dies ohne Weiteres anordnen können. Und dass Kenntnis von der Rechtshängigkeit nicht zugleich materielle Bösgläubigkeit voraussetzt, sondern an verschiedenen Stellen allenfalls gleichgestellt wird, zeigt sich z.B. in den §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 987, 989, 990 Abs. 1, 994 Abs. 2 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken: Wer von der Anhängigkeit eines Rechtsstreits um den erworbenen Gegenstand gewusst hat, gilt als hinreichend gewarnt, ohne dass er zugleich materiell in bösem Glauben gewesen sein muss.

Freilich wird das Erfordernis der „einfachen" Gutgläubigkeit (nur hinsichtlich der Rechtshängigkeit) in gewisser Weise insofern „verwässert", als für § 325 Abs. 2 ZPO ein voll wirksamer Erwerb vom Nichtberechtigten – wie hier (vgl. II.1.) – verlangt wird. Letzteres setzt ja gerade auch den materiell-rechtlichen guten Glauben voraus, was im Ergebnis doch zum Erfordernis der „doppelten Gutgläubigkeit" zu führen scheint. Anliegen dieses Beitrages ist es jedoch auch, beide subjektiven Komponenten in einer strengen Abstraktion zu verdeutlichen: Objektive Voraussetzung des § 325 Abs. 2 ZPO ist der wirksame Erwerb vom Nichtberechtigten, wofür – und nur hierfür – u.a. materielle Gutgläubigkeit vorliegen muss. In subjektiver Hinsicht setzt § 325 Abs. 2 ZPO nur prozessuale Gutgläubigkeit voraus. Ist der Erwerber materiell bösgläubig, scheitert bereits ein materieller Erwerb, so dass schon eine Rechtskraftbindung nach § 325 Abs. 1 ZPO ausscheidet. Ist der Erwerber nur prozessual bösgläubig, kommt eine Rechtskraftbindung nach § 325 Abs. 1 ZPO, nicht jedoch ein gutgläubig „präjudizfreier" Erwerb nach § 325 Abs. 2 ZPO in Betracht.

Aus dem in § 325 Abs. 2 ZPO enthaltenen Verweis auf das materielle Recht ergeben sich zugleich die Anforderungen, die an den guten Glauben hinsichtlich der Rechtshängigkeit zu stellen sind. Hiernach beurteilt sich, ob lediglich positive Kenntnis (wie z.B. bei § 892 BGB für Grundstücke) oder auch grobe Fahrlässigkeit (wie bei § 932 Abs. 2 BGB für bewegliche Sachen) schadet[18]. Und wenn der Gesetzgeber durch den Verweis auf die materiellen Gutglaubensvorschriften auch die hieraus resultierende Beweislastverteilung hinsichtlich der auf die Rechtshängigkeit bezogenen Bösgläubigkeit geregelt wissen sollte[19], so ergibt sich Folgendes: Die sich aus materiellem Recht ergebende Darlegungs- und Beweislast liegt wegen der Negativfassung des § 892 Abs. 1 S. 1 BGB bei dem, der die Unanwendbarkeit der §§ 892 f. BGB wegen der Kenntnis des Erwerbers behauptet[20]. Im Folgeprozess zwischen dem Sieger (Prätendent) im Erstprozesses und dem Erwerber ist Ersterer für die Tatsache, dass der Erwerber positiv Kenntnis von der Rechtshängigkeit des Rechtsstreits zwischen dem Prätendent und dem Veräußerer hatte und daher ein gutgläubig „präjudizfreier" Erwerb nach § 325 Abs. 2 ZPO ausscheidet, beweisbelastet. Nach der allgemeinen prozessualen Beweislastregel, wonach der Anspruchsteller für die rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner hingegen für die rechtshindernden, rechtsvernichtenden

[15] *Hartmann* (Fn. 10) § 325 Rn. 9; *Reichelt* (Fn. 10), § 325 Rn. 8; *Lickleder*, ZZP 114 (2001), 195 (203 f.); *v. Olshausen*, JZ 1988, 584 (592 f.).

[16] BGH NJW 1960, 1348.

[17] *Gottwald* (Fn. 5), § 325 Rn. 104; *Musielak*, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2009, § 325 Rn. 28; *v. Olshausen*, JZ 1988, 584 (587 f.).

[18] *Leipold* (Fn. 5), § 325 Rn. 43; *Gottwald* (Fn. 5), § 325 Rn. 99; *Hartmann* (Fn. 10) § 325 Rn. 9; *Vollkommer* (Fn. 5), § 325 Rn. 46; *Musielak* (Fn. 17), § 325 Rn. 27; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 30. Aufl. 2009, § 325 Rn. 8.

[19] So *v. Olshausen*, JZ 1988, 584 (590).

[20] *Gursky* (Fn. 4), § 892 Rn. 140 f., 172 f.; *Kohler* (Fn. 5), § 892 Rn. 49.

und rechtshemmenden Merkmale beweisbelastet ist[21], wäre dies nicht ohne weiteres der Fall.

Die Kenntnis der Rechtshängigkeit steht damit der Kenntnis eines Rechtsmangels gleich[22]. Deshalb muss es möglich sein, den guten Glauben bezüglich der Rechtshängigkeit auszuschließen, was nur bei einer entsprechenden Eintragung im Grundbuch gesichert ist (vgl. § 892 Abs. 1 S. 2 BGB).

Der Rechtshängigkeitsvermerk beseitigt daher die Möglichkeit, dass ein redlicher Erwerber gemäß § 892 BGB das betreffende Recht erwirbt. Ohne die Eintragung eines solchen Vermerkes wäre der wahre Berechtigte – von den Möglichkeiten des Widerspruchs nach § 892 Abs. 1 S. 1 BGB einmal abgesehen – gegenüber Erwerbern, welche während des laufenden Rechtsstreits das Grundstück erwerben, schutzlos ausgeliefert, da eine Mitteilung über den laufenden Rechtsstreit an alle möglichen potentiellen Erwerber faktisch undurchführbar ist[23].

*Beispiel e:* A begehrt von dem im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen B klageweise die Berichtigung des Grundbuches nach § 894 BGB dahingehend, dass A als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird. Veräußert B nach Zustellung der Klage des A das Grundstück an C, muss sich C die Rechtswirkungen eines stattgebenden Urteils nach § 325 Abs. 1 ZPO entgegenhalten lassen, es sei denn, C ist im Hinblick auf die Rechtshängigkeit der Klage des A gutgläubig. Dann besteht – neben der Möglichkeit, dass der C aufgrund der Grundbuchlage gutgläubig Eigentum erwirbt, § 892 Abs. 1 BGB – die Gefahr, dass A erneut gegen C seinen Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB klageweise geltend machen muss. Um die Gutgläubigkeit im Bezug auf die Rechtshängigkeit auszuschließen, kann A im Grundbuch in Abteilung 2 einen Vermerk z.B. mit dem Inhalt „Es ist ein Rechtsstreit zwischen A und B vor dem Landgericht … zu Az. … anhängig." eintragen lassen.

### III. Funktion des Rechtshängigkeitsvermerkes

Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nach § 325 Abs. 2 ZPO kann jedoch nur durchgreifen, soweit eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Veräußerers stattfindet. Dies ist nach § 265 Abs. 1 ZPO dann der Fall, wenn die streitbefangene Sache veräußert oder abgetreten wird. Im obigen Fall (e) der Grundbuchberichtigung ist das Grundstück selbst streitbefangen, und gerade dies würde der Rechtshängigkeitsvermerk zum Ausdruck bringen. Es ist mithin zweifelhaft (und soll gerichtlich durch den von A verfolgten Grundbuchberichtigungsanspruch geklärt werden), ob B berechtigt ist, das Grundstück an C zu veräußern, ob also B eine dingliche Rechtsposition am Streitgegenstand hat, die ihn zur Veräußerung berechtigt. Diese Zweifel sollen durch die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks auch bei C aufkommen und so seine Gutgläubigkeit im Bezug auf die Rechtshängigkeit ausschließen.

Fraglich ist aber, ob der Rechtshängigkeitsvermerk auch für die Fälle zulässig sein kann, bei denen ein schuldrechtlicher Anspruch Gegenstand einer Klage ist.

*Beispiel f:* A ist aufgrund notariellen Kaufvertrages dem B gegenüber zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet. B nimmt den A klageweise auf Auflassung dieses Grundstücks in Anspruch. B will durch Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks verhindern, dass A während des Rechtsstreits das Grundstück an C veräußert, weil dann seine Eigentumsverschaffungsklage wegen § 275 Abs. 1 BGB abgewiesen werden würde.

*Beispiel g:* A hat den B mit der Vornahme von Erdaushubarbeiten auf seinem – des A – Grundstück beauftragt. Als A den Werklohn an B nicht zahlt, nimmt B den A klageweise auf Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek im Grundbuch nach § 648 Abs. 1 BGB in Anspruch. B will durch Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks verhindern, dass A das Grundstück nach Rechtshängigkeit an C veräußert, weil dann die Voraussetzungen des § 648 Abs. 1 BGB (Identität zwischen Besteller und Grundstückseigentümer) – jedenfalls zum Schluss der mündlichen Verhandlung – nicht gegeben wären und die Klage des B abgewiesen werden würde.

Die Meinungen hierzu sind geteilt, wenngleich sich eine h.M. gegen die Zulässigkeit des Rechtshängigkeitsvermerks in diesen Fällen herauskristallisiert[24]. Zwei Punkte sprechen – der h.M. folgend – entscheidend gegen die Zulässigkeit:

Zum einen ist bei schuldrechtlichen Ansprüchen das Grundstück, auf das diese sich beziehen, nicht streitgegenständlich. Den Streitgegenstand bilden vielmehr die schuldrechtlichen Ansprüche selbst. Daher liegen bereits die Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 ZPO nicht vor, so dass aus diesem Grund ein Schutz des im Bezug auf die Rechtshängigkeit gutgläubigen Erwerbers nach § 325 Abs. 2 ZPO nicht bestehen kann.

Zum anderen kann bei schuldrechtlichen Ansprüchen ein Gutglaubensschutz nicht eingreifen, was letztlich der Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis geschuldet ist: Wer lediglich schuldrechtlich zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet ist, unterliegt keinem Verfügungsverbot, das einer wirksamen Verfügung an einen Dritten entgegenstehen könnte. Hieran ändert auch die Erhebung einer auf Eigentumsverschaffung gerichteten Klage nichts. Derjenige, der nach Rechtshängigkeit des Verschaffungs- oder sonstigen schuldrechtlichen Anspruchs das fragliche Grundstück erwirbt, erwirbt es vom Berechtigten; auf seine

[21] Vgl. BGB E I § 193 (zu „Begründung", „Aushebung" und „Hemmung"); ferner z.B. BGH NJW 1999, 352 (353), *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 286 Rn. 110 f.

[22] RGZ 79, 165 (168).

[23] OLG München NJW 1966, 1030; OLG Zweibrücken NJW 1989, 1098.

[24] BGHZ 39, 21; OLG Braunschweig MDR 1992, 74; OLG Stuttgart Rpfleger 1997, 15; OLG Schleswig FamRZ 1996, 175; *Gursky* (Fn. 4), § 892 Rn. 264; *Kohler* (Fn. 5), § 899 Rn. 30; a.A. OLG München NJW 1966, 1030.

Gutgläubigkeit kommt es nicht an. Mangels Relevanz des guten Glaubens für die Wirksamkeit der Verfügung ist daher die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes ebenfalls bedeutungslos. Die Grundbuchlage spiegelt die wahre materielle Rechtslage richtig wider, und der im Grundbuch eingetragene Eigentümer ist aufgrund seines Eigentums jederzeit formell und materiell dinglich berechtigt, das Eigentum wirksam zu übertragen, unabhängig davon, ob der mögliche Erwerber Kenntnis von der Rechtshängigkeit des schuldrechtlichen Anspruchs hätte.

Es ist also festzuhalten, dass die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks nur bei solchen Klagen in Betracht kommt, bei denen es um die Existenz oder den Umfang einer dinglichen, nicht lediglich schuldrechtlichen Rechtsposition geht. In den beiden Fällen f) und g) kann demgemäß ein Rechtshängigkeitsvermerk nicht eingetragen werden, weil nicht eine dingliche Rechtsposition des A in Zweifel gezogen wird, sondern allenfalls seine schuldrechtliche Verpflichtung aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 648 Abs. 1 BGB im Streit steht. Diese und auch die Rechtshängigkeit der Ansprüche hindern den A nicht, über das Grundstück wirksam durch Veräußerung an C zu verfügen. Allerdings stehen dem B zur Vermeidung der oben geschilderten Rechtsnachteile andere Sicherungsmittel zur Verfügung (siehe IV.).

### IV. Systematische Stellung des Rechtshängigkeitsvermerkes

Der Rechtshängigkeitsvermerk (wie auch die Rechtshängigkeit selbst) zieht keine rechtliche Verfügungsbeschränkung nach sich, wie sich aus § 265 ZPO ergibt. Er kann allerdings eine wirtschaftliche oder faktische Verfügungsbeschränkung zur Folge haben, weil er – dem Schutz des klagenden Prätendenten dienend – für den Fall des Eintritts einer Rechtsnachfolge auf Seiten des Beklagten die Erstreckung der Rechtskraft des vom Kläger erwirkten Urteils auf den Rechtsnachfolger sicherstellt.

Der Vermerk unterscheidet sich von der Vormerkung (§ 883 BGB), vom Widerspruch (§ 53 GBO, §§ 899, 894 BGB) und vom gerichtlichen Veräußerungsverbot (§ 938 Abs. 2 ZPO). Die Vormerkung soll einen schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück etc. sichern (§ 883 Abs. 1 S. 1 BGB), wobei auch ein künftiger oder bedingter Anspruch ausreicht (§ 883 Abs. 1 S. 2 BGB). Es handelt sich daher bei der Vormerkung nicht um eine Grundbuchberichtigung, sondern um Sicherung eines Anspruchs auf Änderung des durch das Grundbuch nachgewiesenen Rechtsstandes. Im Fall f) kann sich B zwar nicht mit einem Rechtshängigkeitsvermerk gegen die Verfügung des A an C schützen, wie gezeigt; jedoch kann B seinen Eigentumsverschaffungsanspruch gegen A durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung sichern, die sich auch bei einem Erwerb durch C durchsetzen würde. Analog besteht im Fall g) die Möglichkeit für B, seinen sich aus § 648 Abs. 1 BGB ergebenden schuldrechtlichen Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek durch Eintragung einer hierauf gerichteten Vormerkung zu sichern, die sich gleichsam bei einer Verfügung des A an C gegen Letzteren rangwahrend durchsetzen würde.

Der Widerspruch hingegen soll auf die Unrichtigkeit einer Eintragung im Grundbuch hinweisen und bezweckt, den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs zu sichern. Er dient mithin zur Erhaltung des Rechts, die Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 BGB zu verlangen. Er ist eine Schutzeintragung für das diesem Anspruch zugrunde liegende dingliche Recht[25]. Der Widerspruch führt also selbst keine Berichtigung des Grundbuchs herbei, sondern bewirkt lediglich, dass sich die materielle Rechtslage nicht mehr durch einen Erwerb kraft öffentlichen Glaubens ändern und so das unrichtig gebuchte Recht vereiteln kann.

Während beim Widerspruch die Unrichtigkeit des Grundbuchs wegen der Unrichtigkeit der materiellen Rechtslage geltend gemacht wird und deshalb der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen werden soll, besagt der Rechtshängigkeitsvermerk nur, dass ein Rechtsstreit bezüglich einer unmittelbaren rechtlichen Beziehung einer Partei zum Grundstück anhängig ist, dessen Verlauf und Ausgang offen und auch von der wahren Rechtslage verschieden sein kann. Der Rechtshängigkeitsvermerk beinhaltet damit nur den Hinweis auf eine möglicherweise eintretende Unrichtigkeit des Grundbuchs, die aber durch rein prozessuale Handlungen verhindert werden kann; der Widerspruch hat hingegen die Unrichtigkeit der formellen Grundbuchlage zum Inhalt. Im Vergleich zum Widerspruch ist damit der Rechtshängigkeitsvermerk ein Sicherungsmittel von wesentlich geringerem Gewicht[26].

Im obigen Beispiel e) hätte A Gutglaubensschutz auch durch die Eintragung eines Widerspruchs nach §§ 899, 894 BGB erlangen können. Dies würde aber voraussetzen, dass A hierzu entweder die Eintragungsbewilligung des B nach § 899 Abs. 2 S. 1, 2. Altern. BGB, §§ 19, 29 GBO einholt (die B freiwillig wohl nicht abgeben würde) oder aber nach § 899 Abs. 2 S. 1, 1. Altern. BGB, § 941 ZPO, § 38 GBO verfährt; letzterenfalls müsste er die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Verfahren nach § 935 ZPO glaubhaft machen können.

Die Eintragung eines gerichtlichen Veräußerungsverbotes hat hingegen – im Gegensatz zu Vormerkung und Widerspruch – berichtigende Wirkung. Denn das Veräußerungsverbot tritt mit Zustellung der einstweiligen Verfügung nach § 938 Abs. 2 ZPO sofort in Kraft, ohne dass es dazu einer Eintragung im Grundbuch bedarf. Von diesem Zeitpunkt an ist das Grundbuch unrichtig, da es die durch das Verbot bewirkte Verfügungsbeschränkung nicht ausweist. Da dieses aber nach den Gutglaubensvorschriften überwunden werden kann, §§ 136, 135 Abs. 2 BGB, muss das Verbot im Grundbuch vermerkt werden, um zu verhindern, dass die wahre Rechtslage im Rahmen eines Erwerbes kraft öffentlichen Glaubens nach § 892 Abs. 1 S. 2 BGB unberücksichtigt bleibt.

[25] OLG Stuttgart DNotZ 1980, 106 (107).
[26] BayObLG JurBüro 1993, 227 (228); OLG München Rpfleger 2000, 106 (107).

**V. Eintragungsvoraussetzungen**

Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes sind umstritten. So wird vertreten, dass hierfür der Weg der Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO gangbar und somit der Nachweis der Rechtshängigkeit in der Form des § 29 GBO ausreichend ist[27]. Nach der Gegenmeinung kann die Eintragung des Vermerkes, wenn der Betroffene sie nicht bewilligt, nur im Wege der einstweiligen Verfügung erzwungen werden[28].

*1. Eintragung aufgrund Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO*

Damit nach § 22 Abs. 1 GBO vorgegangen werden kann, muss es sich bei der Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes um eine Grundbuchberichtigung handeln. Eine berichtigende Eintragung bekundet eine Rechtsänderung, die außerhalb des Grundbuchs eingetreten ist. Sie führt also – unabhängig von deren verfahrensrechtlicher Begründung – materiell-rechtlich nicht zu einem Rechtsübergang, weil das Grundbuch entweder von Anfang an unrichtig war oder eine Rechtsänderung außerhalb des Buchs eingetreten ist; es handelt sich lediglich um beurkundende Eintragungen[29].

Man könnte mit dem OLG München vertreten, dass im Grundbuch auch ein Hinweis auf eine künftig eintretende oder auch nur künftig „möglicherweise eintretende Unrichtigkeit“[30] möglich wäre. Denn der Rechtshängigkeitsvermerk besage, dass ein Rechtsstreit im Bezug auf das Grundstück anhängig sei, in dessen Ergebnis sich möglicherweise eine Unrichtigkeit des Grundbuchs ergeben könnte. Dem ist jedoch entscheidend damit entgegenzutreten, dass die Möglichkeit einer künftigen Unrichtigkeit des Grundbuchs keine Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 GBO ist. Das Grundbuch kann künftige Tatsachen nur dann dokumentieren, wenn diese die gegenwärtige Rechtslage beeinflussen; im Übrigen bekundet das Grundbuch nur gegenwärtige Rechtsverhältnisse[31].

Darüber hinaus ist die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht vom Ausgang des Rechtsstreits, auf den der Rechtshängigkeitsvermerk verweist, abhängig. Das Urteil hat keine rechtsgestaltende, sondern lediglich feststellende Wirkung, so dass bereits aus diesem Grund von einer urteilsbedingt „künftig eintretenden Unrichtigkeit“ des Grundbuchs nicht gesprochen werden kann.

Eine Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes kommt daher nur dann unter dem Gesichtspunkt einer Grundbuchberichtigung in Betracht, wenn die Tatsache der Rechtshängigkeit eine Unrichtigkeit des Grundbuchs bewirkt hat, wenn also die Klageerhebung zu einer Änderung der materiellen Rechtslage geführt hat. Dabei kann nicht jede Tatsache Einzug ins Grundbuch finden, sondern nur eine solche, die in irgendeiner Weise rechtlich erheblich werden kann. Das ist zum einen der Fall, wenn die Eintragung konstitutive Wirkung hat, zum anderen, wenn an die Eintragung bzw. Nichteintragung Gutglaubenstatbestände anknüpfen.

Die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerks hat eindeutig keine konstitutive Wirkung, denn zwischen den Parteien tritt Rechtshängigkeit nach § 261 Abs. 1 ZPO mit Zustellung der Klageschrift, also unabhängig von einer Grundbucheintragung ein.

Der Gesetzgeber überträgt die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils nach § 325 Abs. 2 ZPO nur dann auf den Erwerber, wenn ihm die Rechtshängigkeit positiv bekannt war oder aber ein Rechtshängigkeitsvermerk im Grundbuch eingetragen war. Tatsächlich besteht im Falle der Nichteintragung des Vermerkes und der Gutgläubigkeit des Erwerbers die Möglichkeit des gutgläubig „präjudizfreien“ Erwerbs.

Die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes kann aber auch nur einen solchen – eben genannten – Erwerb verhindern, sie kann einen Eigentumserwerb nicht schlichtweg verhindern. Kommen der Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes daher keine materiellen Wirkungen zu, etwa dass sie einen gutgläubigen Eigentumserwerb verhindern könnte, kann auch ein materieller Gutglaubensschutz des Rechtsverkehrs hierdurch nicht begründet werden. Tatsachen, die rein prozessuale Wirkungen mit sich bringen, die im Falle ihrer Nichteintragung einen materiell-rechtlichen Rechtsverlust nicht verhindern können, wirken im Falle ihrer Eintragung im Grundbuch nicht „berichtigend“ und sind demgemäß auch nicht nach § 22 Abs. 1 GBO eintragungsfähig.

*2. Eintragung durch einstweilige Verfügung nach §§ 935, 941 ZPO*

Wenn eine freiwillige Eintragungsbewilligung des Betroffenen – wie in den meisten Fällen – nicht vorliegt, kann die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks nur aufgrund einer einstweiligen Verfügung (Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO) durchgesetzt werden.

---

[27] OLG Stuttgart OLGZ 1979, 300; OLG Zweibrücken OLGZ 1989, 260 (262 ff.); OLG Schleswig SchlHA 1994, 168; OLG Schleswig FamRZ 1996, 176; OLG München Rpfleger 2000, 106 (107); OLG Braunschweig MDR 1992, 74; OLG Braunschweig NJW-RR 2005, 1099 (1100 f.); BayObLG NJW-RR 2003, 234; 2004, 1461; BayOLG Rpfleger 2003, 132; 2004, 691; LG Braunschweig NdsRpfl 1955, 174; LG Potsdam NJOZ 2004, 2906 (2907); *Stürner* (Fn. 4), § 899 Rn. 14; *Kössinger* (Fn. 5), § 899 Rn. 14; *Bassenge* (Fn. 5), § 899 Rn. 7; *Baur/Stürner*, Lehrbuch des Sachenrechts, 18. Aufl. 2008, § 18 Rn. 42; *Rahn*, BWNotZ 1960, 61; *Kohler*, Das Verfügungsverbot gemäß § 938 Abs. 2 ZPO im Liegenschaftsrecht, 1984, S. 91 ff.; *Heinrich/Heinrich*, JuS 1996, 1019 (1022); *Mai*, BWNotZ 2003, 108 (110).

[28] OLG Stuttgart NJW 1960, 1109 f.; OLG München NJW 1966, 1030; *Gursky* (Fn. 4), § 899 Rn. 102; *Kohler* (Fn. 5), § 899 Rn. 31; *Leipold* (Fn. 5), § 325 Rn. 42; *Holzer* (Fn. 5), § 22 Rn. 34; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1654; *Lickleder*, ZZP 114 (2001), 195 (196 ff., 200, 207); *Wächter*, NJW 1966, 1030.

[29] BayObLGZ 34, 179 (181); *Holzer* (Fn. 5), § 22 Rn. 9.

[30] Rpfleger 2000, 106 (107).

[31] *Lickleder*, ZZP 114 (2001), 195 (199).

*a) Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung*

Im Bereich des zivilprozessualen einstweiligen Rechtsschutzes (Arrestverfahren, einstweilige Verfügung) wird das Gericht das Bestehen eines Anspruchs wegen einer besonderen Eilbedürftigkeit summarisch prüfen und im Ergebnis dessen den Erlass eines Arrestbefehls bzw. einer einstweiligen Verfügung beschluss- oder urteilsförmig anordnen oder ablehnen. Je nach Zielrichtung unterscheidet man im Bereich der einstweiligen Verfügung die Sicherungsverfügung nach § 395 ZPO, die auf die Sicherung eines status quo (Sicherung eines nicht auf Geld gerichteten Anspruchs in Abgrenzung zum Arrest, § 916 ZPO) gerichtet ist, die Regelungsverfügung nach § 940 ZPO, die auf die vorläufige Schaffung eines status quo (vorläufige Regelung eins streitigen Rechtsverhältnisses) abzielt, und die sog. Leistungs- oder Befriedigungsverfügung nach § 940 ZPO analog[32], bei der ausnahmsweise das eigentlich nur vorläufige Verfügungsbegehren mit der Hauptsache übereinstimmt.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist schlüssig, wenn der Antragsteller Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund glaubhaft machen kann, §§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO. Der Verfügungsanspruch beschreibt hierbei den materiell-rechtlichen Anspruch des Antragstellers gegen den Antragsgegner, der auf eine Individualleistung gerichtet ist, die nicht in Geld besteht und sich nicht in eine Geldleistung umwandeln kann (im Gegensatz zum Arrestanspruch: nur Geldforderung oder Anspruch, der in eine Geldforderung übergehen kann, § 916 Abs. 1 ZPO). Als Verfügungsansprüche im einstweiligen Verfügungsverfahren kommen z.B. Herausgabeansprüche, der Auflassungsanspruch, der Grundbuchberichtigungsanspruch, der Anspruch auf Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB) oder possessorische Besitzschutzansprüche in Betracht.

Der Verfügungsgrund ergibt sich aus § 935 ZPO (für die Sicherungsverfügung) bzw. aus § 940 ZPO (für die Regelungs- und Befriedigungsverfügung). In bestimmten Fällen hält das Gesetz ohne weiteres eine Dringlichkeit für gegeben mit der Folge, dass es keiner Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes bedarf[33]. Nach allgemeiner Auffassung[34] setzen possessorische Besitzschutzansprüche (§§ 861, 862 BGB) keinen besonderen Verfügungsgrund voraus, was der rechtspolitischen Zielsetzung dieser Ansprüche und der Systematik der §§ 863 ff. BGB entnommen wird; auch in diesem Fall ist die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes entbehrlich.

Die Mittel der „Glaubhaftmachung" regelt § 294 ZPO, der hierfür alle Beweismittel einschließlich der eidesstattlichen Versicherung zulässt. Die „Glaubhaftmachung" weicht vom Regelbeweismaß der vollen Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsache (Vollbeweis) insofern ab, als dass im Rahmen des § 294 ZPO nur ein „geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit"[35], ein „gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit"[36] bzw. eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit"[37] gefordert wird. Der Richter kann die behauptete Tatsache nach § 294 ZPO nur zugrunde legen, wenn er ihr Bestehen für wahrscheinlicher hält als das Gegenteil[38].

*b) Glaubhaftmachung bei Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes*

Insbesondere für den Rechtshängigkeitsvermerk besteht Streit hinsichtlich der Anforderungen an die Glaubhaftmachung:

So wird vertreten, dass im Verfügungsverfahren über die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes auch der Verfügungsgrund aus § 935 ZPO, mithin die Gefährdung des geltend gemachten Hauptanspruchs (z.B. § 894 BGB) glaubhaft zu machen sei[39]. Die Auffassung verkennt, dass die Gefahr eines endgültigen Rechtsverlustes des möglicherweise wahren Berechtigten schwerer wiegt als die durch die Eintragung des Vermerkes begründeten, jedenfalls zeitlich beschränkten Beeinträchtigungen des Buchberechtigten. Entsprechende Erwägungen liegen – wie oben[40] erwähnt – auch den §§ 885 Abs. 2 S. 2, 899 Abs. 2 S. 2 BGB zugrunde. Die Gefährdung des Hauptanspruchs ist infolge des stets möglichen Erwerbs redlicher Dritter von selbst gegeben und muss daher – abweichend von §§ 917, 920 Abs. 2, 936 ZPO – nicht glaubhaft gemacht werden.

Umstritten ist ferner, ob der Antragsteller die Begründetheit der Hauptsacheklage, also das materiell-rechtliche Bestehen seines streitbefangenen Anspruchs[41], oder lediglich die

[32] Zur Analogie und zu den Voraussetzungen der Befriedigungsverfügung z.B. *Drescher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, § 938 Rn. 12 ff.; *Huber*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2009, § 940 Rn. 12 ff.; *Schilken*, Die Befriedigungsverfügung, 1976, S. 30 ff.; *Schuler*, NJW 1959, 1801 (1802); *Baur*, BB 1964, 607 (608); *Blomeyer*, ZZP 65 (1952), 52 (65).

[33] §§ 885 Abs. 1, 899 Abs. 2 BGB, § 12 Abs. 2 UWG.

[34] OLG Frankfurt BB 1981, 148; OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 1516; OLG Köln ZMR 1997, 463 (464); OLG Köln MDR 2000, 152; OLG Rostock OLG-NL 2001, 279; *Bund*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 861 Rn. 18; *Joost*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 861 Rn. 16; *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 861 Rn. 23; *Bassenge* (Fn. 5), § 861 Rn. 12.

[35] Z.B. BGH NJW 1994, 2898.

[36] *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 11), § 109 Rn. 4; *Reichold* (Fn. 18), § 294 Rn. 1.

[37] BGH NJW 1998, 1870; 1996, 1682; BGH VersR 1976, 928; BGH MDR 1983, 749; *Prütting* (Fn. 21), § 294 Rn. 24 f.; *Leipold* (Fn. 5), § 294 Rn. 6; *Hartmann* (Fn. 10) § 294 Rn. 1; *Huber* (Fn. 32), § 294 Rn. 3.

[38] *Huber* (Fn. 32), § 294 Rn. 3.

[39] OLG Stuttgart NJW 1960, 1109; OLG München NJW 1966, 1030; a.A. Stuttgart OLGZ 79, 300; OLG Zweibrücken NJW 1989, 1098; OLG Schleswig NJW-RR 1994, 1498; *Gursky* (Fn. 4), § 899 Rn. 102; *Kohler* (Fn. 5), § 899 Rn. 31; *Kössinger* (Fn. 5), § 899 Rn. 14; *Wächter*, NJW 1966, 1366.

[40] Siehe V.2.a).33

[41] So LG Braunschweig NdsRpfl. 1955, 174; *Gursky* (Fn. 5), § 899 Rn. 102; *Kohler* (Fn. 5), § 899 Rn. 31; *Wächter*, NJW 1966, 1366; *Kohler* (Fn. 27), S. 91 ff.

Tatsache der Rechtshängigkeit glaubhaft machen muss[42]. Es wird in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass mit Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes eine wenigstens faktische Verfügungssperre auch dann verbunden ist, wenn die Klage über den Hauptanspruch völlig aussichtslos ist; weil die Eintragung dieses Vermerkes ein zu schwerer Eingriff in die Rechtsposition des Buchberechtigten sei, könne und dürfe man es dem Prätendenten hierbei nicht zu leicht machen[43]. Im Übrigen würde der grundbuchliche Widerspruch, zu dessen Eintragung die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft gemacht werden muss, erheblich an Bedeutung verlieren, wenn man lediglich die Glaubhaftmachung der Rechtshängigkeit für die Eintragung des Vermerks für ausreichend halte; der Prätendent würde den letzteren, weil einfacheren Weg vorziehen und könne damit die gleichen Wirkungen erzielen[44].

Entscheidend aber ist, dass mit Rücksicht auf das Kostenrisiko von vornherein aussichtslose Klagen nur in seltenen Fällen erhoben werden dürften und dass die Gefahr eines dinglichen Rechtsverlustes des Anspruchstellers höher einzuschätzen ist. Im Übrigen verlautbart der Rechtshängigkeitsvermerk – wie dessen Name schon sagt – auch nur die Rechtshängigkeit eines Hauptanspruchs in einem Klageverfahren, dessen Ausgang ungewiss ist, nicht jedoch die Unrichtigkeit des Grundbuchs, wie oben gezeigt. Durch den ausschließlich prozessuale Wirkungen zeitigenden Rechtshängigkeitsvermerk wird eben nur der gutgläubig „präjudizfreie“ Eigentumserwerb nach § 325 Abs. 2 ZPO, nicht jedoch der Eigentumserwerb selbst nach § 892 BGB verhindert, da die Gutgläubigkeit i.S.d. § 325 Abs. 2 ZPO gerade nicht (zusätzliche) Voraussetzung für den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten ist (vgl. II. 2. a)). Der Widerspruch „protestiert“ hinsichtlich der materiellen Eigentums- und formellen Grundbuchlage; deshalb ist im Verfügungsverfahren über den Widerspruch auch die Unrichtigkeit des Grundbuchs zu prüfen und daher auch glaubhaft zu machen. Der Rechtshängigkeitsvermerk hingegen will eine Abweichung der Grundbuch- von der Eigentumslage nicht aufzeigen, sondern lediglich auf einen im Streit befindlichen dinglichen Anspruch hinweisen, der – als weiteren Schritt – zur Änderung der Grundbuchlage führen könnte. Die Glaubhaftmachung kann nie weiter gehen, als die Verlautbarung des Rechts, dessen Eintragung begehrt wird, reicht. Somit genügt die Glaubhaftmachung der Rechtshängigkeit des Hauptanspruchs, um die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes im Verfahren nach §§ 935, 941 ZPO durchzusetzen.

Dies führt freilich nicht zur gelegentlich befürchteten und oben bereits geschilderten Bedeutungslosigkeit des Widerspruchs: Im Fall e) könnte A mit derselben, von ihm avisierten Wirkung (und mit der materiell-rechtlichen Wirkung nach § 892 Abs. 1 S. 1, 2. HS BGB) die Eintragung eines Widerspruchs durchsetzen, allerdings nur, wenn er die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft zu machen imstande wäre. Ist er dies nicht, bleibt ihm die zwar leichter durchzusetzende Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes, allerdings dann nur mit der „schwächeren“ prozessualen Wirkung der Verhinderung des gutgläubig „präjudizfreien“ Erwerbs nach § 325 Abs. 2 ZPO.

### VI. Zusammenfassung

Der Rechtshängigkeitsvermerk ist als zulässiger und grundbuchlich eintragungsfähiger Vermerk anzusehen, dessen Funktion sich darauf beschränkt, einen nach § 325 Abs. 2 ZPO redlichen Erwerb zu verhindern und die Möglichkeit des Prätendenten, sich auf ein stattgebendes Urteil auch gegenüber einen rechtshängig-gutgläubigen Erwerber zu berufen, zu erhalten. Für rein schuldrechtliche Ansprüche ist jedoch die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes ausgeschlossen.

§ 325 Abs. 2 ZPO stellt keine zusätzlichen Voraussetzungen für den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten dergestalt auf, dass bei Streitbefangenheit eines Grundstücks neben der Gutgläubigkeit i.S.d. § 892 Abs. 1 S. 1, 2. HS BGB auch noch Gutgläubigkeit i.S.d. § 325 Abs. 2 ZPO gegeben sein müsse. Die letztgenannte Vorschrift setzt jedoch objektiv voraus, dass der Erwerb vom Nichtberechtigten überhaupt wirksam ist.

Da der Rechtshängigkeitsvermerk lediglich die zuvor beschriebene prozessuale Wirkung hat, kommt der Eintragung des Vermerkes keine berichtigende Wirkung i.S.d. § 22 GBO zu; eine Eintragung über § 22 GBO scheidet mithin aus.

Bewilligt der Buchberechtigte die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerkes nicht freiwillig, kann der Prätendent durch eine im einstweiligen Verfügungsverfahren zu erwirkende Sicherungsverfügung nach §§ 935, 941 ZPO die Eintragung durchsetzen. Hierbei ist in analoger Anwendung des § 899 Abs. 2 S. 2 BGB die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes nicht erforderlich. Der Antragsteller hat lediglich die Rechtshängigkeit des Hauptanspruchs, nicht jedoch auch dessen Begründetheit bzw. die Erfolgsaussicht seiner Hauptsacheklage glaubhaft zu machen.

Im systematischen Vergleich zum Widerspruch ergibt sich Folgendes: Kann der Prätendent die Unrichtigkeit des Grundbuchs, also die Begründetheit seines Hauptanspruches (z.B. aus § 894 BGB) glaubhaft machen, kann er sowohl die Eintragung eines Widerspruchs mit der „stärkeren“ materiellrechtlichen Wirkung aus § 892 Abs. 1 S. 1, 2. HS BGB als auch die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes mit der „schwächeren“ rein prozessualen Wirkung des § 325 Abs. 2 ZPO verlangen. Gelingt ihm die Glaubhaftmachung der Begründetheit des Hauptanspruches nicht, steht ihm lediglich die letztgenannte Möglichkeit offen.

[42] So OLG Stuttgart DNotZ 1980, 106 (107); OLG Zweibrücken NJW 1989, 1098 (1099).
[43] *Kohler* (Fn. 5), § 899 Rn. 31; *Wächter*, NJW 1966, 1367.
[44] *Wächter*, NJW 1966, 1367.

# Die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft beim Widerruf eines Gesellschaftsbeitritts – Gesellschaftsrecht versus Verbraucherschutz

Von Wiss. Mitarbeiter **René Kliebisch**, Jena*

*Nach dem aufsehenerregenden Rechtsprechungsdreiklang in den Fällen „Heininger", „Schulte" und „Crailsheimer Volksbank", wird dem EuGH erneut Gelegenheit gegeben, zur Auslegung der Haustürgeschäftsrichtlinie 85/577/EWG Stellung zu nehmen. Im Vorlagebeschluss des BGH geht es um die Frage, wie die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft mit den Folgen eines Widerrufes bei Erwerb eines Anteils an einer Publikumspersonengesellschaft in Einklang zu bringen ist.[1] Überraschend ist, dass der BGH erstmals die Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft im Rahmen der Haustürrichtlinie in Zweifel zieht[2] und sich darüber hinaus die Frage stellt, ob der Verbraucherschutz überhaupt im Gesellschaftsrecht fruchtbar gemacht werden kann. Im Kern der Diskussion geht es um die Dichotomie von Verbraucherschutz und Gesellschaftsrecht.[3]*

## I. Ausgangsfall

Im Ausgangsfall hatte der Bekl. aufgrund von Verhandlungen in seiner Privatwohnung den Beitritt, zu dem aus 46 Gesellschaftern bestehenden geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), erklärt. In einem Vorprozess forderte die Klägerin als Geschäftsführerin der GbR vom Beklagten die Zahlung von Nachschüssen, die die Gesellschafterversammlung der GbR beschlossen hatte. Im Laufe des Verfahrens hat der Beklagte seine Mitgliedschaft in der GbR fristlos gekündigt und die Beitrittserklärung nach § 3 HWiG (jetzt: § 312 BGB) widerrufen.

Das OLG München[4] hat in zweiter Instanz die Klage im Wesentlichen abgewiesen. Es führte aus: Zwar führe der wirksame Widerruf der Beitrittserklärung zur GbR nach § 3 HWiG grundsätzlich zu einer Anwendung der dogmatischen Figur von der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft. Dies gelte jedoch nicht, wenn die Auseinandersetzung zu einer Zahlungspflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft führe. Eine solche Rechtsfolge verstoße gegen die Richtlinie 85/577/EWG des Rates v. 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz (HaustRL) im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen. Aus Art. 5 Abs. 2 HaustRL folge, dass ein Verbraucher nach einem Widerruf aus allen erwachsenden Verpflichtungen zu entlassen sei. Folglich sei das Rechtsinstitut der fehlerhaften Gesellschaft richtlinienkonform anzuwenden, so dass der Verbraucherschutz vorgehe.

Die gegen das Urteil eingelegte Revision entschied der BGH durch Beschluss.[5] Der BGH rückte zunächst die Dogmatik der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft in der Vordergrund[6], um auf ihr basierend festzustellen, dass nur mit dieser Lehre den Interessen der Mitgesellschafter und Gläubiger in ausgewogener Weise Rechnung getragen werden könne.[7] Jedoch hat der BGH im Hinblick auf die „*Schulte-Entscheidung*"[8] und das sich anschließende Schriftum[9] Zweifel bekommen, ob die Wirkung des Widerrufs nach § 3 HWiG (jetzt: § 312 BGB) mit dem ex nunc wirkenden Kündigungsrecht auf Grund des Rechtsinstituts der fehlerhaften Gesellschaft mit den Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 HaustRL vereinbar ist. Die Fragen, die der *2. Senat* dazu im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG) an den EuGH stellt, waren:

1. Ist auf den Beitritt zu einem Immobilienfonds die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie so in Anwendung zu bringen, dass den dem Immobilienfonds beigetretenen Gesellschaftern ein Widerrufrecht zusteht?

2. Kann die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft die Rechtsfolgen des Widerrufs abändern?

## II. Die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft im deutschen Recht

Nach der bisherigen Auffassung der Rechtsprechung ist der Fall über die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft[10] zu lösen und steht damit den Rechtsfolgen eines Widerrufrechts bei Haustürgeschäften diametral entgegen.

### *1. Rechtsfolge bei Widerruf eines Gesellschaftsvertrages*

Grundsätzlich wäre nach deutschem Recht bei Widerruf eines Vertrages, der durch ein Haustürgeschäft entstand, eine ex-tunc-Wirkung §§ 312 Abs. 1, 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 BGB angezeigt.[11] Widerruft der in einer Haustürsituation

---

* Der *Verfasser* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. *Torsten Körber*, LL.M (Berkeley) an der Universität Jena.

[1] Beschluss v. 5.5.2008 abgedruckt BGH NJW 2008, 2464.

[2] Entgegen der bisherigen ständigen Rechtsprechung BGHZ 156, 46; BGHZ 148, 201 (207 f.); anders noch zum Genossenschaftsbeitritt BGH NJW 1997, 1069.

[3] Dazu umfassend *Armbrüster*, Gesellschaftsrecht und Verbraucherschutz – Zum Widerruf von Fondbeteiligungen, 2005.

[4] OLG München NZG 2007, 225.

[5] BGH NJW 2008, 2464.

[6] BGH NJW 2008, 2464 Rn. 9 bis 15.

[7] BGH NJW 2008, 2464 Rn. 20.

[8] EuGH NJW 2005, 3551.

[9] *Staudinger*, NJW 2005, 3521 ff.; *Käseberg/Richter*, EuZW 2006, 46 ff.; *Lechner*, NZM 2007, 145; *C. Schäfer*, DStR 2006, 1753 ff.; *Tonner*, WM 2006, 513 ff.; *Maier*, WM 2008, 1630 ff.; *Hoffmann*, ZIP 2005, 1985 ff.; *Sauer*, BKR 2006, 96 ff.; *Jungmann*, WM 2006, 2193 ff.

[10] BGHZ 156, 46; 148, 201 (207 f.); anders noch zum Genossenschaftsbeitritt BGH NJW 1997, 1069; dazu auch *Oechsler*, JA 2007, 69.

[11] Die Wirkung des Widerrufs ist teils umstritten für eine ex tunc Wirkung *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 357 Rn. 2; *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 357 BGB Rn. 10; OLG Koblenz NJW 2006, 919 (921). A.A. *Reiner*, AcP 202

beigetretene Gesellschafter seine Beitrittserklärung zu einem geschlossenen Immobilienfonds[12], behandelt die Rechtsprechung die Erklärung – unter Heranziehung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – jedoch als außerordentliche, ex nunc wirkende Kündigung. Dies führt in der Folge nicht zu einer rückwirkenden Beseitigung der Gesellschafterstellung im Sinne einer grundsätzlich für den Fall des Widerrufs vorgesehenen Rückabwicklung des Vertrages[13], sondern vielmehr zur Möglichkeit der Nachhaftung nach § 736 Abs. 2 BGB, der Fehlbetragshaftung nach § 739 BGB und nach jüngster vertretener Auffassung des BGH auch zu einem Nachschussanspruch aus§ 735 BGB.[14]

*2. Modifizierte Rechtsfolge nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft*

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist von Rechtsprechung und Literatur mit dem Ziel des Bestandschutzes der Unternehmens- und Gesellschaftsorganisation entwickelt worden.[15] Die dogmatischen Ursprünge sind umstritten.[16] Eine einheitliche Linie existiert bislang nicht. Die Rechtsfortbildung lässt sich aus dem Gesetz, namentlich der §§ 75 ff. GmbHG und der §§ 275 ff. AktG, ableiten. Nach diesen Vorschriften ist eine fehlerhafte Gesellschaft grundsätzlich für die Vergangenheit als wirksam zu behandeln.[17] Ursprünglich vom Reichsgericht aus Gründen des Verkehrsschutzes entwickelt[18], konnten sich die Gesellschafter im Außenverhältnis nicht auf die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages berufen. Der Mangel des Gesellschaftsvertrages bewirkt aber, dass die Gesellschaft für die Zukunft durch Klage aufgelöst werden kann § 133 HGB, trotz des Mangels aber als Rechtsträger entstanden ist.

### III. Fehlerhafte Gesellschaft versus Verbraucherschutzrecht

*1. Rechtsprechung*

Bisher judizierte der *11. Zivilsenat* des BGH, dass bei Widerruf von Rechtsgeschäften, die im Rahmen einer Haustürsituation zustande gekommen sind, ein Recht des Verbrauchers auf *„Wiederherstellung der ursprünglichen Situation“* durch den anderen Vertragsteil besteht.[19] Der Anleger kann sich zu Lasten der Bank von seiner Verpflichtung aus geschlossenen Verträgen befreien und zwar sowohl beim Widerruf auf Grund einer Haustürsituation[20] als auch bei Täuschung durch einen Vermittler oder Initiator.[21] Ausdrücklich erklärte der BGH die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches wegen unterbliebener Widerrufbelehrung als gegeben, die jedoch hinter den Vorgaben der EuGH Rechtsprechung zurück blieben.[22] Das Anlagerisiko kann auf die Bank abgewälzt werden, sodass dem Verbraucher aus seinem Widerruf keine negativen Folgen treffen.[23] In den bisherigen Entscheidungen des *11. Zivilsenats* ging es um Rückabwicklung und Widerruf eines Kreditvertrages, nun aber steht die isolierte Rückabwicklung eines Beitritts zu einer Publikumspersonengesellschaft im Fokus. Dennoch hat der Verbraucher nur unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit des Widerrufs nach der HaustRL und bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung über dieses Recht einen Schadensersatzanspruch. Der *2. Zivilsenat* hatte sich mit Fragen dieser Art bislang noch nicht auseinanderzusetzen.[24] Wäre die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf Grund der Teleologie der Richtlinie nicht anwendbar, dann läge das Risiko des „Windhundrennens“, wie es namentlich durch den Vorsitzenden des *2. Zivilsenats Goette* angemahnt wird,[25] nahe.

---

(2002), 1 (27), der den Widerruf funktionell näher bei der Anfechtung als beim Rücktritt sieht.

[12] Dasselbe Problem kann sich auch bei Immobilienfonds in Gestalt von KG oder bei einem Beitritt zu einem Verein oder einer Genossenschaft stellen.

[13] BGH BB 2004, 2711; BGHZ 156, 46; BGHZ 148, 201 (207 f.); anders noch zum Genossenschaftsbeitritt BGH NJW 1997, 1069.

[14] Entgegen der bisherig herrschenden Auffassung BGH BB 1961, 7; WM 2005, 1608 (1609 f.); WM 2006, 774; WM 2006, 577; WM 2007, 743; WM 2007, 835; WM 2007, 1333; WM 2007, 2381; NZG 2008, 335; NZG 2008, 336; OLG Stuttgart OLG-Report 2000, 120 (121); OLG München NZG 2004, 807; *Frings*, NZG 2008, 218; *Wagner*, WM 2006, 1273; *Wagner*, DStR 2006, 1044; *Erman/Westermann*, in: Erman Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2004, § 707 Rn. 1; *Wiedemann*, ZGR 1977, 690 (692), spricht gar bei dem Belastungsverbot des § 707 BGB von einem mitgliedschaftlichen *Grundrecht*. So auch inzwischen BGH WM 2007, 2381 (2382). Einen Nachschussanspruch ausnahmsweise auf Grund entsprechender Auslegung der Beitrittserklärung bejahend BGH DStR 2008, 12 mit Anm. *Goette*.

[15] Siehe dazu umfassend *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 6 I 3; sowie zur Anwendung auf Widerruffälle *C. Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002, S. 280 f.

[16] Dazu *Hübner*, ZHR 145 (1981), 86.

[17] Das diese Normen auf der ersten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie basieren und diese nur für Kapitalgesellschaften Anwendung findet, wird sogleich vertieft.

[18] RGZ 40, 146.

[19] BGHZ 169, 109 (120); BGH NJW 2007, 357; NJW 2008, 644; basierend auf der „*Schulte*-Entscheidung“, EuGH DStRE 2006, 107 Rn. 88.

[20] BGH DStR 2006, 1093 (1094 f.) Rn. 11.

[21] BGH DStR 2006, 1091(1093) Rn. 27 ff.

[22] Teilweise wird dies befürwortet *Jungmann*, NJW 2007, 1562; *Kulke*, NZM 2006, 854; auch OLG Bremen NJW 2006, 1210, verzichtete auf Verschulden und Kausalitätsnachweis. Unentschieden *Oechsler*, NZG 2008, 368 (370).

[23] In den entscheidungserheblichen Fällen konnte der Verbraucher seinen Darlehensvertrag gegenüber der Bank widerrufen und erhielt Zinsen und Raten gegen Übertragung der Geschäftsanteile an die Bank zurück.

[24] Zu den Schadensersatzfällen des *2. Zivilsenats Goette*, DStR 2006, 1099 ff.; *C. Schäfer*, DStR 2006, 1753 ff.; *Habersack*, BKR 2006, 305 ff.

[25] BGH DStR 2008, 1100 (1103) m.Anm. *Goette*, 1104; so auch *Lenenbach*, WM 2004, 501 (503); *Kindler/Libbertz*, DStR 2008, 1335 (1338); *Wagner*, in: Assmann/Schütze

*2. Meinungsstand der Literatur*

Die in der Literatur vertretenen Auffassungen sind vorwiegend von pragmatischen Erwägungen geprägt. So wird vor allem ins Feld geführt, dass die komplexen Vertragsstrukturen des Gesellschaftsrechts eine vollständige Rückabwicklung nicht zulassen, da sonst die Gesellschaft in die Insolvenz getrieben würde und die Gesellschafter, die sich nicht rechtzeitig lösen können oder wollen, sämtliche Forderungen zu erfüllen hätten.[26] Dies würde vor allem dazu führen, dass der Verbraucherschutz der übrigen Gesellschafter mit Füßen getreten würde, da ein geschlossener Immobilienfonds häufig ausschließlich Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft hat, die gleichermaßen schutzbedürftig sind. Wenige vertreten die Ansicht, dass ein umfassender Schadensersatzanspruch des Verbrauchers gegen den Initiator des Beteiligungsfonds eine europarechtskonforme Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft dergestalt möglich macht, dass das „Minus" in der Rechtsfolge eines wirksamen Widerrufes durch ein „Plus" im Rahmen des Schadensersatzes kompensiert wird.[27] Dabei wird das Erfordernis der Kausalität, zwischen fehlerhafter Widerrufsbelehrung und entstandenem Schaden aber als ungünstig für den Verbraucher empfunden, sodass – abgesehen davon, dass diese Lösung nur bei fehlerhafter Belehrung über die Widerrufrechte fruchtbar ist – der Verbraucherschutz nicht hinreichend gewahrt wäre.[28] De lege ferenda wird daher über eine Beweislastumkehr gestritten.[29]

*3. Stellungnahme*

*a) Anwendungsbereich der HaustRL*

Ausgangspunkt der Diskussion ist, ob der situative Anwendungsbereich der HaustRL eröffnet ist. Voraussetzung dafür ist nach § 312 Abs. 1 S. 1 BGB ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem Verbraucher (§ 13 BGB) und einem Unternehmer (§ 14 BGB), der durch eine typische Überrumpelungssituation geschlossen wurde. Die Intention des Richtliniengebers besteht darin, den Verbraucher vor den Gefahren eines unüberlegten Geschäftsabschlusses zu schützen, der durch situative Überrumpelung entstehen kann.[30] Einzig problematisches Merkmal im vorliegenden Fall ist die Entgeltlichkeit.[31]

Versteht man unter Entgeltlichkeit eine Art synallagmatischen Austauschvertrag, bei dem sich aus der Leistungspflicht des einen eine Leistungspflicht des anderen Vertragspartners ergibt[32], so wäre der Betritt zu einer Personengesellschaft gerade nicht entgeltlicher Natur.[33] Schließlich erlangt der Verbraucher mit dem Beitritt die Gesellschafterstellung mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten[34]. Jedoch lässt sich daraus noch keine echte Austauschleistung ableiten. Es ist vielmehr ein Unterschied zwischen einem reinen Austauschvertrag und einem Gesellschaftsvertrag zu machen[35]. Die jeweiligen Leistungen werden nicht erbracht, um den gesellschaftsvertraglich vereinbarten Geschäftsanteil zu übernehmen, sondern zur Förderung des vereinbarten gemeinsamen Zwecks. Dieser grundsätzliche Unterschied zwischen Austausch- und Sozietätsverträgen wird auch durch die Wechselseitigkeit der übernommenen Verpflichtungen nicht berührt.[36] Das gilt jedenfalls für das Verhältnis der Beitragsleistungen untereinander, im Ansatz aber auch für den Zusammenhang zwischen Beitragsleistung und Gewinnanspruch. Auch insoweit fehlt es am Synallagma. Im Gewinn liegt nicht etwa die Gegenleistung der Gesellschaft für die Beiträge der Gesellschafter, sondern er ist Ausdruck der im Gemeinschaftsverhältnis begründeten Erfolgsbeteiligung.[37]

Ein enges Verständnis des Begriffes „entgeltlich" wäre jedoch nicht richtlinienkonform. Vielmehr soll die HaustRL keine Einschränkung des Anwendungsbereichs durch das Merkmal der Entgeltlichkeit vornehmen, sodass der Begriff weit auszulegen ist, um eine Umgehung der Regelungen vgl. § 312f S. 2 BGB zu vermeiden.[38] Ruft man sich die Rechtsprechung zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages in Erinnerung[39], so liegt eine Entgeltlichkeit bereits dann vor, wenn irgendeine Leistung des Verbrauchers gegen Entgelt erfolgt.[40] Diese liegt bei Beitritt zu einem Gesellschaftsver-

(Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 16 Rn. 73 ff.; *ders.*, NZG 2008, 447 (450); *C. Schäfer*, ZIP 2008, 1022 (1024); A.A. *Hammen*, WM 2008, 233 (237); krit. zu diesem Ansatz *Schubert*, WM 2006, 1328 (1332).

[26] Vgl. *Lenenbach*, WM 2004, 501 (503); *Wagner* (Fn. 25), § 16 Rn. 73ff.; *C. Schäfer*, ZIP 2008, 1022 (1024); A.A. *Hammen*, WM 2008, 233 (237); krit. zu diesem Ansatz *Schubert*, WM 2006, 1328 (1332); konstatierend *Weschpfennig*, BKR 2009, 99 (105).

[27] *Schubert*, WM 2006, 1328 (1333); jüngst *Kindler/Libbertz*, DStR 2008, 1335 (1339 f.) unter Hinweis auf *Rösler*, ZEuP 2006, 869 (886).

[28] *Hofmann*, BKR 2005, 487 (490 ff.); *Jungmann*, NJW 2007, 1562 (1564 ff.); *Gehrlein*, WM 2005, 1489ff.

[29] *Staudinger*, NJW 2005, 3521 (3524); krit. *Hofmann*, BKR 2005, 487 (491); *Schubert*, WM 2006, 1328 (1334 f.).

[30] *Bungeroth*, WM 2004, 1505.

[31] Umfassend zur Problematik des Widerrufrechts bei Schrottimmobilien *Gebauer/Laukemann*, JA 2007, 341.

[32] So *Masuch* (Fn. 11), § 312 Rn. 24 ff.

[33] BGH NJW 1997, 1069 (1070); BGH NJW-RR 2005, 180 (181); *Masuch* (Fn. 11), § 312 Rn. 30.

[34] Beispielhaft sei hier die Beitragspflicht § 706 I BGB, die persönliche Haftung oder die Gewinn und Verlustverteilung § 721 BGB erwähnt.

[35] *Timm/Schöne*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 705 Rn. 67.

[36] BGHZ 98, 48 (50 f.) = NJW 1986, 2431 (2432); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 45 I. 1.a).

[37] *Ulmer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 162.

[38] So bereits BGH NJW 1997, 1069 (1070) für Ferienwohnrechte im „Genossenschaftsmodell"; vgl. BGH Beschl. v. 5.5.2008 – II ZR 292/06; *Masuch* (Fn. 11), § 312 Rn. 30; *Weschpfennig*, BKR 2009, 99 (100); *Armbrüster*, ZIP 2006, 406 (408 f., 411); krit. zur Methodik, i.E. aber zustimmend: *Möllers*, LMK 2005, 34f.

[39] EuGH NJW 1998, 1295; dazu *Lorenz*, NJW 1998, 2937 ff.

[40] *Grüneberg* (Fn. 11), § 312 Rn. 7.

trag in der Verpflichtung des Verbrauchers zur Leistung der Gesellschaftereinlage. Nach BGH und der überwiegend vertretenen Ansicht[41] prägt bei einer Geschäftsbeteiligung zur Vermögensanlage[42] der Austauschcharakter die Mitgliedschaft wesentlich, sodass durch das Mitgliedschaftsverhältnis als organisationsrechtliches Geschäft eine entgeltliche Leistung vorliegt[43], oder dieser zumindest gleichgestellt wird.[44]

Nach der Rechtsprechung des *2. Zivilsenats* des BGH unterfällt auch der Beitritt zu einer Personengesellschaft der Richtlinie und ist daher entgeltlich.[45] Umso erstaunlicher ist es, dass diese Fragestellung dem EuGH vorgelegt wird. Am Ausnahmetatbestand des Art. 3 Abs. 2 lit. a) HaustRL kann es indes nicht liegen, da die Gesellschafter von Publikumsgesellschaften keine dinglichen Rechte erwerben wollen – wie es bei Ferienwohnrechten im Genossenschaftsmodell der Fall sein kann[46] -, sondern ausschließlich monetäre Interessen haben. Nach Analyse und Interpretation lässt dies nur den Schluss zu, dass der BGH sich hinsichtlich der Entscheidung unsicher ist und wohl für eine Nichtanwendung der HaustRL plädiert. Sollte der EuGH die erste Vorlagefrage negativ bescheiden, dann würden sich die weiteren Überlegungen des BGH erübrigen.

*b) Einschränkung des Regelungsumfangs der HaustRL*

Fragwürdig ist die vom BGH vorgeschlagene Einschränkung der Wirkung des Widerrufs.[47] Zunächst liegt eine Kollision mit den Vorgaben des europäischen Sekundärrechts vor. Das nationale Haustürwiderrufsrecht basiert auf der Umsetzung der gleichnamigen europäischen Richtlinie.[48] Betrachtet man die Normenhierarchie des Rechts, so steht durch den europäischen Einigungsprozess das europäische Primär- und Sekundärrecht an der Spitze.[49] Eine Einschränkung dieser Normen auf Grund des nationalen Rechts ist nach dem *effet utile* des Art. 4 Abs. 3 EU (ex-Art. 10 EG) nicht zulässig. Vielmehr hat das europäische Primärrecht Geltungsvorrang und verdrängt divergierende nationale Regelungen. Das Sekundärrecht in Form der Richtlinie muss zur Entfaltung seiner Wirksamkeit in nationales Recht umgesetzt werden und genießt – aus Äquivalenz- und Effektivitätsgründen – Vorrang in der Auslegung der nationalen Normen; diese sind richtlinienkonform auszulegen.[50]

Bezüglich der Rechtsfolge des Widerrufs trifft § 357 BGB differenzierte Regelungen.[51] Dass diese für den Verbraucher im Einzelfall wirtschaftlich ungünstig sind und ihm zudem im Zuge des Widerrufs eine Verpflichtung aufbürden können, und daher im Sinne des Verbraucherschutzes eine Einschränkung dieser Rechtsfolge notwendig wäre, ist gerade nicht angezeigt.[52] Würde der BGH die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nicht in Anwendung bringen, sondern vielmehr der nationalen gesetzlichen Regelung folgen, wären sprichwörtlich „zwei Fliegen mit einer Klappe geschlagen". Zum einen liefe der BGH nicht Gefahr eine Lehre zur Einschränkung des Sekundärrechts zu gebrauchen und damit den Anwendungsbefehl des eigenen Rechts in § 357 Abs. 1 S. 1 BGB zu unterlaufen, zum anderen bedürfte es nicht einer weiteren Ausnahmegruppe von der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft.[53] Nach einer im Schriftum weit verbreiteten Ansicht regelt die Richtlinie für den auf Grund der Haustürsituation erfolgten Widerruf des Gesellschaftsbeitritts die Rechtsfolge nicht abschließend.[54] Ins Feld wird die „Spezialität des Gesellschaftsrechts" geführt, die vor allem dann zum Interessenausgleich führen müsse, wenn nicht expressis verbis unter die Richtline fallende Verträge betroffen sind.[55] Zieht man aber den Wortlaut und das Kompetenzgeflecht heran, so ist eindeutig, dass den widerrufenden Gesellschafter keine Verpflichtungen auf Grund des Widerrufs treffen sollen (Art. 5 Abs. 2 HaustRL): Nachhaftung, Fehlbetragshaftung und Nachschussverpflichtungen wären also unzulässig.[56] Die Literatur sieht dies kritisch:[57] Insbesondere wird die Sorge geäußert, dass die Interessenlage zu einem typisch zweiseitigen Geschäft eine andere sei und nicht ein einzelner Verbraucher zu Lasten der anderen Verbraucher (Gesellschafter) übervorteilt werden dürfe; hier liege ein wesentlicher Unterschied zur Intention der HaustRL. Betrachtet man einen möglichen Interessenkonflikt zur Gesellschaft und ihren personalistisch geprägten Gesellschafterkreis, so lässt sich feststellen, dass es kein übergeordnetes Schutzbedürfnis für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gibt. Das Argument, bei einer Beteiligungsbeendigung an einer Publi-

[41] *Masusch* (Fn. 11), § 312 Rn. 30 m.w.N.
[42] *Martis*, MDR 2003, 961 (963).
[43] BGH NJW 1996, 3414 (3415); vgl. auch *Armbrüster*, ZIP 2006, 406 (411), der das Vorliegen einer entgeltlichen Leistung damit begründet, dass sich der Anleger zu einer Leistung verpflichtet.
[44] BGH NJW-RR 2005, 180 f. m.w.N.; Beschl. v. 5.5.2008 – II ZR 292/06 m.w.N.
[45] BGHZ 148, 201 (203); zuletzt BGH ZIP 2005, 1124 (1126).
[46] BGH NJW 1997, 1069; hier hat der BGH im Ergebnis unter Heranziehung des Umgehungsgedankens, § 5 HWiG, dennoch nationales Haustürwiderrufrecht angewendet
[47] BGHZ 133, 254 (261 f.); BGHZ 148, 201 (203); so insgesamt auch *Wagner*, NZG 2008, 447 ff.; *Kindler*, DStR 2008, 1335 ff.; *Weschpfennig*, BKR 2009, 99 ff.; *C. Schäfer*, ZIP 2008, 1022 ff.
[48] Richtlinie des Rates 85/577/EWG vom 20.12.1985.
[49] *Hofmann*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 224.
[50] *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 27.
[51] Umfassend zum Widerruf und der Anwendung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft bei stiller Beteiligung *Rohlfing*, NZG 2003, 854 ff.; sowie *Bayer/Riedel*, NJW 2003, 2567 ff.
[52] So aber *C. Schäfer*, ZIP 2008, 1022 (1023), der in Art. 7 HaustRL die Möglichkeit sieht korrigierend einzugreifen, um „sämtliche Anleger/Verbraucher gleichmäßig zu berücksichtigen und zu einem gerechten Gesamtausgleich" zu gelangen.
[53] So im Ergebnis auch *C. Schäfer*, ZIP 2008, 1022 (1024).
[54] *Hertel*, jurisPR-BKR 6/2008 Anm. 3.
[55] *C. Schäfer*, ZIP 2008, 1022 (1023).
[56] *C. Schäfer*, ZIP 2008, 1022; *Kindler/Libbertz*, DStR 2008, 1335 (1338); *Wagner*, NZG 2008, 447 (450).
[57] *Kindler/Libbertz*, DStR 2008, 1335 (1338).

kumsgesellschaft zum Schutz der Gläubiger und Mitgesellschafter in der Regel einen Vorrang des Gesellschaftsrechts anzuerkennen, greift nicht. Typischerweise existiert in einem Immobilienfonds kein der Personengesellschaft immanentes personalistisches Gepräge.[58] Das liegt vor allem an der Struktur eines Immobilienfonds. Während bei der klassischen Variante der GbR die Gesellschafter sich untereinander kennen, so ist der Immobilienfonds als Steuersparmodell initiiert und im Zuge dessen nicht auf eine persönliche Verbundenheit der Gesellschafter angelegt. Zudem gilt gerade hier, dass soweit der Anwendungsbereich der HaustRL eröffnet ist, deren Rechtsfolge ernst zu nehmen ist und nicht auf nationaler Ebene durch Billigkeitserwägungen untergraben werden darf.

*c) Einschränkende Fallgruppen*

Folgt man den Ausführungen des BGH, so stellt sich als abschließende Frage die Einschränkungsmöglichkeit der Rechtsfolge der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. Diese Lehre findet dann keine Anwendung, wenn der fehlerhafte Gesellschaftsvertrag einen Minderjährigen betrifft oder wenn gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen wurde.[59] Dagegen soll es bei der Anwendung der Lehre selbst dann bleiben, wenn ein Gesellschafter durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zum Gesellschaftsbeitritt veranlasst worden ist.[60] Bedenkt man die Schutzwürdigkeit des Minderjährigen, dann stellt sich die Frage, ob nicht der Verbraucher ebenso schutzwürdig sein kann. Ein umfassender Verbraucherschutz ist jedoch vom Anliegen des Minderjährigenschutzes zu unterscheiden. Der Minderjährige wird nur deswegen geschützt, weil er die Folgen seiner eigenen Willenserklärungen, deren Tragweite er wegen seines Alters nicht vollständig rechtlich zu überschauen vermag, weder abschätzen kann noch daraus Nachteile erleiden soll.[61] Eine Einschränkung der Lehre gegenüber einem Verbraucher würde bedeuten, dass die situative Unterlegenheit einen vergleichbaren Ausschließungsgrund darstellt.

Dies ist nicht der Fall. Der Verbraucher erkennt in der Regel durch umfassende Aufklärungspflichten des Unternehmers die rechtlichen Folgen seiner Willenserklärung.[62] Ob das Geschäft wirtschaftlich erträglich ist und ob darüber hinreichend informiert wurde, muss für die ratio des Widerrufrechts außer Betracht bleiben. Das Widerrufrecht wird nicht auf Grund der Unterlegenheit des Verbrauchers gewährt, sondern auf Grund einer dem Vertragsschluss untypischen Überrumpelungssituation. Wenn schon bei einer Täuschung oder Drohung keine Ausnahme von der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft gemacht wird,[63] dann erst recht nicht bei einer situativen Unterlegenheit. Zudem ist der Hinweis des OLG München auf Art. 7 der HaustRL an dieser Stelle verfehlt.[64] Danach *„[…] regeln sich die Rechtsfolgen des Widerrufs nach einzelstaatlichem Recht […]*“.[65] Legt man den Begriff „*Recht*“ hier eng aus, so handelt es sich nur um geschriebenes Recht, welches durch den nationalen Gesetzgeber normiert werden muss und sich vom Gewohnheitsrecht oder auch anerkannten Rechtsinstituten – wie der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – unterscheidet. Der deutsche Gesetzgeber hat bereits die Regelung zur Rechtsfolge eines Widerrufs in § 357 Abs. 1 S. 1 BGB getroffen. Der Richtlinienbefehl zur Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs ist daher umgesetzt worden. So dass einer weiteren nationalen Gestaltung durch die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft und durch die dann wiederum wenig geglückte Einschränkung derselben kein Raum besteht.

*4. Zwischenergebnis*

Der deutsche Gesetzgeber hat in § 357 Abs. 1 S. 1 BGB die Rechtsfolgen des Widerrufs mit denen des Rücktritts harmonisiert und damit Art. 7 HaustRL ausgeschöpft. Aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 der HaustRL geht hervor, dass der Verbraucher bei Ausübung seiner Widerrufrechte aus allen, dem widerrufenen Vertrag erwachsenden, Verpflichtungen zu entlassen ist.[66] Ein ex tunc wirkender Widerruf führt zur Rückabwicklung der schuldvertraglichen Verpflichtungen im Wege eines Rückgewährschuldverhältnisses §§ 357 Abs. 1, 346 BGB. Dadurch werden alle erlangten Rechte und Rechtsgüter dem jeweiligen Rechtsinhaber zurückgeführt. Eine zusätzliche Verpflichtung, die dem Verbraucher die Auswirkung seiner Rechte erschweren könnte, ist durch die Regelung des nationalen Gesetzgebers nicht angezeigt.[67] Wendet man aber die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft an, dann entstehen durch die Wirksamkeitsfiktion der Lehre Kollisionen mit den Richtlinienvorgaben.

---

[58] Wirtschaftlich betrachtet liegt ein Steuersparmodell mit einer Vielzahl teilweise unbekannter Gesellschafter vor.

[59] Dazu bereits oben.

[60] *Ulmer* (Fn. 37), § 705 Rn. 323; Dies gilt nur für das Außenverhältnis (d.h. der Befriedigung von Dritten). Im Innenverhältnis darf dem Getäuschten oder Bedrohten jedoch kein Nachteil gegenüber den unredlich handelnden Gesellschaftern erwachsen.

[61] *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 106 Rn. 1.

[62] Zudem würde eine andere Einschätzung das Leitbild des Verbrauchers konterkarieren; dazu beispielsweise *Buchner/Rehberg*, GRURint, 2007, 394.

[63] Gilt wiederum nur für das Außenverhältnis.

[64] Vielmehr hätte er bei der Frage der Rechtsfolge des einfachen Widerrufs gestellt werden müssen und nicht bei der Frage der Rechtsfolge der fehlerhaften Gesellschaft.

[65] Art. 7 Richtlinie des Rates 85/577/ EWG vom 20.12.1985.

[66] OLG München NZG 2007, 225 (Vorinstanz); so auch der BGH – II ZR 292/06, Beschl. v. 5.5.2008.

[67] Diese Konstellation ist auch von der jüngst vom EuGH entschieden Kostentragung bei der Nacherfüllung zu unterscheiden, dort hat der EuGH entschieden, dass bei der Geltendmachung des (verlängerten) Primäranspruchs dem Verbraucher keine zusätzlichen Kosten entstehen dürfen, insbesondere kein Nutzungsersatz zu gewähren ist; siehe dazu EuGH NJW 2008, 1433.

**V. Differenzierte Betrachtungsweise**

Der BGH hat, sowohl hinsichtlich der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gegen umgesetztes Sekundärrecht verstoßen, als auch hinsichtlich der Ausformung und Einschränkung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft inkonsequent und ergebnisorientiert gehandelt. Die Literatur folgt dem BGH weitgehend, wobei der Ansatz der Anwendung und Einschränkung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft das Normengefüge zwischen mitgliedsstaatlichem Recht und Sekundärrecht sprengt. Die Ansätze de lege ferenda lösen das Problem nicht. Es stellt sich daher die Frage, ob die herkömmliche Lösung einer differenzierten Betrachtungsweise weichen kann.

*1. Personen- und Kapitalgesellschaften*

Für die Anwendbarkeit der Grundsätze ist zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften zu differenzieren. Mit Eintragung in das Handels-, Vereins- oder Genossenschaftsregister tritt für die jeweilige Gesellschaftsform Bestandsschutz ein. Bei gravierenden Satzungsmängeln besteht für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage.[68] Grundlage der gesetzlichen Normierung des Rechtsinstituts der fehlerhaften Gesellschaft (§§ 75 ff. GmbHG, §§ 275 ff. AktG) bildet die Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie – Publizitätsrichtlinie – (PublRL) aus dem Jahr 1968, die bekanntermaßen nur die Kapitalgesellschaften erfasst.[69] Nach dieser unterliegen fehlerhafte Verbände einem Bestandsschutz, da die abschließend aufgezählten Nichtigkeitsgründe Art. 11 PublRL nur in die Zukunft wirken, Art. 12 Abs. 2 PublRL. Bemerkenswert ist jedoch, dass die Auflösung der Kapitalgesellschaft grundsätzlich nicht von der Einlagepflicht dispensiert, soweit sie zur Erfüllung etwaiger Gesellschaftsverbindlichkeiten benötigt wird, § 277 Abs. 3 AktG und § 77 Abs. 3 GmbHG.[70] Nach allgemeiner Meinung ist dieser Passus überflüssig, da im Kapitalgesellschaftsrecht die Abwicklungsgesellschaft mit Rechtskraft des Gestaltungsurteils der Nichtigkeitsklage entsteht.[71] Im Kapitalgesellschaftsrecht gibt es also gesetzliche Regelungen, die eine Subsidiarität vom Rechtsinstitut der fehlerhaften Gesellschaft bewirken.

Bei Personengesellschaften gibt es keine vergleichbaren Regelungen. Insbesondere ist die Rechtsfolge einer Nichtigkeit weder im Außenverhältnis, noch bei Kündigung eines Gesellschafters im Innenverhältnis normiert. Deshalb hat die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft in diesem Bereich besondere Relevanz. Ob man aber aus der Publizitätsrichtlinie (PublRL) tatsächlich ein gemeineuropäisches Prinzip erkennen kann, nach dem die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte von der Nichtigkeit unberührt bleiben sollen und sich dieser Grundsatz auf Personengesellschaften erstreckt[72], ist fragwürdig. Schon der auf Kapitalgesellschaften beschränkte Anwendungsbereich verbietet dies auf Grund eines bestimmten Wesensmerkmals, nämlich der personalistischen Prägung der Personengesellschaften. Ausdruck für diesen Unterschied kann die Wahl der Rechtsform sein, obgleich sich eine trennscharfe Abgrenzung anhand formaler Kriterien nicht durchhalten lässt.[73] Vielmehr sind Übergangsformen bekannt, die je nach Prägekraft der kapitalistischen oder der personalistischen Elemente des Gesellschaftsvertrages zu bewerten sind.[74] So lange aber – wie hier – eine eindeutige Zuordnung der Gesellschaft vollzogen werden kann, ist der Anwendungsbereich der PublRL nicht eröffnet. Wären die Rechtsfolgen einer Kündigung des Gesellschaftsbeitritts nach Maßgabe der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie auch für Personengesellschaften zu bestimmen, dann wäre die Folge eine Divergenz des Sekundärrechts, soweit die Verbraucherschutzrichtlinien für Personengesellschaften anwendbar sind.[75] Die Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie schriebe eine ex-nunc-Wirkung der Kündigung vor, während dessen die HaustRL von einer ex-tunc-Wirkung des Widerrufs ausgeht. Nicht nur die Begriffspaare Widerruf/Kündigung divergieren hier, sondern auch deren Rechtsfolgen ex nunc/ex tunc. Bedenkt man, dass die HaustRL einen Mindeststandard setzen will, um die Rechte des Verbrauchers ausreichend schützen zu können, so darf weder die deutsche Legislative noch die Judikative sich diesem Gebot wiedersetzen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass gerade die personalistisch geprägten Personengesellschaften vom Verbraucherschutz umfasst sein müssen und hier eine Einschränkung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft vorzunehmen ist.

Die Differenzierung des BGH geht noch weiter: Der BGH differenziert sogar innerhalb der Personengesellschaften. Personengesellschaften, die keiner personalistischen Prägung

[68] §§ 275 ff. AktG, 75 ff. GmbHG, 94 ff. GenG.

[69] Richtlinie Nr. 68/151/EWG vom 9. 3. 1968 (Publizitätsrichtlinie), ABl EWG Nr. L 65/8; Text auch bei *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2006, § 5 Rn. 58; einführend *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, IntGesR, 4. Aufl. 2006, Rn. 34.

[70] Dazu *Bachmann*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG 2007, § 277 AktG Rn. 9; *Füller*, in: Bürgers/Körber, Heidelberger Kommentar zum AktG, 2008, § 277 Rn. 4; *Riesenhuber*, in: Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG, 2008, § 277 AktG Rn. 5; *Schulze-Osterloh/Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, 19. Aufl. 2009, § 77 Rn. 5; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 77 Rn. 2.

[71] *Bachmann* (Fn. 70), § 277 AktG Rn. 6; *Füller* (Fn. 70), § 277 Rn. 2; *Riesenhuber* (Fn. 70), § 277 AktG Rn. 4; *Schulze-Osterloh/Zöllner* (Fn. 70), § 77 Rn. 2; *Kleindiek* (Fn. 70), § 77 Rn. 1.

[72] So aber *Kindler/Libbertz*, DStR 2008, 1335.

[73] Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 43 I.

[74] Zu denken wäre vor allem an die GmbH & Co KG vgl. dazu *Haar*, Die Personengesellschaft im Konzern, 2006, S. 248.

[75] Sehr weitgehend *Wagner*, NZG 2008, 447 (450 f.); zur Bereichsausnahme für Gesellschaftsverträge des Art. 10 S. 3 Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG auch *Drygala*, ZIP 1997, 968, 970; *Michalski/Schuldenberg*, NZG 1999, 898 ff.; *Heinrichs*, NJW 1998, 1447 (1462); *Armbrüster*, ZIP 2006, 406 (413).

unterliegen, wie es beim geschlossenen Immobilienfonds regelmäßig der Fall ist, sollen anders behandelt werden, als Personengesellschaften mit personalistischer Prägung. Wo aber die trennscharfe Grenze zu ziehen ist, ist ebenso unklar, wie die Konsequenz der Unterscheidung. Eine solche Differenzierung zerstört das bisher kohärente System, welches in Personen- und Kapitalgesellschaft differenziert.

*2. „Windhundrennen"*

Der Einwand von Rechtsprechung und Literatur, dass ein „Windhundrennen" stattfinden würde, lässt sich tatsächlich nicht entkräften. Der mündige Verbraucher wird von seinen Rechten effektiv Gebrauch machen, währenddessen der uninformierte Verbraucher wohl das Risiko der Haftung tragen wird. Es ist aber nicht Aufgabe der nationalen Rechtssprechung ein offensichtliches Panoptikum der lex lata durch eigenmächtige Interpretation oder Anwendung national durch Richterrecht entwickelte Lehren aufzulösen. Vielmehr wäre hier entweder der europäische Gesetzgeber gefragt Klarheit zu schaffen, oder aber der EuGH durch eindeutige Stellungnahme.

*3. Berücksichtigung verbraucherspezifischer Interessen*

Die Wertung – so wird vom BGH eingewendet – sei jedoch nicht nur dogmatischer Natur, vielmehr lässt sich die Problematik auf eine Grundfrage reduzieren: Soll eine Fondbeteiligung den Verbraucherschutzregeln unterfallen und wenn, sind die Verbraucherschutzregeln vorgelagert?[76]

Für Personengesellschaften besteht – anders als für Kapitalgesellschaften – grundsätzlich die Möglichkeit den beteiligten Gesellschaftern in ihrer Eigenschaft als Verbraucher umfassenden Schutz über die gesetzlichen Regelungen zu gewähren. Auch wenn die Gesellschafter eines geschlossen Immobilienfonds nach Einkommensteuerrecht als Unternehmer behandelt werden § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG und von Teilen der Literatur ein umfassender Verbraucherschutz durch die Regeln der Prospekthaftung apostrophiert wird[77], so darf man nicht verkennen, dass im Sinne der HaustRL – und auf diese kommt es beim Widerruf ausschließlich an – die Verbrauchereigenschaft gegeben ist und die Prospekthaftung eben nicht ein verbraucherschützendes Widerrufrecht gewährt. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kann weder die bloße Gewinnerzielungsabsicht[78] noch die Quantität der Investition[79] die Verbrauchereigenschaft bestimmen. Eine die Richtlinie unterspülende und damit das Normengefüge sprengende Bewertung der Verbrauchereigenschaft an Hand ergebnisorientierter Lösungen führt zu Rechtsunsicherheit und zur Durchbrechung rechtsstaatlicher Prinzipien. § 13 BGB grenzt den Begriff des Verbrauchers von dem des Unternehmers durch objektive Kriterien ab: Entscheidend ist lediglich der Status der natürlichen Person, die keiner gewerblichen Tätigkeit nachgeht.[80]

**VI. Ergebnisse und Ausblick**

Wenn schon die nationale Rechtsordnung eine ex-tunc-Wirkung des Widerrufs vorsieht und nach gängiger Praxis des Europarechts, Richtlinien weder durch nationales Gesetz noch durch dogmatische Lehren in ihrer Verbindlichkeit eingeschränkt werden dürfen, dann ist eine Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft beim Widerruf eines Gesellschaftsvertrages ebenso rechtsdogmatisch bedenklich, wie eine Einschränkung durch Fallgruppenerweiterung. Es scheint der BGH hat die Schieflage seiner Rechtssprechung erkannt, von dieser aber nicht Abstand genommen, sondern vielmehr durch die Erweiterung einer Fallgruppe ein wohl den Interessen gerechtes, aber dogmatisch fragwürdiges Ergebnis erzielt. Ob pragmatische Erwägungen das Normengefüge derart unterlaufen können, sodass de facto die Wertung des Sekundärrechts ausgehebelt wird, muss der EuGH beantworten. Aus einem übergeordnetem Gesellschaftsinteresse, welches die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft rechtfertigen könnte, um die übrigen Gesellschafter zu schützen und nicht denjenigen zu Privilegieren, der als erster der Gesellschafter seinen Beitritt widerruft, kann eine Sprengung des Normengefüges nicht begründet werden.[81] Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft wird vom EuGH nicht gekippt werden[82], aber sie muss differenziert gehandhabt werden, um dem dogmatischen Gefüge und den unterschiedlichen Interessen gerecht werden zu können.

[76] Zum aktuellen Streitstand: *Edelmann*, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 3; Zur Unternehmereigenschaft der Immobilienfonds siehe *Armbrüster*, ZIP 2006, 406 (407 f.) der darauf abstellt, dass jedenfalls der Initiator kein Verbraucher ist; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 58 Abs. 3 2.b), der auf eine Eintragung nach § 105 Abs. 2 HGB abstellt; *Wagner* (Fn. 25), § 16 Rn. 16 ff.; umfassend *Armbrüster*, Gesellschaftsrecht und Verbraucherschutz – Zum Widerruf von Fondsbeteiligungen, 2005, S. 120 ff.

[77] Vgl. *Edelmann* (Fn. 76), § 3 Rn. 11; A.A. *Armbrüster*, ZIP 2006, 406 (407); ferner *Möllers*, LMK 2005, 34 (35).

[78] BGH WM 1993, 1215 (1216).

[79] BGHZ 149, 80 (86 f.) = BKR 2002, 26.

[80] *Edelmann* (Fn. 76), § 3 Rn. 23; vgl. auch *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 13 Rn. 10.

[81] So aber *C. Schäfer*, ZIP 2008, 1022 (1024); A.A. *Hammen*, WM 2008, 233 (237).

[82] EuGH GA *Trstenjak*, Schlussanträge v. 8.9.2009 – C-215/08 Rn. 100.

# Zum Merkmal des „Sichverschaffens“ bei der Hehlerei

Von stud. jur. **Markus Wagner**, Augsburg*

*Die Tathandlung „sonst sich oder einem Dritten verschafft“ im Straftatbestand der Hehlerei (§ 259 Abs. 1 StGB) setzt nach ständiger Rechtsprechung[1] und ganz herrschender Lehre[2] ein einvernehmliches Zusammenwirken zwischen Vortäter und Hehler voraus. Diese Ansicht soll vorliegend bezweifelt werden; es werden Gründe, die eine Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals rechtfertigen, die sich auch auf deliktische Verschaffenshandlungen erstreckt, angeführt, und die Folgen einer solchen Auslegung aufgezeigt.*

*Hierzu wird zunächst (I.) knapp in den Tatbestand der Hehlerei eingeführt, anschließend (II.) das Grundproblem dargestellt, das der hier vertretenen Ansicht zu Grunde liegt und (III.) das Merkmal des Sichverschaffens im Lichte von (1.) Wortlaut und (2.) Systematik, sowohl (a) innerhalb des Tatbestandes, als auch (b) im Kontext der anderen Delikte des 21. Abschnitts des StGB beleuchtet. Anschließend wird (3.) die Geschichte des Hehlereitatbestandes aufgezeigt und (4.) anhand der hieraus gewonnen Erkenntnisse das bisherige Ergebnis nochmals einer Revision unterzogen. Nach einem Einblick in die Auslegung des Verschaffensmerkmals in anderen Straftatbeständen (5.) wird die Teleologie des Hehlereitatbestandes untersucht (6.). Schließlich werden die Erkentnisse zusammengefasst (IV.), auf die sich die hier vertretene Ansicht stützt, die gegen Ende des Beitrags dargestellt wird (V.). Schlussendlich (VI.) werden die wesentlichen Ergebnisse knapp zusammengefasst.*

## I. Einführung

Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer „eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft, um sich oder einen Dritten zu bereichern“ (§ 259 Abs. 1 StGB).

Die Hehlerei kann immer nur im Mehrpersonenverhältnis stattfinden, weil die Vortat durch einen anderen begangen worden sein muss; der Vortäter selbst kann nicht selbst Hehler sein.

Strafgrund[3] der Hehlerei ist nach h.M. der Gedanke der Perpetuierung der durch den Vortäter hergestellten rechtswidrigen Vermögenslage;[4] der Hehler erhält vorsätzlich (§ 15 StGB) den (rechtswidrigen) Zustand aufrecht, den der Vortäter geschaffen hat.

## II. Problemstellung

Die Problematik und der daraus folgende Grundgedanke, welcher der im Laufe der Untersuchung noch näher darzulegenden Ansicht zugrunde liegt, sollen nun an einem kurzen Beispiel verdeutlich werden:

*Beispielsfall*: P verpfändet ein Schmuckstück im Wert von 40,- € im Pfandleihhaus des O. Als P später feststellt, dass er das Darlehen nicht zurückzahlen können wird, bricht er in das Pfandleihhaus ein, um sich das Schmuckstück zurückzuholen. Als er gerade dabei ist, die Einbruchsspuren zu beseitigen, nutzt H, der alles beobachtet und die Lage sofort erfasst hatte, die Gelegenheit, nimmt das Schmuckstück an sich und flieht. P flieht ebenfalls und zeigt den Diebstahl nicht an, da er sonst Gefahr liefe, dass der Einbruch entdeckt würde.

Auf einem Flohmarkt sieht O wenige Tage später H mit dem Schmuckstück und stellt ihn zu Rede. Wie kann O gegen H strafrechtlich vorgehen?

---

* Der *Verf.* ist studentische Hilfskraft an der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Völkerstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg bei Prof. *Dr. Thomas Rotsch*, für dessen Anmerkungen ihm recht herzlich gedankt sei.

[1] Vgl. etwa RGSt 64, 326 (327); RGSt 52, 203 (203); RGSt 54, 280 (281 f.); BGH wistra 1998, 264 (265); BGHSt 27, 160 (163); BGH wistra 2005, 27 (28); BGHSt 15, 53 (56 f.); BGHSt 27, 45 (46). Die angeführten Entscheidungen beziehen sich teilweise auf das Merkmal des „Ansichtbringens“ des § 259 StGB a.F., das jedoch lediglich durch den Begriff des „Sichverschaffens“ ersetzt wurde und die Begriffe – zumindest nach der Absicht des Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. 7/550, S. 252) – dahingehend bedeutungsgleich verstanden werden bzw. verstanden werden *sollen*. Dass dies nicht unproblematisch ist, wird unter III. 5. g) näher erläutert.

[2] Vgl. etwa *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 32. Aufl. 2009, Rn. 848, 857; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 259 Rn. 13; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2010, § 259 Rn. 16 ff.; *Stree*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 259 Rn. 18, 42 f.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 259 Rn. 10; *Ruß*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 259 Rn. 17; *Pflieger*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 259 Rn. 30.

[3] Um dem Leser einen einführenden Überblick zu verschaffen, wird an dieser Stelle nur kurz die herrschende Ansicht wiedergegeben; eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Teleologie des Tatbestandes findet sich unter III. 6.

[4] Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 252; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 824; BGH GrS 7, 134 (137); *Wolff*, Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei, 2002, S. 131 ff., wobei jedoch in den genannten Quellen im gleichen Atemzug auf das (vermeintlich) notwendige einvernehmliche Zusammenwirken von Vortäter und Hehler verwiesen wird. Beim Gesetzentwurf der Bundesregierung zum EGStGB (BT-Drs. 7/550) ist hervorzuheben, dass dieser hierbei relativ undifferenziert an die Rechtsprechung zu § 259 StGB a.F. (siehe teilweise Fn. 1) anschließt (BT-Drs. 7/550, S. 252). Ohne das Erfordernis der Einvernehmlichkeit etwa *Wilbert*, Begünstigung und Hehlerei, 2007, S. 89.

Im Beispiel macht sich P wegen Pfandkehr (§ 289 Abs. 1 StGB) strafbar, sie ist taugliche Vortat der Hehlerei.[5] Folgt man der herrschenden Ansicht, ist H im vorliegenden Fall dennoch nicht nach § 259 StGB strafbar, da es an einem einvernehmlichen Zusammenwirken zwischen P und H fehlt; H ist lediglich strafbar wegen Diebstahls (§ 242 StGB). Da es sich bei dem Schmuckstück um eine geringwertige Sache handelt,[6] ist grundsätzlich ein Strafantrag i.S.d. §§ 77 ff. StGB für die Verfolgung notwendig (§ 248a StGB i.V.m. § 152 Abs. 2 StPO e contrario), es sei denn, die Strafverfolgungsbehörde hält wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten. Der Diebstahl ist ein Eigentumsdelikt;[7] folglich ist der Eigentümer, hier also P, als Verletzter strafantragsberechtigt (§ 77 Abs. 1 StGB).[8] O kann also vorliegend strafrechtlich nur gegen P vorgehen, indem er den erforderlichen Strafantrag (§ 289 Abs. 3 StGB) stellt, nicht jedoch gegen H.

Die dargestellte Konstellation verdeutlicht den Anknüpfungspunkt, auf den sich die noch näher darzulegende Auffassung stützt: Eine deliktische Verschaffenshandlung kann *verschiedene* Rechtsgüter beeinträchtigen; im eben genannten Beispiel verletzt H (erstmalig) das Eigentumsrecht des P und perpetuiert die (durch P erstmalig verursachte) Beeinträchtigung des Pfandrechts des O. Hier zeigt sich zwar keine *Strafbarkeits*lücke; H hat sich wegen Diebstahls i.S.d. § 242 StGB strafbar gemacht. Denkt man sich aber den Beispielsfall in einer Konstellation des § 247 StGB, so wird die Problematik noch deutlicher, da hier *faktisch* eine *Verfolgbarkeits*lücke entsteht: In diesem Fall könnte der Diebstahl ausschließlich auf einen Strafantrag des P hin verfolgt werden; dieser wird jedoch wohl auf die Stellung eines solchen verzichten, um nicht selbst ins Visier der Strafverfolgungsbehörden zu geraten.

Die beschriebene Situation tritt immer dann auf, wenn die Vortat ein anderes Rechtsgut verletzt, als die deliktische Verschaffenshandlung; im Falle des Diebstahls etwa (als die wohl typischste deliktische Verschaffenshandlung) würde sich eine Abweichung im genannten Sinne folglich bei allen Tatbeständen ergeben, die (1) taugliche („gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige", § 259 StGB) Vortaten der Hehlerei sind, sich (2) nicht (oder nicht ausschließlich) gegen Rechte aus dem Eigentum richten und (3) deren Rechtsgutsbeeinträchtigung durch die Wegnahmehandlung perpetuiert wird. Dies ist beispielsweise der Fall bei Pfandkehr (§ 289 StGB), Jagd- und Fischwilderei (§§ 292, 293 StGB)[9] oder dem Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten[10] (§ 266b StGB).

Dieses Problem wird vermutlich deshalb übersehen, weil der Diebstahl die (wie bereits die Fassung des Tatbestandes vermuten lässt) wohl häufigste Vortat der Hehlerei ist[11] und sich das Problem gleichzeitiger Verletzung unterschiedlicher Rechtsgüter bei einer Wegnahme als typischer deliktischer Verschaffenshandlung nicht stellt.

Liegt ein solcher Fall vor, ist der „doppelt" Geschädigte nur gegen die *erstmalige* Beeinträchtigung seines Rechts geschützt, gegen die *wiederholte* Beeinträchtigung nach Auslegung der herrschenden Ansicht jedoch nicht, da ein Sichverschaffen durch Wegnahme gerade nicht einverständlich mit dem Vortäter geschieht.

Hierbei sollte nicht vergessen werden, dass auch im Falle eines deliktischen Sichverschaffens der Täter immer vorsätzlich handeln muss (§ 15 StGB), also auch dann Kenntnis von der Vortat haben und bezüglich dieser willentlich handeln muss, wenn er nicht mit dem Vortäter zusammenwirkt; er kann nie „versehentlich" strafbar die erste Rechtsgutsverletzung perpetuieren.[12]

### III. Das Merkmal des Sichverschaffens auf dem Prüfstand

Im Folgenden soll nun untersucht werden, welche Argumente für bzw. wider die herrschende und die darzulegende Ansicht angeführt werden können.

#### *1. Wortlautauslegung*

Betrachtet man das Tatbestandsmerkmal des Sichverschaffens losgelöst von aller Dogmatik unter grammatikalischen Gesichtspunkten, so verlangt es kein einvernehmliches Zusammenwirken mit demjenigen, der vorher die Herrschaftsgewalt über die Sache innehatte, sondern lediglich das Erlangen der Herrschafts- oder Verfügungsgewalt über die Sache; eine Erstreckung dieses Begriffs auch auf deliktische Hand-

[5] Vgl. etwa *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 831; *Stree*, (Fn. 2), § 259 Rn. 7.

[6] So *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 311 m.w.N.

[7] Vgl. etwa *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 1. Nach anderer Ansicht schützt § 242 StGB überdies den Gewahrsam, vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 242 Rn. 1 m.w.N.

[8] Vgl. nur *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 57a m.w.N. Das Eigentum geht *nicht* auf den Pfandgläubiger über.

[9] Die §§ 292, 293 StGB schützen nicht nur die Ausübung des Jagd- bzw. Fischereirechts, sondern auch das Recht der Aneignung an den in Rahmen des Jagd- bzw. Fischereirechts erlegten Tieren (vgl. etwa *Kindhäuser* [Fn. 2], § 292 Rn. 1, § 293 Rn. 2).

[10] § 266b StGB schützt nicht das Eigentum, sondern das *gesamte* Vermögen des Karteninhabers (vgl. exemplarisch *Kindhäuser* [Fn. 2], § 266b Rn. 1).

[11] So auch aus kriminologischer Perspektive unter Bezugnahme auf entsprechende Erhebungen *Geerds*, GA 1958, 129 (133).

[12] Dies wird teilweise offenbar verkannt oder zumindest nicht vollständig realisiert; so behauptet etwa *Stree* im Rahmen des Verschaffens bei § 261 StGB, das jedoch seiner Ansicht nach dem der Hehlerei entspricht, dem Täter fehle es „am inneren Zusammenhang mit der Ächtung des Tatobjekts" (*Stree* [Fn. 2], § 261 Rn. 13). Ein Verkennen dieser Tatsache lässt auch die Aussage des BGH vermuten, „[ohne] solchen Willen des Vorbesitzers […] würden praktisch viele Fälle der Unterschlagung einer gestohlenen Sache zur Hehlerei" (BGHSt 15, 53 [58]).

lungen käme nicht in Konflikt mit den (verfassungsrechtlichen) Grenzen des Bestimmtheitsgebots bzw. des Analogieverbots (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG).[13]

*2. Systematische Betrachtung*

*a) Der systematische Kontext innerhalb des Tatbestandes zum Merkmal „Ankaufen“*

Diese weite Wortlautauslegung wird von der herrschenden Ansicht mit dem Argument des systematischen Zusammenhanges zum Merkmal des „Ankaufens“ eingeschränkt, da dieses einen Sonderfall des Sichverschaffens darstelle[14] und als Konkretisierung rückwirkend ein einverständliches Zusammenwirken von Vortäter und Hehler als notwendig erkennen lasse.[15]

Dies erscheint jedoch wenig überzeugend. Die Formulierung des Tatbestandes „ankauft oder *sonst* sich oder einem Dritten verschafft“ (§ 259 Abs. 1 StGB) deklariert zwar richtigerweise das Merkmal des „Ankaufens“ als Unterfall des Sichverschaffens; das „Ankaufen“ kann aber auch dann einen Unterfall des Sichverschaffens darstellen, wenn dies *keine* Einvernehmlichkeit voraussetzt, weil die Einvernehmlichkeit Bestandteil der Konkretisierung durch das Merkmal des „Ankaufens“ sein kann. Der Rückschluss mag nach dem scheinbar typischen Erscheinungsbild der Hehlerei nahe liegen, ist jedoch in keiner Art und Weise zwingend.[16]

*b) Die Stellung des Hehlereidelikts im einundzwanzigsten Abschnitt des StGB*

Den anderen Delikten des einundzwanzigsten Abschnittes des StGB, namentlich Begünstigung (§ 257 StGB) und Strafvereitelung (§ 258 StGB),[17] ist das Wesen zueigen, dass sie zumindest im Interesse des Täters begangen werden; dies spricht möglicherweise für die Notwendigkeit des Einvernehmensmerkmals,[18] dem könnten allerdings auch historisch-traditionelle Aspekte zugrunde liegen:[19]

*3. Die geschichtliche Entwicklung des Hehlereitatbestandes*

*a) Das römische Strafrecht*

aa) Das (frühe) römische Recht kannte ein Hehlereidelikt nach heutigem Verständnis nicht.[20] Es existierte lediglich zur republikanischen Zeit auf dem Gebiet des Zwölftafelrechts[21] das „furtum conceptum“:

„Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiua res quaesita et inuenta sit. nam in eum propria actio constituta est, quamuis fur non sit, quae appellatur concepti.“[22]

Ob es sich hierbei um ein tatsächlich eigenständiges Delikt, oder eine Beweisregel für den Diebstahl handelte, ist unklar.[23] Fest steht jedoch, dass als Rechtsfolge die Rückzahlung des dreifachen Wertes (sog. „triplum“) gefordert wurde:

„Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore seruatur.“[24]

Dieser Vorschrift den Charakter einer Strafvorschrift nach dem heutigen Begriffsbild zuzuschreiben, wäre – aufgrund der Verwendung des Begriffes der *poena*[25] – ahistorisch,

[13] So auch *Wilbert* (Fn. 4), S. 135; *Hruschka*, JR 1980, 221; *Roth*, Eigentumsschutz nach der Realisierung von Zueignungsunrecht, Neuorientierung im System der Vermögensdelikte, 1986, S. 116; *ders.*, JA 1988, 193 (207); *Joerden*, Jura 1986, 80 (81). Grundsätzlich zur Bedeutung des Bestimmtheitsgebots *Rotsch*, ZJS 2008, 132.

[14] Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 860; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 259 Rn. 22; *Fischer* (Fn. 2), § 259 Rn. 10; *Stree* (Fn. 2), § 259 Rn. 30.

[15] So etwa *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 857, 860.

[16] So auch *Wilbert* (Fn. 4), S. 135; *Roth*, JA 988, 193 (207); *ders.* (Fn. 13), S. 117.

[17] Die Geldwäsche (§ 261 StGB) soll an dieser Stelle vernachlässigt werden, da sie erst im Jahre 1992 durch das „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG)“ (BGBl. I, 1302) eingeführt wurde und daher zum ursprünglichen, auf historischen Entwicklungen basierenden, systematischen Zusammenhang der Anschlussdelikte keine Aussage treffen kann.

[18] So etwa *Wilbert* (Fn. 4), S. 136.

[19] Dazu, und inwiefern die Einführung der Geldwäsche als möglicher weiterer „Fremdkörper“ im 21. Abschnitt eine solche Tradition vielleicht vollständig auflöst, sogleich.

[20] Vgl. *Wilbert* (Fn. 4), S. 17 ff.; *Wolff* (Fn. 4), S. 13 ff.

[21] Als Textnachweis mit Übersetzung siehe *Flach*, Das Zwölftafelgesetz, 2004.

[22] Gai Inst. III. 186; zitiert nach *Krüger/Studemund* (Hrsg.), Gai institutiones, 6. Aufl. 1912, S. 145. Übersetzung des *Verf.*: „Als aufgedeckt (‚conceptum‘) wird ein Diebstahl dann bezeichnet, wenn in Anwesenheit von Zeugen bei jemandem das gesuchte Diebesgut gefunden wird. Denn gegen ihn ist, selbst wenn er nicht der Dieb sein sollte, besondere Klage erhoben worden, welche als solche des gefundenen bezeichnet werde.“

[23] Vgl. *Wilbert* (Fn. 4), S. 13; für die Annahme lediglich einer Beweisregel *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (552); für die Annahme eines eigenständigen Deliktes etwa *Mommsen*, Römisches Strafrecht, 1899 (Nachdruck 1955), S. 747.

[24] Gai Inst. III. 191; zitiert nach *Krüger/Studemund* (Fn. 22), S. 145. Übersetzung des *Verf.*: „In den Fällen der Aufdeckung und in denen des Unterschiebens ist die Strafe gemäß der zwölften Tafel des Zwölftafelgesetzes das Dreifache, und das soll vom Prätor beibehalten werden.“

[25] Die *poena* in der römischen Rechtssprache stellte keine Strafe im heutigen Sinne dar, sondern lediglich eine private Buße, um sich den Verzicht von Rache zu erkaufen (vgl. *Fuhrmann*: poena, in: Paulys Realencelopädie der classichen Altertumswissenschaft, Supplement-Bd. 9, 1962, Sp. 843).

wenn auch die Forderung der Zahlung des Dreifachen weit über den Gedanken einer zivilrechtlichen Restitution hinausgeht; jedoch kann hierin – selbst wenn es sich lediglich um eine Beweisregel gehandelt haben sollte – bereits der Perpetuierungsgedanke entdeckt werden: Die *poena* trifft denjenigen, bei dem das Diebesgut („furtum") aufgefunden wurde: dieser hat die rechtswidrige Besitzlage aufrechterhalten, indem er das furtum beherbergte.

bb) Ähnliches findet sich auch im spätrömischen Recht bei *Ulpian* im siebenundvierzigsten Buch der Digesten:

„Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquunt quam adgressores. sed enim additum est ‚dolo malo', quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. quid enim, si ignarus recipit? aut quid, si ad hoc recepit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amiserat? utique non debet teneri."[26]

Wenn auch der Kernanwendungsbereich der Vorschrift, die (wohl zum ersten Mal) einen eigenständigen Tatbestand im Bereich der Anschlussdelikte normiert,[27] etwa dem entspricht, was heute unter Strafvereitelung (§ 258 StGB) verstanden wird, wird jedoch auch das (gewerbliche) Verbergen gestohlenen Gutes davon erfasst;[28] etwa bei der Beherbergung flüchtiger Sklaven wurden beide Verhaltensweisen gleichzeitig erfüllt.[29]

Ebenfalls im siebenundvierzigsten Buch der Pandekten finden sich im sechzehnten Abschnitt die folgenden Vorschriften von *Marcianus* und *Paulus*:

„Pessimum genus est receptatorum, sine quibus nemo latere diu potest: et praecipitur, ut perinde puniantur atque latrones. in pari causa habendi sunt, qui, cum adprehendere latrones possent, pecunia accepta vel subreptorum parte dimiserunt."[30]

„Eos, apud quos adfinis vel cognatus latro conservatus est, neque absolvendos neque severe admodum puniendos: non enim par est eorum delictum et eorum, qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt."[31]

*b) Das germanische und mittelalterliche Strafrecht*

Sowohl die germanischen Rechte[32] als auch das von den aus Italien stammenden rechtswissenschaftlichen Bewegungen geprägte Strafrecht des Mittelalters jedoch ordnete Verhaltensweisen der heutigen Anschlussdelikte wiederum als nachfolgende Teilnahme („auxilium subsequens"[33]) an der Vortat ein; aus diesem Grunde war auch eine klare Trennung von dem, was nach heutiger Vorstellung Hehlerei und Begünstigung darstellt, nicht möglich.[34] Folglich können hieraus für die vorliegende Untersuchung keine nennenswerten Ergebnisse gezogen werden.

*c) Das Strafrecht der frühen Neuzeit*

aa) Eine der ersten Kodifikationen der frühen Neuzeit auf dem Gebiet des Strafrechts stellt die Bamberger Halsgerichtsordnung[35] oder Constitutio Criminalis Bambergensis (CCB) aus dem Jahre 1507 dar, die mutmaßlich auf eine Redaktion von Juristen um *Johann von Schwarzenberg* (1463/65-1528)[36] zurückgeht.[37] Eine hehlereiähnliche Vorschrift findet sich in Art. 203 CCB, der besagt:

„Jtem so yemant einem misstetter zu vbung einer misstat wissentlicher und geverdlicher weyss eincherley hillf und beystandt thut, vrsach, tröstung oder furderung darzu gibt, wie das alles namen haben mage: ist peynlich zu straffen, Aber, als vorstet in einem fall anderst, dann in dem andern: Darumb söllen in disen fellen die vrteyler mit berichtigung der verhandlung, auch wie sölchs an leyb oder leben sol gestrafft werden, Rats pflegen."[38]

---

Ein lateinischer terminus, der dem heutigen Strafbegriff entsprach, existierte nicht (*Fuhrmann*, a.a.O., Sp. 856).

[26] *Ulpian*, Dig. 47.9.3.3.; zitiert nach: Krüger/Mommsen (Hrsg.), Corpus iuris civilis, Bd. 1, 9. Aufl. 1902, S. 778. Übersetzung des *Verf.*: „Aber nicht nur derjenige, der etwas geraubt, sondern auch derjenige, der etwas sonst an sich gebracht hat, haftet aus den angeführten Gründen, weil der Hehler ebenso ein Verbrechen begeht wie der Räuber. Jedoch muss noch die Arglist hinzukommen, da nicht jeder, der etwas an sich nimmt, verbrecherisch handelt, sondern nur wer dies arglistig tut. Denn wie ist der Fall, wenn er die Sache ohne Kenntnis an sich genommen hat oder wenn er sie an sich genommen hat, um sie aufzubewahren und für denjenigen sicherzustellen, der sie verloren hatte? Dann haftet er keineswegs."

[27] Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (553).

[28] Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (553); *Mommsen* (Fn. 23), S. 775.

[29] So auch *Mommsen* (Fn. 23), S. 775 Fn. 4.

[30] *Marcianus*, Dig. 47.16.1.; zitiert nach: Krüger/Mommsen (Fn. 26), S. 788. Übersetzung des *Verf.*: „Eine verdorbene Sippe aber sind die Hehler, ohne die sich niemand lange verbergen könnte; und daher ist vorgeschrieben, sie wie die Räuber zu bestrafen. Mit ihnen sind auch diejenigen gleichzustellen, die zwar einen Räuber festnehmen konnten, ihn aber gegen Geld oder Auszahlung eines Beuteanteils wieder laufen ließen."

[31] *Paulus*, Dig. 47.16.2; zitiert nach: Krüger/Mommsen (Fn. 26), S. 788. Übersetzung des *Verf.*: „Diejenigen, welche einen mit ihnen verwandten oder verschwägerten Räuber verborgen haben, sind weder freizusprechen noch schwer zu bestrafen; denn ihre Tat ist nicht mit denen vergleichbar, in denen jemand einem unbekannten ein Versteck bietet."

[32] Vgl. etwa *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (550).

[33] Vgl. etwa *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (553 ff.).

[34] Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (551, 553 ff.); *Wilbert* (Fn. 4), S. 17 ff.; *Wolff* (Fn. 4), S. 19 f.

[35] Textnachweis bei *Buschmann*, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998, S. 18-101.

[36] Vgl. *Stolleis*: Schwarzenberg, Johann von, in: Juristen, 2. Aufl. 2001, S. 565.

[37] Vgl. *Rüping/Jerouscheck*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Auflage 2007, Rn. 99.

[38] Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 79.

Die Vorschrift stand im systematischen Kontext mit den Diebstahlsdelikten; von ihr wurden auch Anschlussdelikte erfasst.[39] Jedoch normierte auch sie – wie bereits schon das mittelalterliche Strafrecht – lediglich eine Strafbegründung wegen Beihilfe zur Vortat.

bb) Dasselbe gilt auch für die auf Art. 203 CCB zurückgehende[40] nahezu gleich lautende Vorschrift des Art. 177 der Peinlichen Gerichtsordnung[41] *Karls des V.* (1500-1558)[42] – auch unter der Bezeichnung Constitutio Criminalis Carolina (CCC) bekannt – von 1532. Ergänzt wurde sie durch die verfahrensrechtliche[43] Vorschrift des Art. 40 S. 1 CCC, die besagte:

„Item so eyner wissentlich vnd geuerlicher weiß von geraubtem oder gestolnem gut, beut oder theyl nimbt, oder so eyner die thetter wissentlich und geuerlicher weiß etzt oder drenckt, auch die thetter oder obgemelt vnrecht gut gar oder zum theyl wissentlich annimpt, heymlich verbirgt, beherbergt, verkaufft oder vertreibt, oder so jemant den thettern, sunst in andere dergleichen weg, geuerlich förderung, radt oder beistandt thut, oder inn jren thatten vnzimlich gemeynschafft mit jn hette, Ist auch eyn anzeygung peinlich zufragen.“[44]

Sie ließ auf die genannten Anzeichen hin die „peinliche Befragung“ nach richterlichem Ermessen (vgl. Art. 58 CCC) im Rahmen des spezialinquisitorischen[45] Verfahrens zu. Bezugspunkt war demnach – entsprechend der materiellen Vorschrift des Art. 177 CCC – primär das Diebesgut und nur nachrangig der Umgang mit dem Vortäter.

*d) Die Entwicklung der Partikulargesetzgebung: Festhalten am Teilnahmegedanken*

Der von *Wigulaeus Xaver Aloysius von Kreittmayr* (1705-1790)[46] im Jahre 1751 verfasste Codex Juris Bavarici Criminalis[47] war für die damalige Zeit in seiner strafgesetzgeberischen Entwicklung rückständig;[48] dies zeigt sich unter anderem auch darin, dass er die mittelalterlich-rechtliche Tradition der Hehlerei als nachfolgende Beihilfe (Zweytes Capitul, §§ 14 und 15 des Codex)[49] zum Diebstahl beibehielt; allerdings zeigt sich hier in § 14 zum ersten Mal deutlich der Aspekt der heutigen Bereicherungsabsicht. Dass er jedoch die (nachfolgende) Beihilfe nicht wesentlich prägt, zeigt § 15, der auch – allerdings milder – die „Hülf ohne Participation“ unter Strafe stellt.

Abermals entgegen dem gesetzgeberischen Zeitgeist hielt auch das – ansonsten fortschrittliche[50] – Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern[51] aus dem Jahre 1815 von *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775-1833)[52] am Teilnahmegedanken fest.

*e) Der Wandel der Hehlerei zum eigenständigen Delikt und die weitere Entwicklung*

aa) Währenddessen ging etwa das österreichische Strafrecht dazu über, die Hehlerei (und sämtliche Anschlussdelikte) als eigenständige Delikte zu betrachten, so etwa die Constitutio Criminalis Theresiana[53] (CCT) aus dem Jahre 1769. Art. 3 § 12[54] S. 1 Hs. 1 CCT bestimmt explizit, dass eine nachfolgende „Beihilfe“ zur Vortat nicht mehr als solche (die vorangehende und gleichzeitige Beihilfe zur Vortat ist in Art. 3

[39] Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (556).
[40] So *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (556).
[41] Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 103-177.
[42] Vgl. Lemma: Karl V. (Karl, Heiliges Römisches Reich), in: Brockhaus, Enzyklopädie in 30 Bänden, Bd. 14, 21. Aufl. 2006, S. 482.
[43] Vgl. *Wilbert* (Fn. 4), S. 18; *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (556).
[44] Art. 40 S. 1 CCC; zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 119.
[45] Im generalinquisitorischen Verfahren wurde zunächst ein bestimmter Sachverhalt aufgrund eines ersten Verdachtes daraufhin untersucht, ob überhaupt ein strafbares Delikt begangen wurde. Stand dies fest und erhärtete sich der Verdacht gegen eine bestimmte Person, konnte der Richter das spezialinquisitorische Verfahren einleiten, indem der Verdächtige zunächst im artikulierten Verhör befragt wurde und aufgrund der Aktenlage anschließend eine andere Stelle über die Anordnung und den Grad der anzuwenden Folter entschied. Ein Überblick hierzu findet sich bei *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 2008, Rn. 400.
[46] Vgl. *Stolleis* (Fn. 36): Kreittmayr, Wigulaeus Xaverius Aloysius von, S. 371.
[47] Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 179-224.
[48] An Todesstrafe, Folter und Hexereidelikten wurde festgehalten, welche aus anderen Strafgesetzen bereits ganz oder teilweise verbannt waren; vgl. *Rüping/Jerouscheck* (Fn. 37), Rn. 203.
[49] Zweytes Capitul, § 14 CJBC: „Wer von dem Diebstahl nicht nur directè vel indirectè wissentlich participiret, sondern auch aus gewinnbegierigen Gemüth, denen Diebs-Leuten vor- in- oder nach der That Hülf leistet, wird wie der Principal-Thäter selbst mit der ordentlichen Straff des Diebstahls angesehen.“
Zweytes Capitul, § 15 CJBC: Hülf ohne Participation, oder Participation ohne Hülf, wird nur arbitrariè bestrafft, wobey jedoch unter jenen, welche in- vor- und nach dem Diebstahl helfen, ein Unterschied zu machen, und die erste schärfer als die andere, diese aber schärfer als die letzte zu bestraffen seynd.“ Jeweils zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 191.
[50] Wie etwa die Normierung des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ zeigt; vgl. *Rüping/Jerouscheck* (Fn. 37), Rn. 204.
[51] Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 447-538.
[52] Vgl. *Stolleis* (Fn. 36): Feuerbach, Paul Johann Anselm von, S. 208.
[53] Textnachweis nach dem Faksimiledruck der Originalausgabe von 1769 aus dem Jahre 1975.
[54] „Im dritten Falle, wenn Jemand nach bereits vollbrachter Missethat, wissentlich, und gefährlicher Weise dem Thäter mit Hülff, und Beystand beförderlich wäre, und wie immer erst nachfolglich daran Theil nähme, kann derselbe zwar als ein Mitwirker zu der schon vorhin beschehenen That nicht angesehen werden; er machet sich jedoch einer besonderen Missethat schuldig.“ Zitiert nach dem Faksimiledruck der Originalausgabe von 1769 aus dem Jahre 1975.

§§ 10 f. geregelt) betrachtet werden darf; Art. 3 § 12 S. 1 Hs. 2 CCT klassifiziert jedoch solche Verhaltensweisen als eigenständige Delikte („besondere Missethat"). Ein solches, das unter anderem Verhaltensweisen unter Strafe stellt, die den heutigen Anschlussdelikten entsprechen, und außerdem die Eigenständigkeit einer nachfolgenden Hilfehandlung weiter betont, stellt Art. 102 § 1 CCT dar:

„Es ist vorläuffig anzumerken, wienach zwischen Helffern, und Heelern der nöthige Unterscheid in Acht zu nehmen seye. Die Helffere der Missethätern sind jene, welche zur Missethat selbst beywirken; durch die Heelere, und Unterschleiffgebere aber werden hier eigentlich diejenige verstanden, die zur Bewerkstelligung der Uebelthat selbst keine Beyhülf leisten, sondern nur lasterhafte, und verdächtige Leute mit – oder ohne habende Wissenschaft ihrer entweder schon verübt – oder verüben wollenden Uebelthat bey sich aufhalten, beherbergen, und Unterstand geben, oder denenselben, damit sie nicht zur gefänglicher Haft gebracht werden mögen, fürsetzlich durchhelffen; oder auch wissentlich – und gefährlicher Weise entweder ermordete Körper heimlich verthun, verbergen, vergraben, oder aber gestohlenes, und geraubtes Gut verheelen, vertuschen, kauffen, verkauffen, vertragen, oder wie immer zu Begünstigung der Überthätern auf die Seiten bringen."[55]

Während Art. 3 § 102 S. 2 Hs. 2, Hs. 3 Var. 1 CCT eher den Bereich der heutigen Strafvereitelung erfasst, konzentriert sich Art. 3 § 102 S. 3 Hs. 3 Var. 2 CCT ganz auf die „Begünstigung der Übelthäter" im Bezug auf Diebesgut, welche in etwa heutiger Begünstigung und Hehlerei entspricht. Da sie offensichtlich inhaltlich – wenn auch tatbestandlich verselbstständigt – trotzdem noch an den mittelalterlichen Teilnahmegedanken anknüpft, wird das Handeln zugunsten des Täters vorausgesetzt.

bb) An diese Gesetzgebung schließt in jeglicher Hinsicht auch das Allgemeine Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung[56] *Josephs des II.* (1741-1790)[57] von 1787 an.[58] § 8 des Ersten Theils der sog. „Josephina" lautete:

„Wer aber nur erst nach vollbrachter Missethat dem Thäter mit Hülfe, und Beystand beförderlich gewesen ist oder von der ihm bekannt gewordenen Missthat Gewinn und Vortheil gezogen hat, macht sich zwar eines eigenen, besonderen, aber nicht des begangenen Verbrechens schuldig, ausgenommen er wäre vor verübter Missethat mit dem Thäter wegen künftiger Hülfeleistung, oder Theilnehmung einverstanden gewesen."[59]

Wie bereits in der „Theresiana" entbehrte trotz Eigenständigkeit des Deliktes auch der Tatbestand der Josephina, welcher den heutigen Delikten der Hehlerei und Begünstigung entspricht, nicht jeglichen Teilnahmegedankens, wie § 163 des Ersten Theils der Josephina zeigt:

„Mitschuldiger und Theilnehmer an dem Diebstahl ist, wer mit Wissen gestohlen Gut kaufet oder verkauft, gestohlen Gut verheelet, bey Ausübung des Diebstahls auf der Wache stehet, die Gelegenheit zum Diebstahl ausspähet, und überhaupt mittelbar, oder unmittelbar zu dem Diebstahle, auch nur mit gegebenem Rath hilft, wenn er auch sonst an dem gestohlenen Gut nicht Hand geleget, oder Theil genommen hat."[60]

cc) Nicht nur eine Trennung, sondern sogar eine detaillierte Ausgestaltung sowohl der Teilnahme an Diebstahl und Raub als auch der Hehlerei nahm das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten[61] (ALR) aus dem Jahre 1794 in den §§ 1218-1230 und §§ 1231-1247 des zwanzigsten Titels des Zweiten Teils vor, basierend auf den allgemeinen Teilnahmeregelungen der II 20 §§ 83 f. ALR. Die Hehlereivorschriften des II 20 §§ 1231-1247 ALR bezogen sich lediglich auf den Kauf gestohlener Sachen und der diesbezüglichen Sorgfaltspflichten. Hierbei war der Bezugspunkt ausschließlich die Eigenschaft der Kaufsache als Diebesgut, über die der potentielle Käufer – etwa auch nach dem Verhalten des Anbieters –[62] urteilen musste und auch bei nur fahrlässiger Falschbewertung bestraft wurde.[63] Dies zeigt wiederum deutlich den Perpetuierungsgedanken auf und hebt aufgrund der starken Sachbezogenheit bezüglich des Diebesgutes die Hehlerei (wenn auch nicht alle heute erfassten Tathandlungen im ALR unter diesem Titel geführt wurden) von der täter- bzw. tatbezogenen Vortatbeihilfe ab.

dd) Ebenfalls einen eigenen Abschnitt widmete das Preußische Strafgesetzbuch[64] (PrStGB) von 1851 der Hehlerei. Der zwanzigste Abschnitt des PrStGB enthielt neben dem Grunddelikt der „Einfachen Hehlerei" gem. § 237 PrStGB[65]

[55] Zitiert nach dem Faksimiledruck der Originalausgabe von 1769 aus dem Jahre 1975.
[56] Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 224-272.
[57] Vgl. Lemma: Joseph II. (Joseph, Herrscher), in: Brockhaus (Fn. 42), S. 108.
[58] Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (558).
[59] Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 227.
[60] Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 254.
[61] Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 272-445.
[62] Etwa II 20 § 1231 ALR: „Ein jeder, dem von Verdächtigen (Th. I. Tit. XV. § 19) oder Unbekannten, welche nicht mit dem Verkaufe solcher Sachen ein öffentliches Gewerbe treiben, (Ebendas. § 43, 44) Sachen zum Kauf oder Pfande angetragen werden, ist schuldig, zu prüfen: ob der Antragende wahrscheinlich über die angebotenen Sachen zu verfügen, berechtigt sey." Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 407.
[63] Vgl. II 20 § 1240 ALR: „Hat außerdem jemand gestohlne Sachen, zwar nicht wissentlich, aber doch mit Verabsäumung der gesetzlichen Vorsicht, gekauft oder angenommen; so soll er, nach Verhältniß der begangenen Nachläßigkeit, willkührliche doch nachdrückliche Geld- oder Gefängnißstrafe (§ 35) leiden." Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 408.
[64] Textnachweis bei *Buschmann* (Fn. 35), S. 538-614.
[65] „Wer Sachen, von denen er weiß, daß sie gestohlen, unterschlagen oder mittelst anderer Verbrechen oder Vergehen erlangt sind, ankauft, zum Pfände nimmt oder verheimlicht, ingleichen wer Personen, die sich eines Diebstahls, einer

auch die schwere (§ 238 PrStGB) und die gewerbsmäßige Hehlerei (§ 239 PrStGB), sowie eine Rückfall-Vorschrift für Wiederholungstäter (§ 240 PrStGB). Im Grundtatbestand findet sich neben der Tatvariante der Hehlerei, die der Fassung des heutigen Hehlereitatbestandes schon relativ nahe kommt, auch eine weitere, deren Verhaltensumschreibung in etwa dem Bild der heutigen Begünstigung (§ 257 StGB) entspricht. Sie enthält – im Gegensatz zum heutigen Begünstigungstatbestand – das Erfordernis einer Selbstbereicherungsabsicht („um seines eigenen Vortheils willen“), das sich nach der Formulierung des Tatbestandes (noch) nicht auf die erste Tatvariante erstreckte.

Während manche Partikularstrafgesetzgebungen – wie etwa Bayern (s.o.) – teilweise an der Bewertung als nachfolgende Teilnahme festhielten, war die Regelung des PrStGB für andere hingegen Vorbild.[66]

Den §§ 237 ff. PrStGB wohnte der Gedanke inne,[67] dass die Teilnahme vor und während der Vortat (zumindest unmittelbar) überwiegend bis ausschließlich dem Vortäter zu Gute komme, die nachfolgende Mitwirkung des Hehlers jedoch in der Regel primär dessen eigenem Nutzen dienen sollte.[68] Aus diesem Grunde erscheint die Formulierung des Tatbestandes, die den Eigennutz nicht mehr auf die Hehlereivariante bezieht, als redaktionelles Missgeschick. Für den uneigennützigen Begünstiger blieb § 37 PrStGB.[69] Umso verwunderlicher scheint es daher, dass 1856 der Eigennutz explizit von der Hehlerei ausgenommen wurde.[70]

ee) Dies wurde jedoch durch die Einführung des Reichsstrafgesetzbuches (RStGB) 1871 revidiert;[71] somit existierte zum ersten Mal auf gesamtdeutschem Territorium ein einheitlicher Hehlereitatbestand. § 259 RStGB in der Fassung, in der er am 15.5.1871 verkündet wurde und am 1.1.1872 in Kraft trat, lautete:

„Wer seines Vortheils wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels eines strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei Anderen mitwirkt, wird als Hehler mit Gefängniß bestraft.“

ff) Seine heutige Fassung erhielt der Hehlereitatbestand im Zuge der Großen Strafrechtsreform durch das EGStGB[72] aus dem Jahre 1974 nach dem Entwurf von 1962.[73]

*4. Zwischenbilanz der Erkenntnisse*

*a) Ergebnis der historischen Untersuchung*

Der Hehlereitatbestand hat sich aus dem Teilnahmegedanken entwickelt. Mit dem Bewusstsein, dass der Hehler im Anschluss an die Vortat keinen wirklichen Beitrag hierzu leisten kann, hat sich die Hehlerei – wenn auch in manchen Regionen schleppend – zum eigenständigen Delikt entwickelt. Wie insbesondere die jüngeren Gesetzgebungen zeigen, lag dem auch der Gedanke zugrunde, dass ein Vortatgehilfe primär den Nutzen des Vortäters anstrebt, der – erst nach der Vortat auftretende – Hehler jedoch in aller Regel nur den eigenen, was sich auch in dem Erfordernis der Bereicherungsabsicht des heutigen § 259 StGB widerspiegelt.

*b) Revision der systematischen Betrachtung des 21. Abschnitts*

Vor diesem Hintergrund ist der 21. Abschnitt des StGB als vollkommen uneinheitlich zu qualifizieren.[74] Während Begünstigung (§ 257 StGB) und Strafvereitelung (§ 258) die Unterstützung des Vortäters unter Strafe stellen, somit dem Teilnahmegedanken noch stärker anhaften und auch im Gegensatz zur Hehlerei die staatliche (Straf-) Rechtspflege schützen,[75] ist die Hehlerei (§ 259 StGB) – trotz der Mög-

---

Unterschlagung oder eins ähnlichen Verbrechens oder Vergehens schuldig gemacht haben, in Beziehung auf das ihm bekannte Verbrechen oder Vergehen um seines eigenen Vortheils willen begünstigt, ist mit Gefängniß nicht unter Einem Monate und mit zeitiger Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte zu bestrafen; auch kann derselbe zugleich unter Polizei-Aufsicht gestellt werden.
Wird festgstellt, daß mildernde Umstände vorhanden sind, so kann die Strafe bis auf Eine Woche Gefängniß ermäßigt werden.“ Zitiert nach *Buschmann* (Fn. 35), S. 586 f.

[66] Nachweise zu weiteren Partikularstrafgesetzen finden sich bei *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (560 f.).

[67] „Die Kommission der II. Kammer fand diese Bestimmung weder mit den Grundprinzipien des Strafrechts überhaupt, noch auch mit denen des Gesetzbuches vereinbar, theils weil die Anwendung derselben Strafe, welche den Thäter trifft, von der Kenntniß der erschwerenden Umstände des Verbrechens abhängig sei, theils weil der Grundsatz des §. 34 überhaupt – die gleiche Bestrafung des Theilnehmers – sich nicht auf den Beistand nach vollbrachtem Verbrechen beziehen lasse, sondern auf die Fälle des §. 34 allein, also auf die Miturheberschaft oder auf die Hülfe zur Verübung des Verbrechens selbst, beschränkt bleiben müsse. Sie hat aus diesem Grunde jene allgemeine Vorschrift gestrichen, und den besonderen Titel der Hehlerei wieder hergestellt, in diesem aber in den §§. 237 und 238 alle Fälle der Begünstigung Verbrechens aus eigenem Vortheil, also nicht allein jener der in den Entwürfen von 1845-1847 genannten Verbrechen, als Hehlerei unter Strafe gestellt. […] Wie bereits gedacht, setzt die Hehlerei die Begünstigung des Verbrechens oder Vergehens um des eignen Vortheils willen voraus.“ Zitiert nach *Goldtammer*, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, Bd. 2, 1852, S. 527 f.

[68] Unter Bezugnahme auf die Gesetzgebungsmaterialien *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (564 f.); *Wilbert* (Fn. 4), S. 26.

[69] Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (565).

[70] So auch *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (566).

[71] Vgl. *Mezger*, ZStW 59 (1940), 549 (566).

[72] Vgl. BGBl. I 1974, S. 469.

[73] Vgl. BGBl. I 1974, S. 491; *Wilbert* (Fn. 4), S. 38.

[74] So bezeichnete bereits *Beling* die Anschlussdelikte (zu diesem Zeitpunkt noch *vor* der großen Strafrechtsreform) als die „am meisten verunglückten Bestimmungen des Gesetzbuches“ (in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. 7, 1907, S. 201).

[75] Vgl. *Fischer* (Fn. 2), § 257 Rn. 1; § 258 Rn. 2.

lichkeit der Drittbereicherungsabsicht – angesichts ihrer historischen Entwicklung der Norm ein eigennütziges (Vermögens-) Delikt. Spätestens durch die Einführung des Geldwäschetatbestandes (§ 261 StGB) hat der 21. Abschnitt des StGB endgültig jeglichen inneren systematischen Zusammenhang verloren, weshalb hieraus keine Erkenntnisse für die vorliegende Untersuchung gewonnen werden können und das oben[76] genannte Argument nicht gegen die darzulegende Ansicht fruchtbar gemacht werden kann.

*5. Das Merkmal des Sichverschaffens in anderen Straftatbeständen*

Im nächsten Schritt soll untersucht werden, wie das Merkmal des Sichverschaffens in anderen Tatbeständen verstanden wird und ob dieses Verständnis für die hier vorgenommene Untersuchung im Rahmen des § 259 StGB fruchtbar gemacht werden kann.

a) Das Tatbestandsmerkmal des Sichverschaffens findet sich neben § 259 StGB u.a. in den §§ 96 Abs. 1 und 2, 100a Abs. 2, 146 Abs. 1 Nr. 2, 148 Abs. 1 Nr. 2, 149 Abs. 1, 152a Abs. 1 Nr. 2, 202c Abs. 1, 261 Abs. 2 Nr. 1, 263a Abs. 3, 275 Abs. 1, 276 Abs. 1 Nr. 2, 310 Abs. 1, 316c Abs. 4, 323b StGB sowie §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5, 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG.

b) Das Sichverschaffen von Staatsgeheimnissen (§ 96 StGB) kann durch jede erdenkliche Handlung – also auch durch deliktische Handlungsformen – erfolgen;[77] dasselbe gilt für Sichverschaffenshandlungen im Rahmen des § 100a Abs. 2 StGB.[78]

Auch beim Verschaffen von Falschgeld (§ 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB) ist die Erlangung der bloßen Verfügungsgewalt – sei es einvernehmlich, deliktisch oder z.B. durch Fund – ausreichend;[79] dasselbe gilt für das Sichverschaffen von falschen amtlichen Wertzeichen (§ 148 Abs. 1 Nr. 2 StGB)[80] und das Verschaffen von Gegenständen zur Vorbereitung von Geld- und Wertzeichenfälschungen (§ 149 Abs. 1 StGB)[81], sowie das Verschaffen von falschen Karten, Schecks oder Wechseln (§ 152a Abs. 1 Nr. 2 StGB)[82], das Verschaffen von entsprechender Software als Vorbereitung eines Computerbetrugs (§ 263a Abs. 3 StGB)[83] und das Verschaffen von Hilfsmitteln zum Ausspähen von Daten (§ 202c Abs. 1 StGB)[84]. Ebenso verhält es sich mit dem Verschaffen von gefälschten amtlichen Ausweisen (§ 276 Abs. 1 Nr. 2 StGB)[85] und Gegenständen zur Vorbereitung von deren Herstellung (§ 275 Abs. 1 StGB);[86] auch das Verschaffen von Gegenständen zur Vorbereitung von Explosions- und Strahlungsverbrechen (§ 310 Abs. 1 StGB)[87] und das Verschaffen von Stoffen oder Vorrichtungen zum Zwecke des Angriffs auf den Luft- und Seeverkehr (§ 316c Abs. 4 StGB)[88] meint die Erlangung über die Verfügungsgewalt unabhängig davon, ob diese auf einverständlichem Wege erfolgt oder nicht.

c) Das Verschaffen von unrechtmäßig erlangten Vermögensverwerten im Rahmen des Geldwäschetatbestandes (§ 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB) wird überwiegend – allerdings *im Rückgriff* auf die zur Hehlerei genannte herrschende Ansicht[89] – als Erlangen der Verfügungsgewalt über die Sache im Einvernehmen mit dem Vortäter verstanden;[90] teilweise wird jedoch gerade hier auf das Merkmal des Einvernehmens *verzichtet*[91] (sic!): Soll sich zwar sonst der Geldwäschetatbestand an den Tatbestand der Hehlerei anlehnen, so wird gerade beim Merkmal des Einvernehmens (teilweise) hiervon abgewichen. Bei einer solchen Betrachtung stünde der Hehlereitatbestand mit dem geforderten Einvernehmensmerkmal allein.

d) Dieses Verständnis des Tatbestandsmerkmals „sich verschaffen" beschränkt sich überdies nicht auf das Kernstrafrecht des Strafgesetzbuches; es findet sich beispielsweise im Rahmen des Betäubungsmittelstrafrechts (vgl. §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5, 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG)[92] wieder.

e) Zusammenfassend: Mit Ausnahme der Hehlerei und teilweise der Geldwäsche setzt nach ganz herrschender Ansicht das Merkmal des „Sichverschaffens" in allen Tatbeständen des StGB (und auch denen des BtMG), in denen es im selben Wortsinn vorkommt,[93] gerade *kein* Einvernehmen mit dem vorherigen Gewahrsamsinhaber voraus.[94]

---

[76] Siehe III. 2. b).

[77] Vgl. *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 96 Rn. 4 f.; *Fischer* (Fn. 2), § 96 Rn. 2. Vgl. auch *Rotsch*, „Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, 2009, S. 214.

[78] Vgl. hierzu *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 77), § 100a Rn. 11 und *Fischer* (Fn. 2), § 100a Rn. 7, die beide auf die vorangegangen Ausführungen zu § 96 StGB verweisen.

[79] Vgl. *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 77), § 146 Rn. 15; *Fischer* (Fn. 2), § 146 Rn. 10; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 146 Rn. 8.

[80] Siehe *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 77), § 148 Rn. 10; *Fischer* (Fn. 2), § 148 Rn. 3; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 148 Rn. 2.

[81] Vgl. *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 77), § 149 Rn. 6; *Fischer* (Fn. 2), § 149 Rn. 4b.

[82] Siehe *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 77), § 152a Rn. 6; *Fischer* (Fn. 2), § 152a Rn. 13; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 152a Rn. 1.

[83] Vgl. *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263a Rn. 34; *Fischer* (Fn. 2), § 263a Rn. 33.

[84] Siehe nur *Fischer* (Fn. 2), § 202c Rn. 7.

[85] Vgl. *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 276 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 2), § 276 Rn. 3.

[86] Siehe *Cramer/Heine* (Fn. 85), § 275 Rn. 4; *Fischer* (Fn. 2), § 275 Rn. 4.

[87] Vgl. *Cramer/Heine* (Fn. 85), § 310 Rn. 6; *Fischer* (Fn. 2), § 310 Rn. 3.

[88] Siehe *Fischer* (Fn. 2), § 316c Rn. 15.

[89] Vgl. insbesondere BT-Drs. 12/989, S. 27.

[90] Siehe BT-Drs. 12/989, S. 27; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 898; *Fischer* (Fn. 2), § 261 Rn. 24; *Stree* (Fn. 2), § 261 Rn. 13.

[91] Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 2), § 261 Rn. 18 und *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 261 Rn. 8 jeweils m.w.N.

[92] Vgl. *Malek*, Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Aufl. 2008, Kap. 2 Rn. 282 f., 443.

[93] Außer Acht gelassen wurde daher z.B. das Verschaffensmerkmal i.S.d. § 323b StGB, da hier der Schwerpunkt des Augenmerks nicht auf der Herkunft, sondern auf dem Ziel der Verschiebung der Sache liegt.

[94] Eine ähnliche, jedoch wesentlich knappere Analyse mit selbem Ergebnis findet sich bei *Roth* (Fn. 13), S. 116.

f) Die Erörterung der Frage, ob der Grundsatz der Einheit bzw. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung eine gleichmäßige Auslegung gleicher Tatbestandsmerkmale zumindest innerhalb eines Gesetzes fordert, würde zwar den Rahmen dieser Untersuchung sprengen; allerdings könnte man die genannte Tatsache durchaus als Hinweis betrachten, der eine „einvernehmensfreie“ Auslegung des Merkmals nahe legt. Nicht verkannt werden soll hier aber, dass sich das nach herrschender Ansicht erforderliche Einvernehmen auf *alle* Tathandlungen erstreckt und nicht nur auf das des „Sichverschaffens“, und dass möglicherweise aus dem Grund gar keine auslegungsbezogene Inkonsequenz vorliegt, da das Tatbestandsmerkmal des „Sichverschaffens“ per se auch innerhalb der Hehlerei (bzw. teilweise auch der Geldwäsche, s.o.) ohne das spezielle Einvernehmenserfordernis ausgelegt würde, sich jedoch das Einvernehmenserfordernis bzgl. *aller* Hehlereihandlungen auch auf selbiges erstreckt. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass dieses am ehesten davon betroffen ist, da den anderen Handlungsalternativen noch eher ein begriffliches Einvernehmenserfordernis inne wohnt, wie etwa dem „Ankaufen“; zwingend erscheint dies zugegebenermaßen allerdings nicht.

g) Unklar ist hier auch die Rolle des Gesetzgebers, der im Zuge des EGStGB den Hehlereitatbestand neu fasste und das Merkmal des „Ansichbringens“ nach § 259 Abs. 1 StGB a.F. gerade durch das sonst immer nach herrschender Ansicht einvernehmensunabhängig ausgelegte Merkmal des „Sichverschaffens“ ersetzte,[95] obwohl er die Ansicht der Rechtsprechung zu § 259 Abs. 1 StGB a.F. teilte und das Einvernehmenserfordernis ebenfalls zur Grundlage des § 259 Abs. 1 StGB n.F. machte. Den Gesetzgebungsmaterialien nach zu urteilen handelt es sich hierbei wohl um ein legislatorisch-redaktionelles Missgeschick, da für eine beabsichtige Inkonsequenz[96] keinerlei Anhaltspunkte vorliegen.

*6. Teleologische Aspekte*

*a) Die herrschende Perpetuierungsdoktrin*

Schutzgut des Hehlereitatbestandes ist das Vermögen des Vortatgeschädigten;[97] die Präventivwirkung der Strafdrohung des § 259 Abs. 1 StGB soll eine vom Vortäter unabhängige Person[98] davon abhalten, die bereits durch den Vortäter angegriffene Vermögensposition abermals zu beeinträchtigen bzw. ihre Beeinträchtigung fortzuführen. Dies ist der Gedanke, welcher der vorherrschenden, eingangs erwähnten Perpetuierungslehre zugrunde liegt; sie vermag jedoch die Notwendigkeit der Bereicherungsabsicht zu erklären.[99] Diese wiederum hat ihren Hintergrund zum einen in ihrer – der historischen Entwicklung entspringenden – Eigenschaft als eigennütziges Delikt. Zum anderen dient sie – wie auch etwa bei § 242 StGB oder § 263 StGB – ob des (im Verhältnis zu anderen Rechtsgütern) niederrangigen Schutzguts zur Beschränkung der Strafbarkeit auf die tatsächlich strafwürdigen Fälle.[100]

Der Perpetuierungsgedanke jedoch vermag das Einvernehmenserfordernis der herrschenden Ansicht nicht zu rechtfertigen: Die rechtswidrige Besitzlage wird aufrechterhalten, gleichgültig, ob Vortäter und Hehler zusammenwirken oder ob der Hehler den Besitz an der durch die Vortat erlangte Sache durch Wegnahme erlangt.[101] Die Behauptung, die Verschaffung des Tatobjekts ohne Einvernehmen mit dem Vortäter begründe eine neue, weitere rechtswidrige Besitzlage,[102] wird jedoch der Perspektive der Strafdrohung nicht primär als repressive Möglichkeit des Staates zur Vergeltung von Rechtsverstößen, sondern als präventiv ausgestaltetem Rechtsgüterschutz nicht gerecht: Aus der Perspektive des Vortatgeschädigten spielt für die Perpetuierung der rechtswidrigen Besitzlage das Verhältnis von Vortäter und Hehler keine Rolle.[103] Vielmehr steigt die Gefahr der Restitutionsvereitelung[104] für das Vortatopfer, wenn selbst dem Vortäter der Aufenthaltsort der Sache unbekannt ist.[105]

*b) Weitere Ansätze*

Teilweise werden als Strafgründe des Hehlereitatbestandes ebenso wie der Gedanke der Vereitelung eines staatlichen Anspruches auf Restitution[106] wie auch der Anreiz für den Vortäter ob der Möglichkeit zum Absatz des Diebesgutes (sog. „allgemeine Sicherheitsinteressen“)[107] sowie das Verbot der Nachtathilfe und der eigennützigen Nutznießung am strafbar erlangten Vortatvorteil angesehen.[108]

---

[95] Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 252.

[96] Insofern man hier von Inkonsequenz sprechen kann, s.o.

[97] Da dies mittlerweile durch den Gesetzgeber festgeschrieben wurde, ist dieses Argument von *Miehe* (in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 1970, S. 91 [103]), welches sich gegen die Perpetuierungsdoktrin und den fortgeführten Schutz der Strafdrohung des Vortatdelikts wendet, entkräftet.

[98] Inwiefern ein Teilnehmer an der Vortat Hehler sein kann, ist umstritten (zum Streitstand vgl. *Stree* [Fn. 2], § 259 Rn. 53 ff.); da dies jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist, soll diese Frage hier ausgeklammert werden.

[99] So bereits *Hruschka*, JR 1980, 221 (222).

[100] Vgl. auch BT-Drs. 7/550, S. 253.

[101] Vgl. *Roth* (Fn. 13), S. 118 f.

[102] So *v. Kapff* (Hehlerei und Vortatteilnahme, 1971, S. 134), der in Fn. 201 auf S. 135 auf RGSt 54, 280 (281) verweist. Dieses begründet sich jedoch ebenfalls nur wieder mit dem geforderten „inneren Zusammenhang“ (RGSt 54, 280 [281 f.]).

[103] So auch *Roth* (Fn. 13), S. 119.

[104] Eingehend zu diesem Aspekt *Schroeder*, MDR 1952, 68.

[105] Richtigerweise *Roth* (Fn. 13), S. 119; sehr dürftig erscheint daher hier das Argument von *Miehe* ([Fn. 97], S. 91 [100]), nach dem es für den Vortatgeschädigten besser sei, wenn die Sache bei einem stadtbekannten Hehler auffindbar sei und nicht etwa bei einem von vielen Kleinkriminellen.

[106] Hierzu *Schröder*, MDR 1952, 68.

[107] Exemplarisch *Stree* (Fn. 2), § 259 Rn. 3.

[108] Einen Überblick über diese Lehren und entsprechende Nachweise finden sich bei *Stoffers*, Jura 1995, 113 (114).

*aa) Eigennutznießung am Vortatvorteil*

Dem letztgenannten Aspekt kann nach den Ergebnissen der obigen historischen Untersuchung[109] nur zugestimmt werden: Für eine Beschränkung dieses Gedankens auf bestimmte Fallgruppen besteht kein Grund;[110] vielmehr erscheint es bedenklich, wenn aus kriminalpolitischen Gründen einem Tatbestand je nach Fallgruppe ein anderer Strafgrund zugeordnet werden soll.

Bezieht man diesen Gedanken in die Teleologie des Hehlereitatbestandes mit ein, gibt es keinen Grund, ein einvernehmliches Zusammenwirken zwischen Vortäter und Hehler zu fordern. Laut *Geerds*[111] spricht hierfür auch die kriminologische Perspektive.[112] Weiterhin wurde der Eigennutzaspekt auch bereits von der Rechtsprechung des Reichsgerichts hervorgehoben; so heißt es in einer Entscheidung des *1. Strafsenats*: „[Die Bestrafung] entspricht in einem solchen Fall auch einem Grundgedanken des § 259 StGB, nach dem eine Strafe dafür eintreten soll, daß jemand aus Eigennutz zum Nachteile des Geschädigten einen rechtswidrigen Zustand aufrechterhält oder sogar verschlimmert, der durch eine vorhergehende strafbare Tat eines anderen herbeigeführt worden ist […]“[113].

*bb) Restitutionsvereitelung*

Der maßgeblich von *Schröder*[114] entwickelte Ansatz des Strafgrundes der Hehlerei aufgrund der Vereitelung des staatlichen Restitutionsanspruches ist in seinem Grundgedanken in gewisser Weise mit der Perpetuierungslehre verwandt. In seinen Ausführungen geht *Schröder* jedoch davon aus, dass die Hehlerei sich (zumindest auch) gegen die staatliche Restitutionspflege richtet;[115] dies ist nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Umgestaltung des Hehlereitatbestandes (wohlgemerkt erst Jahrzehnte nach der Veröffentlichung von *Schröders* Beitrag) nicht mehr vereinbar.[116] Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Vereitelung einer Wiederherstellung der rechtmäßigen Besitzlage der Hintergrund für den Strafgrund der Perpetuierungslehre darstellt. Würde man davon ausgehen, dass es für den Vortatgeschädigten keine Rolle mehr spielen würde, was mit der Sache geschieht, wenn sie erst einmal seiner Gewalt entzogen ist, so wäre die Normierung von Perpetuierungsunrecht schlicht eine zweckbefreite Strafdrohung. Insofern bleibt die Richtigkeit des Gedankens von *Schröder* auch trotz der Klarstellung der Hehlerei als Vermögensdelikt durch den Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Perpetuierungsdoktrin erhalten.

*cc) Verbot der Nachtathilfe*

*Miehe* sieht den Zweck der Strafdrohung der Hehlerei im Verbot der Nachtathilfe.[117] Diese Ansicht ist jedoch nach der geltenden Rechtsordnung als überholt zu betrachten, da sie sich im Wesentlichen auf die Annahme stützt, dass die Hehlerei kein Vermögensdelikt ist.[118] Die Frage wurde jedoch mittlerweile durch den Gesetzgeber anders entschieden.[119] Mit denselben Argumenten verneint *Miehe* das Wesen der Hehlerei als Perpetuierung des durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustands und somit der Anknüpfung jeglicher Hehlereihandlung an das durch die Vortat beeinträchtigte Rechtsgut.[120] Auch diese Annahme wird durch die Stellungnahme des Gesetzgebers[121] entkräftet.

Zwar ist nach *Miehe* die Nutznießungslehre als überholt anzusehen;[122] jedoch hält er ein Verständnis der Hehlerei als Kombination aus Vermögensdelikt und Eigennutznießung an der Vortat für vertretbar.[123] Dies entspricht auch der aktuellen Gesetzeslage, sodass auf die Lehre vom Verbot der Nachtathilfe, die sich auch wiederum sehr stark dem Teilnahmegedanken annähert, nicht mehr weiter eingegangen werden muss.

*dd) Allgemeine Sicherheitsinteressen*

Der auf den ersten Blick scheinbar intrikateste Einwand gegen einen Verzicht auf das geforderte Einvernehmensmerkmal ist der Gedanke allgemeiner Sicherheitsinteressen, nach dem das Hehlereiunrecht neben dem Perpetuierungsgedanken darin besteht, dass Hehler ob ihrer Absatzmöglichkeit einen Anreiz zur Vortat liefern.[124]

Der Wortlaut des § 259 StGB lässt diesen Schluss jedoch nicht zu und war auch vom Gesetzgeber nicht vorgesehen.[125] Auch die Verweisung auf die Antragserfordernisse der §§ 247, 248a StGB in § 259 Abs. 2 StGB widerspricht der Einbeziehung überindividueller Interessen in den Schutzbereich des Hehlereitatbestandes: Würde durch den Tatbestand der Schutz überindividueller Interessen verfolgt, bestünde kein Grund (möglicherweise nicht einmal eine Berechtigung), ihre Verfolgung auch nur in Teilbereichen zur Disposition des Einzelnen zu stellen.[126] Auch das Merkmal der Bereicherungsabsicht würde einer solchen Schutzgutinterpretation zuwiderlaufen.[127]

[109] Ähnlich *Oellers*, GA 1967, 6 (10).
[110] So etwa *Knauth* (NJW 1984, 2666 [2669]), der die „Nutznießertheorie“ ausschließlich im Falle der Strafbarkeit des unredlichen Geldempfängers anwenden will.
[111] *Geerds*, GA 1958, 129.
[112] Vgl. *Geerds*, GA 1958, 129 (131 f.). Er stützt sich insbesondere auf mehrere Erhebungen aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts; eine Auflistung findet sich auf in auf Seite 129 seines Beitrags in Fn. 2.
[113] RGSt 71, 341 (342).
[114] *Schröder*, MDR 1952, 68.
[115] Vgl. *Schröder*, MDR 1952, 68 (71 f.).
[116] Die Hehlerei ist – wie auch der Wortlaut der neu gefassten Norm nahe legt – in seiner jetzigen Fassung ein Vermögensdelikt, vgl. BT-Drs. 7/550, S. 253.
[117] Vgl. *Miehe* (Fn. 97), S. 91 (insb. 117 ff.).
[118] Vgl. *Miehe* (Fn. 97), S. 91 (99 ff.).
[119] Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 253.
[120] Vgl. *Miehe* (Fn. 97), S. 91 (103).
[121] Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 252 f.
[122] Vgl. *Miehe* (Fn. 97), S. 91 (95).
[123] Vgl. *Miehe* (Fn. 97), S. 91 (100).
[124] Exemplarisch *Oellers*, GA 1967, 6 (9).
[125] So zutreffend *Roth* (Fn. 13), S. 102.
[126] So auch *Roth* (Fn. 13), S. 103 f.
[127] Details bei *Roth* (Fn. 13), S. 104.

Dies spricht ebenso gegen eine Einbeziehung allgemeiner Sicherheitsinteressen zum Unrechtsgehalt der Hehlerei, wie auch die Ergebnisse älterer statistisch-kriminologischer Erhebungen[128].

Ob der Gedanke allgemeiner Sicherheitsinteressen zumindest der Strafschärfung in § 260 StGB zugrunde liegt, kann für die hier durchgeführte Untersuchung dahinstehen.[129]

### IV. Zwischenergebnis

Die Geschichte lehrt, dass es sich bei der Hehlerei heute um ein eigennütziges, selbstständiges Delikt handelt und nicht um eine vertatbestandlichte nachfolgende Vortatteilnahme, was offenbar vom Gesetzgeber bei der Neugestaltung des 21. Abschnitts des StGB verkannt wurde. Dies spricht ebenso wie die Teleologie und der Wortlaut der Norm gegen das von der herrschenden Ansicht als erforderlich erachtete ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des Einvernehmens zwischen Hehler und Vortäter. Systematische Argumente können hiergegen nicht vorgebracht werden. Diese Betrachtungsweise steht auch im Einklang mit der Auslegung des Sichverschaffens-Merkmals in anderen Tatbeständen des StGB und auch des BtMG.

### V. Folgen der zugrunde gelegten Betrachtung

*1. Taugliche Tathandlungen i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB*

a) Möchte man der hier vertretenen Auffassung folgen, ist das von der herrschenden Ansicht geforderte Merkmal des einvernehmlichen Zusammenwirkens zwischen Hehler und Vortäter nicht notwendig, vielmehr sogar im Hinblick auf den eigennützigen Charakter des Delikts verfehlt, sodass die Tathandlung des Sichverschaffens auch deliktisch erfolgen kann.

b) Als deliktische Erlangung der Verfügungsgewalt kommt insbesondere die Wegnahme i.S.d. §§ 242, 249 StGB in Betracht. Der Streit, ob auch die Erlangung der Verfügungsgewalt durch Täuschung oder Nötigung des Vortäters eine Tathandlung i.S.d. § 259 Abs. 1 StGB darstellt,[130] kann daher dahinstehen, da bei Einbeziehung selbst der Wegnahme umgekehrt geschlossen werden kann, dass auch diese taugliche Hehlereihandlungen darstellen (müssen).[131]

c) Es bleibt die Frage, ob auch eine Unterschlagungshandlung eine taugliche Hehlereihandlung in Form des Sichverschaffens sein kann.

aa) Im Zivilrecht ist die vergleichbare Frage, ob die Umwandlung von Fremd- in Eigenbesitz (§ 872 BGB) einen Besitzerwerb i.S.d. § 990 Abs. 1 BGB darstellen kann, umstritten.[132] Für die strafrechtliche Bewertung scheint der Streit jedoch nicht von Belang zu sein: Legt man – wie hier – dem Unrechtsgehalt der Hehlerei den Gedanken zugrunde, dass sich durch die perpetuierte Beeinträchtigung der Vermögensposition des Vortatgeschädigten das Tatobjekt immer weiter vom Inhaber der Vermögensposition (also dem Vortatgeschädigten) entfernt und somit die Möglichkeit der Restitution erschwert wird, so erfüllt die bloße, durch einen gedanklichen Umschwung erfolgte Abänderung der Richtung des Besitzwillens und somit die Beendigung des sachenrechtlichen Besitzmittlungsverhältnisses (§ 868 BGB) diese Voraussetzungen nicht. Auch vermag das Erfordernis der objektiven Manifestation des Zueignungswillens[133] nicht daran zu rütteln, dass sich die Sache durch die Unterschlagung nicht weiter vom Vortatgeschädigten entfernt.

bb) Eine Hehlereihandlung in Form des Verschaffens bereits einen Schritt zuvor, nämlich bei der Besitzerlangung noch mit Fremdbesitzwillen anzunehmen, scheitert nach bislang herrschender Ansicht an der Auslegung des Verschaffensmerkmals als Begründung *eigener* Verfügungsgewalt,[134] welche bei (noch) vorhandenem Fremdbesitzwillen ja gerade nicht gegeben ist; auch wird es in diesen Konstellationen regelmäßig an der Bereicherungsabsicht fehlen. Dieses Ergebnis mag unter Umständen im Hinblick auf die vertretene Ansicht inkonsequent erscheinen. Die genannte Definition des Verschaffensbegriffs in Frage zu stellen würde jedoch zum einen den Umfang der vorliegenden Untersuchung sprengen; zum anderen wäre diese Frage nicht ausschließlich für den Tatbestand des § 259 StGB, sondern auch für einige andere Straftatbestände zu klären.[135]

*2. Auflösung möglicher Normenkonflikte auf Konkurrenzenebene*

a) Zutreffenderweise muss der Konflikt zwischen dem Tatbestand der Hehlerei und dem einer deliktischen Verschaffenshandlung auf Konkurrenzenebene gelöst werden.[136]

b) Verletzt die deliktische Verschaffenshandlung – wie etwa im eingangs dargestellten Fall – gleichzeitig Rechtsgüter sowohl des Vortatgeschädigten als auch des Vortäters, so besteht Tateinheit kraft natürlicher Handlungseinheit zwischen der Hehlerei und dem Delikt, durch dessen Tathandlung der Täter die Sache sich oder einem Dritten verschafft.

c) Anders verhält sich der Fall, wenn die Verschaffenshandlung ausschließlich die Rechtsgutsverletzung der Vortat perpetuiert; dies ist etwa der Fall, wenn einem Dieb das erlangte Diebesgut wiederum gestohlen wird.[137]

---

[128] Vgl. hier insbesondere *Grosse*, Zur Kriminologie der Hehlerei, 1967, passim. Er kommt zu dem Ergebnis, dass durch die im Zuge der Untersuchung begleiteten Hehler kein Vortäteranreiz geschaffen wurde (S. 201 ff.). Die Untersuchung erstreckte sich auf 180 Personen, die zwischen 1959 und 1961 in Hamburg wegen Hehlerei verurteilt wurden. Weitere Literaturnachweise über kriminologische Untersuchungen der Hehlerei finden sich bei *Geerds*, GA 1958, 129 in Fn. 2.

[129] Auch hier verneinend *Roth* (Fn. 13), S. 105.

[130] Exemplarisch *Fischer* (Fn. 2), § 259 Rn. 13 m.w.N.

[131] Je nach dem zugrunde gelegten Vermögensbegriff.

[132] Zum Streitstand vgl. etwa *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, § 8 Rn. 15.

[133] Hierzu *Fischer* (Fn. 2), § 246 Rn. 6 f.

[134] Vgl. exemplarisch *Fischer* (Fn. 2), § 259 Rn. 11 m.w.N.

[135] Siehe die beispielhafte Aufzählung oben unter III. 5. a).

[136] So auch – wenn auch mit abweichenden Ergebnissen – *Roth*, JA 1988, 193 (207); *ders.* (Fn. 13), S. 120.

[137] Sofern man mit der herrschenden Ansicht als Schutzgut des Diebstahls (Nachweise bei *Fischer* [Fn. 2], § 242 Rn. 1) ausschließlich das Eigentum ansieht. Siehe dazu oben Fn. 7.

aa) *Roth* nimmt hier eine „Sperrwirkung der Perpetuierungstatbestände“[138] an, die er in den §§ 252, 259, 260 StGB abschließend geregelt sieht[139] und die in diesem Fall das andere durch die Verschaffenshandlung erfüllte Delikt im Wege abstrakter Normenkonkurrenz[140] verdrängen sollen.[141]

bb) Dies vermag jedoch letztendlich nicht zu überzeugen. Die logische Folgerung wäre nämlich im Beispielsfalle des Diebesdiebes, dass bei ansonsten identischer Tatausführung nur das – für seine Hehlereigenschaft konstituierende – Wissen des Täters um die Herkunft des Tatobjekts seine Strafbarkeit von Diebstahl in Hehlerei wandeln würde und ohne erkennbaren oder erklärbaren Grund die Strafschärfungsgründe der §§ 243 ff. StGB, denen die aus ihnen erwachsende besondere Gefährlichkeit der Wegnahmehandlung zugrunde liegt, ihren Anknüpfungspunkt verlören und somit nicht mehr zur Anwendung kommen könnten.

Im Hinblick auf den Unrechtsgehalt der Wegnahmehandlung erscheint dies jedoch nicht sachgerecht. Im Gegenteil mag vielleicht sogar unter kriminologischen Gesichtspunkten der besondere Anreiz für den Hehler in diesen Fallkonstellationen, nämlich dass er mit einer Anzeige oder sonstigem strafrechtlichen Vorgehen des Vortäters nicht zu rechnen braucht, ihn auch zu besonders drastischen Mitteln (etwa dem Mitsichführen von Waffen, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB) greifen lassen, um sich diesen Vorteil zu sichern. Des Weiteren liegt es gerade im Wesen des Diebstahls, dass das Recht des Eigentümers auch dann beeinträchtigt oder eine bestehende Beeinträchtigung perpetuiert wird, wenn die Wegnahmehandlung nicht den Gewahrsam des Eigentümers, sondern den eines Dritten bricht[142] (weshalb ein Diebstahl – unter Zugrundelegung der hier vertretenen Ansicht – ja überhaupt erst als Hehlereihandlung in Frage kommen kann).

d) Angemerkt sei, dass man letztendlich mit der dargestellten Konzeption denklogisch zu dem Ergebnis kommt, dass eine *isolierte* Hehlereistrafbarkeit nur in den Fällen einvernehmlichen Zusammenwirkens von Vortäter und Hehler in Betracht kommt. Somit deckt sich das konkurrenzenrechtlich aufgelöste Ergebnis der hier vertretenen Auffassung – mit zwei Ausnahmekonstellationen[143] – mit demjenigen der bislang herrschenden Ansicht.

*3. Keine Wahlfeststellung*

Die im behandelten Bereich umstrittene Frage[144] nach der Möglichkeit der Wahlfeststellung[145] kann im Falle der Beeinträchtigung nur eines Rechtsguts durch die Hehlereihandlung (nämlich in Form der Perpetuierung der Rechtgüterbeeinträchtigung der Vortat) nach der hier vertretenen Ansicht nicht nur dahinstehen, sondern wird sogar vollständig gegenstandlos: Steht fest, dass der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Erlangung der Verfügungsgewalt über die Sache bezüglich ihrer Herkunft bösgläubig war, also mindestens dolus eventualis und somit Vorsatz i.S.d. § 15 StGB vorlag, und er in Selbst- oder Drittbereicherungsabsicht handelte, ist es gleichgültig, ob nachgewiesen werden kann, dass der Übergang der Verfügungsgewalt im (willensmängelfreien) Einverständnis mit dem Vortäter erfolgte oder nicht: Der Beschuldigte ist jedenfalls der Hehlerei im Sinne des § 259 StGB schuldig. Soweit eine Wegnahme, Nötigung, Täuschung oder sonstiges taugliches deliktisches Verschaffen nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden kann, entfällt nach dem Grundsatz in dubio pro reo die – konkurrenzenrechtlich vorrangige – Strafbarkeit wegen des anderen durch die Verschaffenshandlung erfüllten Delikts; das Perpetuierungsunrecht bleibt jedoch (einvernehmensunabhängig) bestehen und der Betroffene macht sich (nur) wegen Hehlerei i.S.d. § 259 StGB strafbar.

## VI. Zusammenfassung

Die Tathandlung des Hehlereitatbestandes nach § 259 Abs. 1 StGB „sich oder einem Dritten verschaffen“ setzt *nicht* – wie von der herrschenden Ansicht gefordert – ein einvernehmliches Zusammenwirken von Vortäter und Hehler voraus, weshalb auch deliktische Handlungen (wie etwa eine Wegnahme i.S.d. § 242 StGB) hiervon erfasst werden. Perpetuiert eine solch deliktische Verschaffenshandlung jedoch ausschließlich die Rechtsgutsbeeinträchtigung der Vortat, wird sie von dem anderen Delikt auf konkurrenzenrechtlicher Ebene verdrängt; beeinträchtigt sie gleichzeitig verschiedene Rechtsgüter, besteht Tateinheit. Kann das andere Delikt nicht nachgewiesen werden, so bleibt trotzdem eine Strafbarkeit wegen Hehlerei bestehen, weshalb die Frage nach der Möglichkeit einer Wahlfeststellung obsolet wird.

---

[138] Vgl. *Roth* (Fn. 13), S. 91 ff.
[139] Vgl. *Roth* (Fn. 13), S. 91 ff., 107 ff., 151.
[140] Vgl. *Roth* (Fn. 13), S. 91 ff., insb. S. 107 ff.; zur Terminologie *Roth*, a.a.O., S. 89 f.
[141] Vgl. *Roth* (Fn. 13), S. 107 ff.
[142] Hierzu *Fischer* (Fn. 2), § 242 Rn. 15.
[143] Erstens: Die Fälle, in denen durch eine deliktische Verschaffenshandlung sowohl Rechtsgutsbeeinträchtigungen des Vortatgeschädigten perpetuiert als auch Rechtsgüter des Vortäters beeinträchtigt werden; hier würde die herrschende Ansicht ausschließlich eine Strafbarkeit wegen des die Verschaffenshandlung erfüllenden Delikts bestrafen. Zweitens: Die Fälle, in denen zwar nur eine Perpetuierung der durch die Vortat herbeigeführte Rechtsgutsbeeinträchtigung stattfindet, jedoch nicht geklärt werden kann, ob die Verschaffenshandlung deliktischer oder (willensmängelfreier) einvernehmlicher Natur war; in diesen Fällen ist die Anwendbarkeit der Wahlfeststellung strittig (hierzu sogleich unter V. 3.).
[144] Hierzu *Stree* (Fn. 2), § 259 Rn. 65 f.
[145] Einführend zur Grundproblematik *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 805 ff.

# Recht im „Alten Reich“ – Der Usus modernus

Von Prof. Dr. **Martin Heger**, Berlin*

*Die Reform des Jurastudiums in den letzten Jahren hat dazu geführt, dass die Bedeutung der Grundlagenfächer außerhalb entsprechender Schwerpunktbereiche weiter abgenommen hat. Gleichwohl sind Grundkenntnisse in der Rechtsgeschichte nicht nur für das Verständnis einiger heutiger Rechtsinstitutionen von Bedeutung; der Blick auf die Andersartigkeit der deutschen Rechtsordnung in der Vergangenheit ist vielmehr auch unter dem Gesichtspunkt eines historischen Rechtsvergleichs von Interesse und macht dabei deutlich, dass das, was dem heutigen deutschen Juristen als Kernbestand einer Rechtsordnung überhaupt gilt, seinerseits zeitbedingt ist. Das dürfte das Verständnis für abweichende Lösungen in anderen Ländern vertiefen.*

## I. Einleitung

Als „Altes Reich“ bezeichnen Historiker das Hl. Römische Reich Deutscher Nation in der frühen Neuzeit, als der Glanz des mittelalterlichen Kaiserreichs längst erloschen war, das Reich in seiner tradierten Form aber noch rund 300 Jahre fortbestanden hat. Aus rechtshistorischer Sicht lässt sich dieses Reich datieren auf die Zeit zwischen 1495 – dem Jahr des Wormser Reichstags mit seinen grundlegenden Beschlüssen[1] – bis 1806,[2] als mit der Niederlegung der Deutschen Kaiserkrone durch Franz II. das Reich endgültig unterging und vollends durch die modernen Territorialstaaten abgelöst wurde. Wenn man vom Recht in diesem Reich spricht, muss man sich aber vergegenwärtigen, dass es damals nie nur eine Rechtsquelle gegeben hat. Die territoriale Zerrsplitterung wie auch die unterschiedlichen Rechtstraditionen in den einzelnen Teilgebieten des Reichs führten vielmehr dazu, dass es stets nebeneinander verschiedene Rechtsquellen gegeben hat. Allgemein anerkannt war freilich, dass dem rezipierten römischen als dem gemeinen Recht im gesamten Reich besonderes Gewicht zukommen sollte; sein – aus damaliger Sicht – „moderner Gebrauch“ – der „usus modernus pandectarum“ – war daher Kernbestand der zeitgenössischen Rechtswissenschaft wie Rechtspraxis.

## II. Vom modernen Gebrauch des römischen Rechts

1839 betitelte der berühmte Rechtsgelehrte *Friedrich Carl v. Savigny* (1779-1861) sein Torso gebliebenes Alterswerk als „System des heutigen Römischen Rechts“.[3] Er versuchte darin, das zeitgenössische gemeine Recht, das im wesentlichen aus dem rezipierten römischen Recht, dem Corpus Iuris Civilis *Justinians* bestand, nach allgemeinen Gesetzmäßigkeiten zu systematisieren und damit einer für das 19. Jahrhundert zeitgemäßen Anwendung zugänglich zu machen.

Doch war dies nicht der erste Versuch, das im hohen und späten Mittelalter in Deutschland übernommene römische Recht in zeitgemäßer Weise wissenschaftlich zu bearbeiten und auf anstehende Rechtsfälle anzuwenden. Auch in der frühen Neuzeit, von Mitte des 16. Jahrhunderts bis hin zur französischen Revolution und Napoleon, war man bemüht um eine Anwendung der römischen Rechtsregeln in zeitgemäßer, damals moderner Weise. Programmatisch dafür genommen werden darf der Titel eines mehrbändigen Pandektenkommentars des „damals berühmtesten Juristen“, *Samuel Stryk*, erschienen in den Jahren 1690 bis 1709,[4] – „Usus modernus pandectarum“, der zeitgemäße Gebrauch des römischen Rechts in der Gestalt, die es unter *Justinian* erhalten hatte, und vor allem von dessen Kernstück, den Digesten oder griechisch Pandekten. Damit bekam eine bereits über hundert Jahre vor *Stryk* entstandene Richtung in der Rechtswissenschaft ihren Namen: Für die Rechtshistoriker ist diese Zeit bis heute die des Usus modernus (pandectarum). Und als solche fristet sie im Schatten größter Namen der deutschen Jurisprudenz von dem oben genannten *Savigny* über *Jhering* bis *Windscheid*[5] im 19. Jahrhundert ein kärgliches Dasein. Das allerdings durchaus zu Unrecht. Auch die Epoche des Usus modernus bedeutete einen wichtigen Schritt auf dem Weg zur Herausbildung einer modernen Rechtswissenschaft. *Franz Wieacker*, einer der bedeutendsten Rechtshistoriker des 20. Jahrhunderts, bezeichnet die Epoche des Usus modernus als „längste[n] und vielleicht [...] wichtigste[n] Abschnitt der Geschichte des römischen Rechts in vielen europäischen Ländern und zumal in Deutschland“.[6]

## III. Der Usus modernus pandectarum

Mit der Rezeption[7] wurde das römische Recht in der Gestalt des mos Italicus[8] im späten Mittelalter auch in Deutschland zum gemeinen Recht (ius commune). Bedeutender noch als die stoffliche Übernahme des justinianischen Privatrechts war dabei allerdings die Übernahme der Methoden wissenschaftlicher Bearbeitung des Rechtsstoffes,[9] wie sie seit der Wiederentdeckung der Digesten im 12. Jahrhundert zunächst von den Glossatoren und dann von den Kommentatoren entwickelt worden waren. Gegenstand der (Voll-) Rezeption war

* Der *Autor* ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

[1] Dazu *Laufs*, JuS 1995, 665.

[2] Vgl. nur *K.-P. Schroeder*, JuS 2006, 577.

[3] *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 396. – Zu *Savigny* vgl. *Coing*, JuS 1979, 86; *Kleinheyer/Schröder*, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl. 2008, S. 366 ff.

[4] *Wesel*, Geschichte des Rechts, 3. Aufl. 2006, S. 370.

[5] Zu diesem *Rückert*, JuS 1992, 902.

[6] *Wieacker* (Fn. 3), S. 205; in die gleiche Richtung *Söllner*, in: Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. 2, Teilbd. 1, 1977, S. 500, 506 f. und *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1995, Rn. 251.

[7] Dazu *Schildt*, Jura 2003, 450.

[8] *Wieacker* (Fn. 3), S. 133; *Koschaker*, Europa und das römische Recht, 4. Aufl. 1966, S. 223.

[9] *Kiefner*, in: Erler/Kauffmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Sp. 970 f.

damit genau genommen die Rechtswissenschaft des ius commune[10], ihr „historischer Gesamtsinn" daher vor allem ein Prozess der „Verwissenschaftlichung des Rechtslebens"[11]. Diese „Methodenrezeption"[12] ist nicht notwendig an das Corpus iuris gebunden, wenngleich insbesondere auf dem Gebiet des Privatrechts die justinianische Kompilation zumeist den Ausgangspunkt wissenschaftlicher Bearbeitung bildete. Zum Corpus iuris zählten z.Z. der Rezeption mit den Libri Feudorum[13] aber auch erst im Mittelalter entstandene Rechtsquellen zum Lehnsrecht, die von Glossatoren und Kommentatoren ebenfalls wissenschaftlich bearbeitet wurden. Dazu kam bereits seit dem 14. Jahrhundert eine „[halb] gelehrte Rechtsliteratur in Deutschland"[14], deren Rechtsquelle z.B. der Sachsenspiegel war.

Usus modernus meint dann die an die Epoche der Rezeption anschließende, im „16. Jahrhundert beginnende und mit den naturrechtlichen Kodifikationen endende Epoche der Rechtsgeschichte [...], in der das [...] in Deutschland rezipierte römisch-kanonische Recht als ius commune die Grundlage von Rechtslehre und Rechtsprechung bildete"[15]. Im Unterschied zur humanistischen bzw. eleganten Jurisprudenz und zum Naturrecht ist Gegenstand des Usus modernus die zeitgemäße Anwendung des römischen Rechts in der Praxis.[16] Als Weiterführung des mos Italicus[17] handelt es sich um ein gesamteuropäisches Phänomen.[18] Mit dem partikularen und gemeinen Recht standen sich in der frühen Neuzeit zwei Rechtskreise gegenüber; die Suche nach der „richtigen" Rechtsquelle ist charakteristisch für den usus modernus.[19] Gemäß § 3 RKGO[20] gebührte dabei dem Partikularrecht zwar Vorrang vor dem subsidiär geltenden gemeinen Recht; nach der rezipierten italienischen Statutentheorie waren die Statuten aber eng und nur im Sinne des römischen Rechts auszulegen[21] („statuta sunt stricte interpretanda"[22]).

Wieder mit *Wieacker* gesprochen, ist der „Usus modernus [...] die lange und vielseitige Epoche zwischen der spätmittelalterlichen Jurisprudenz und ihrer Rezeption in Deutschland und der geistigen Revolution des Vernunftrechts"[23]. Gegenstand der damaligen Rechtswissenschaft „war nicht mehr [nur] das Corpus Iuris in seiner wissenschaftlichen Aufarbeitung durch die accursische Glosse und die Konsiliatoren, sondern die römischen und deutschen Bestandteile der Territorialrechte und des allgemeinen gemeindeutschen Privat-, Prozeß-, Straf-, Staats- und Kirchenrechts in ihrer Anwendung in der aktuellen Praxis der oberen Gerichte"[24]. Insofern ging es – entgegen den Worten vom „Usus modernus pandectarum" – durchaus um mehr als nur einen zeitgemäßen Gebrauch der Digesten als des geltenden Rechts. Das gemeine Recht im Usus modernus bestand zwar in seinem Kern aus dem römischen Recht, doch war dieses inhaltlich durch bestehende Territorialrechte nicht unerheblich modifiziert worden.

Mit dem Usus modernus sollte keine neue Kodifikation des Rechts nach zeitgemäßen Regeln geschaffen werden. Solche Ambitionen, die unmittelbar zuvor in der Epoche der humanistischen Jurisprudenz aufgekommen, aber nicht in die Tat umgesetzt worden waren,[25] entstanden erst wieder unter dem Einfluss der Naturrechtslehren[26] und an diese zeitlich anschließend während des gesamten 19. Jahrhunderts im Zuge nationaler Einigungsbewegungen[27] und liberaler Modernisierungsvorstellungen.

Kennzeichnend für den deutschen Usus modernus war es vielmehr, dass er dem bestehenden, zumeist deutschrechtlich

[10] *Kiefner* (Fn. 9), Sp. 970, 972.

[11] *Wieacker* (Fn. 3), S. 131. – Ebenso *Sellert*, in: Boockmann u.a. (Hrsg.), Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit, Bd. 1, 1998, S. 115, 144; *Wesenberg/Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. 1985, S. 81. Vgl. auch *Heger*, Der Nießbrauch in usus modernus und Naturrecht, 2004, S. 24 f.

[12] *Kiefner* (Fn. 9), Sp. 970, 973.

[13] Zu deren Rezeption *Stolleis*, in: Cordes/Lück/Werkmüller/Schmidt-Wiegand (Fn. 9), Sp. 984, 988 ff.

[14] *Kiefner* (Fn. 9), Sp. 970, 974.

[15] *Luig*, in: Erler/Kauffmann (Fn. 9), Bd. 5, 1998, Sp. 628; ähnlich *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 4; *Heger* (Fn. 11), S. 25. – *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 115, bezeichnen mit Usus modernus zeitlich nur das 17. und 18. Jahrhundert.

[16] Vgl. *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 118.

[17] Vgl. *Schiemann*, Ergänzbares Lexikon des Rechts, 1993, 1/400, S. 3.

[18] Vgl. *Holthöfer*, Ius Commune 2 (1969), 130.

[19] *Wiegand*, in: Simon (Hrsg.), Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, 1987, S. 237 f.

[20] Nach § 3 RKGO von 1495 haben die Beisitzer am RKG zu urteilen „nach des Reichs gemeinen Rechten, auch nach redlich erbern und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstentumb, Herrschaften und Gerichte, die für sie pracht werden" (zit. nach *Wesenberg/Wesener* [Fn. 11], S. 84). – Zur Geschichte des RKG *Diestelkamp*, Rechtsfälle aus dem Alten Reich, 1995, S. 11 ff.

[21] *Coing* (Fn. 15), § 16 III, IV; *Trusen*, Römisches und partikuläres Recht, S. 101 ff.; *Dilcher*, in: Bader/ders., Deutsche Rechtsgeschichte, 1999, S. 766; *Luig*, in: Stolleis (Hrsg.), Hermann Conring (1606-1681), Beiträge zu Leben und Werk, 1983, S. 355 (S. 358 ff.).

[22] Vgl. *Trusen* (Fn. 21), S. 109 ff.; *Diestelkamp*, Recht und Gericht im Heiligen Römischen Reich, S. 481, 497.

[23] *Wieacker* (Fn. 3), S. 214.

[24] *Wieacker* (Fn. 3), S. 214.

[25] Vgl. *Troje*, in: Max-Planck-Institut für Geschichte (Hrsg.), Festschrift für Hermann Heimpel zum 70. Geburtstag am 19. September 1971, 1972, S. 110.

[26] Sieht man von dem Vorschlag des Philosophen *Leibniz* ab, der allerdings nichts weiter als eine Neukodifizierung des (geltenden) römischen Rechts anstrebte (vgl. *Eisenhardt* [Fn. 6], Rn. 253).

[27] Zu dem Streit zwischen *Savigny* („Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft") und *Thibaut* („Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches") über die Notwendigkeit einer nationalen Kodifikation nach dem Erfolg der Freiheitskriege gegen Napoleon 1814, *Wieacker* (Fn. 3), S. 390 ff.

orientierten, geschriebenen und ungeschriebenen Partikularrecht die Kraft zuschrieb, als praktiziertes Gewohnheitsrecht das gemeine (römische) Recht, in der damaligen Gelehrtensprache das Ius commune, zu modifizieren. Das war gedanklich ein weiterer Schritt weg von der schieren Schriftgläubigkeit des Mittelalters, in der man in den Rechtsbüchern *Justinians* geschriebene Vernunft (ratio scripta) erblickte, deren wörtlichen Ausdruck aufgrund ungeschriebener Rechtsbräuche bestimmter Regionen in Frage zu stellen, sich kein Jurist getraut hätte. Nicht umsonst „klebte“ die Glosse zu den Digesten neben diesen am Rand des Textes und erläuterte Wort für Wort.

Unterstützt wurde die Präferenz für das geschriebene römische und damit gegen das (zumeist) ungeschriebene einheimische Recht dadurch, dass in den Gesetzen *Justinians* das Recht des Kaisers des Heiligen Römischen Reichs deutscher Nation gesehen wurde. Grundlage dieser Auffassung war die sog. „Lotharische Legende“, wonach Kaiser Lothar III. 1135 das römische Recht durch Reichsgesetz ausdrücklich rezipiert habe.[28] Das stellte zwar bereits den Anspruch an den Corpus Iuris Civilis als quasi göttliches Recht in Frage, musste doch hier ein ordentlicher Rechtssetzungsakt des obersten weltlichen Herrschers zur Legitimation herhalten. Dementsprechend war die „Lotharische Legende“ auch erst ein Produkt des ausgehenden 15. Jahrhunderts, einer Zeit, in der transzendentale Erwägungen für sich allein nicht mehr zur Rechtfertigung gesetzlicher Normierung herhalten konnten.[29] Aber zugleich stärkte es die absolute Autorität der Gesetzesbücher, waren sie doch in den Augen der damaligen Untertanen und ihrer Nachfahren durch kaiserliche Anordnung die höchste Rechtsquelle. Mit der Widerlegung der „Lotharischen Legende“ von *Hermann Conring*[30] in der Schrift „De Origine Iuris Germanici“ von 1643[31] entfiel neben der mittelalterlich-transzendentalen auch die neuzeitlich-rationale Grundlage für eine absolute und universelle Geltung der Gesetzbücher *Justinians* als allein geltendes Recht in Deutschland. *Conring* lehrte im Gegenteil, das römische Recht sei nur als Gewohnheitsrecht durch Praxis und Lehre in Deutschland rezipiert worden („usu receptum“).[32] Es könne daher durchaus auch durch heimisches Recht inhaltlich modifiziert werden.[33] Allerdings ist wohl weder die gerichtliche Praxis noch die damalige Rechtswissenschaft durch die bahnbrechende Schrift von 1643 wesentlich beeinflusst worden.[34] *Conrings* Werk scheint vielmehr erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts „wiederentdeckt“ worden zu sein.[35]

### IV. Vorgeschichte des Usus modernus

Zeitlich folgte die Epoche des Usus modernus der der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, ein Vorgang, der sich in mehreren Stufen vom hohen und späten Mittelalter bis weit in das 16. Jahrhundert hineinzog. Erst mit Abschluss dieser Rezeption galt im ganzen Reichsgebiet zumindest subsidiär das römische Recht.[36] Aber auch die damals entstandenen bzw. reformierten Stadt- und Landrechte waren in z.T. außerordentlich massiver Weise durch das römische Recht beeinflusst. Lücken in denselben schloss man sowieso mit den Regeln des gemeinen Rechts, dessen Anwendung nur insoweit zurückgedrängt war, als das jeweilige Partikularrecht eigene (geschriebene) Regeln enthielt. Viele der Stadt- und Landrechte enthielten freilich bewusst Lücken, wenn und weil die Regeln des römischen Rechts insoweit Anwendung finden sollten. Die Epoche der Spätrezeption und der Entstehung dieser Partikularrechte bzw. ihrer „Reformationen“, wie die Erneuerungen dieser Gesetze genannt worden waren, ging einher mit der Entstehung des Humanismus nördlich der Alpen. Der vielleicht größte deutsche Jurist jener Tage, *Ulrich Zasius* (1461-1535),[37] war nicht nur der Verfasser des bekannten Freiburger Stadtrechts von 1520[38] sondern auch Lateinlehrer, Professor und Ratssyndikus, wissenschaftlich eng verbunden mit berühmten Humanisten seiner Zeit, wie z.B. *Erasmus von Rotterdam*.[39]

---

[28] *Wieacker* (Fn. 3), S. 145; *Wesel* (Fn. 4), S. 366.

[29] Solche transzendentalen Erklärungsmuster wirkten in der einfachen Bevölkerung aber noch nach. So wurde in den „Miltenberger Artikeln“ aus der Zeit der Bauernkriege (ca. 1524/25) eine Beachtung des kaiserlichen als des „guten alten Rechts“ gefordert (vgl. *Thieme*, JuS 1981, 549 [552]). – *Hattenhauer*, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. 1996, Rn. 26, verweist darauf, dass die Vorstellung der „translatio imperii“, wonach das römische Recht als Kaiserrecht unmittelbar geltendes Recht im Hl. Römischen Reich Deutscher Nation war, noch in das 19. Jahrhundert hineinreichte.

[30] Zu Leben und Werk *Conrings*, der gar kein Jurist gewesen ist, gleichwohl aber als Begründer der deutschen Rechtsgeschichte gilt, *Herberger*, JuS 1982, 484; *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 103 ff.

[31] *Wieacker* (Fn. 3), S. 206.

[32] *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 254.

[33] Vgl. ausführlich zu *Conrings* Rechtsquellenlehre *Stintzing/Landsberg*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Bd. 2, 1884, S. 3 ff., 16 ff., 165 ff.

[34] Selbst zu Beginn des 19. Jahrhundert beschäftigte sich *Savigny* mit der „Lotharischen Legende“, ohne *Conrings* Leistung mehr als 150 Jahre zuvor zu erkennen (vgl. *Hattenhauer* [Fn. 29], Rn. 26).

[35] *Herberger*, JuS 1982, 484 (486).

[36] Für das Reichskammergericht war die subsidiäre Geltung des römischen als des gemeinen Rechts in der Reichskammergerichtsordnung von 1555 angeordnet worden (*K.-P. Schroeder*, JuS 1978, 368 [372]). Folge war, dass anders lautendes Partikularrecht, sofern es von einer Partei behauptet worden war, auch bewiesen werden musste. Auch wenn letzteren danach im Zweifel der Vorrang gegenüber dem römisch-kanonischen Recht zukommen sollte, verstärkte sich in Wirklichkeit die Tendenz, das römische Recht anzuwenden, zumal das Reichskammergericht vom Grundsatz „statua stricte sunt interpretenda“ ausging (vgl. *Laufs*, JuS 1995, 665 [669]).

[37] Dazu *K.-P. Schroeder*, JuS 1995, 97.

[38] Dazu *Knoche*, Ulrich Zasius und das Freiburger Stadtrecht von 1520, 1957.

[39] *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Aufl. 2005, S. 72.

Die vom Humanismus geprägte Umgangsweise der Rechtswissenschaft mit dem römischen Recht wurde auch als „mos Gallicus“, als französische Umgangsart, bezeichnet. Ihr „Ideal [war] die Rekonstruktion einer umfassend historisch begründeten, humanistisch gebildeten und deshalb eleganten Rechtswissenschaft“[40]. Ihre Hauptvertreter, wie *Alciatus*, *Cuiacius* und *Donellus*, erreichten eine „bessere Interpretation besserer Texte“ dadurch, dass sie „die römischen Quellen stärker [...] sprachwissenschaftlich-geschichtlich betrachtet[en] und die einzelnen Stellen textkritisch untersucht[en]“[41]. *Dionysius Gothofredus* (1549-1622) „veröffentlichte 1583 eine humanistisch gebesserte kritische Ausgabe“ des Corpus Iuris.[42] Von ihnen wurde zum ersten Mal der Stoff des gemeinen Rechts systematisiert „und damit die Zivilrechtswissenschaft der neueren Zeit konstituiert“[43]. Diese Richtung in der Rechtswissenschaft der frühen Neuzeit wurde vor allem in den Niederlanden im 17. und 18. Jahrhundert durch die sog. „elegante Jurisprudenz“ fortgeführt, die in ihrer praktischen Richtung die eher praktisch-pragmatischen Ziele des Usus modernus mit der humanistischen Vorgehensweise zu verbinden suchte.[44]

Die Epoche des Usus modernus pandectarum reichte bis Anfang des 19. Jahrhunderts, wenn auch bereits im 17. Jahrhunderts beginnend mit dem berühmten Niederländer Völkerrechtler *Hugo Grotius* (1583-1645; „De Bellis ac Pacis liberi tres“), in Deutschland mit *Samuel von Pufendorf* (1632-1694)[45], das Zeitalter der Naturrechtslehren[46] aufkam.[47] Beide Rechtsepochen bestanden über längere Zeit nebeneinander. Der Usus modernus bestimmte dabei weiterhin sowohl das praktische als auch das wissenschaftliche Rechtsleben. Erst die Naturrechtsphilosophie im 18. Jahrhundert, die in berühmten Persönlichkeiten wie *Kant* und *Hegel* gipfelte, konnte den Naturrechtslehren über einzelne, vor allem völkerrechtliche, Bereiche hinaus, einen bedeutenderen Einfluss auf das Recht und die Gerichtspraxis in der damaligen Zeit geben.

Die Abgrenzung des Usus modernus von den teilweise zeitgleich daneben bestehenden Richtungen der eleganten Jurisprudenz und des Vernunftrechts lässt sich in Anlehnung an *Wesenberg/Wesener* so ausdrücken: Das Bemühen der humanistischen Juristen war auf ein antiquarisches, für die damalige Praxis nicht sehr nützliches Sammeln des römischen Originalstoffes gerichtet, während das Naturrecht ein de lege ferenda erst zu schaffendes Recht untersuchte. Der Usus modernus war insoweit positivistisch, als er dasjenige Recht zu ermitteln suchte, das in der damaligen Zeit in Deutschland Geltung beanspruchte und in der Gerichtspraxis Verwendung fand.[48]

### V. Das geistesgeschichtliche Umfeld des Usus modernus

Der Usus modernus umspannte dabei so bedeutsame geschichtliche Epochen wie das Zeitalter der Glaubensspaltung in Europa und den Absolutismus, die Aufklärung[49] sowie in seiner Endphase die französische Revolution und *Napoleon*. In Deutschland war die Zeit des Usus modernus zugleich die Spätphase des Hl. Römischen Reiches deutscher Nation, das von Glaubensgegensätzen zerrissen und im Dualismus von Reich und Territorien langsam aufgerieben worden war, bis es schließlich 1806 unter dem Druck *Napoleons* ein Ende fand. Und ebenso wie von der historischen Rechtsschule der Usus modernus weitgehend ignoriert worden war, wurde das Reich in seiner Spätphase von einer preußen-fixierten Geschichtsschreibung des 19. Jahrhunderts geradezu karikiert.[50]

### VI. Hauptvertreter des Usus modernus in der Rechtswissenschaft

Als „wichtigste Namen“ des Usus modernus nennt *Uwe Wesel*[51] die sächsischen Juristen *Benedikt Carpzov* (1595-1666), den „Vater des deutschen Strafrechts“, *Georg Adam Struve* (1619-1692), den Verfasser des „kleinen Struv“, der allgemein den damaligen Vorlesungen zugrunde gelegt worden war,[52] *Samuel Stryk* (1640-1710), den „Civilisten seiner Zeit“, *Justus Henning Böhmer* (1674-1749), dessen Lehrbuch „Introductio in ius Digestorum“ von *Landsberg* als das beste des Usus modernus eingestuft wird,[53] *Johann Gottlieb Heineccius* (1681-1741), zu seiner Zeit „in Europa der bekannteste deutsche Jurist“[54], und *Augustin Leyser* (1683-1752), „eine[n] der angesehensten Juristen des späten Usus modernus und der Frühaufklärung“ und Verfasser 11bändiger Meditationen über die Pandecten,[55] dazu *Johann Brunnemann* (1608-1672), *David Mevius* (1609-1670), dessen Entscheidungssammlung des (damals schwedischen) Obertribunals von Wismar große Bedeutung erlangt hatte,[56] den Tübinger *Wolfgang Adam Lauterbach* (1618-1678), dessen posthum veröffentlichtes Compendium iuris von nicht weniger als elf Schriftstellern erläutert wurde,[57] und – als zeitlichen Abschluss der Epoche – *Christian Friedrich Glück* aus Erlangen, dessen insgesamt 34bändige Kommentierung allein der

[40] *Schlosser* (Fn. 39), S. 71.
[41] *Köbler*, Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, S. 382 Art. „mos Gallicus“.
[42] *Köbler* (Fn. 41), S. 203 Art. „Godefroy, Denis“.
[43] *Wieacker* (Fn. 3), S. 107
[44] *Wieacker* (Fn. 3), S. 222
[45] Zu *Pufendorf* s. *K.-P. Schroeder*, JuS 1995, 959; *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 349 ff.; der Wortlaut des Textes von *Pufendorf*, den er unter dem Pseudonym *Severinus de Monzambano* veröffentlicht hatte, findet sich (auf Deutsch) bei *Hattenhauer* (Fn. 29), Rn. 55.
[46] Vgl. dazu *Pöggeler*, JA 1997, 339.
[47] *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2005, S. 148 f.
[48] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S.118
[49] Dazu *Hattenhauer* (Fn. 29), Rn. 42 ff.
[50] *Link*, JZ 1998, 1 (7).
[51] *Wesel* (Fn. 4), S. 371.
[52] *Schlosser* (Fn. 39), S. 78.
[53] *Rütten*, Das zivilrechtliche Werk Justus Henning Böhmers, 1982, S. 2.
[54] *Wesel* (Fn. 4), S. 371.
[55] *Schlosser* (Fn. 39), S. 103.
[56] *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004, S. 484.
[57] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 117.

ersten 28 Digestentitel bereits in die Anfänge der „Historischen Schule“ im 19. Jahrhundert reichte. Des weiteren werden als Protagonisten der vorzustellenden Rechtsepoche genannt:[58] *Hermann Conring* (1606-1681), *Johann Schilter* (1632-1705), *Christian Thomasius* (1655-1728), der von vielen allerdings bereits der Frühaufklärung zugerechnet wird,[59] *Wiguläus Xaverius Aloysius Kreittmayr* (1705-1790), der Verfasser und Kommentator des „Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis“ von 1756 – des bedeutendsten vom Usus modernus geprägten Gesetzgebungswerks[60] –, sowie *Ludwig Julius Friedrich Höpfner* (1743-1797), der den Institutionen-Kommentar von *Heineccius* – bereits auf Deutsch – erläutert hatte.

Als moderne Rechtswissenschaft prägte der Usus modernus auch den Lehrbetrieb an den deutschen Universitäten. Gab es zuvor Vorlesungen und Lehrstühle jeweils für Institutionen[61], Digesten und den Codex, d.h. für die drei Teile der Corpus Iuris, entstanden nunmehr auch Lehrstühle für das Lehnrecht und das „vatherländische Recht“, so in Tübingen 1727.[62]

Am bekanntesten ist die Epoche des Usus modernus für das Zivilrecht, doch auch auf straf- und staatsrechtlicher Ebene wirkte dieser durchaus einflussreich. Das lag z.T. in einer noch nicht ausgeprägten Trennung der verschiedenen Zweige der Jurisprudenz, aber auch darin, dass in der damaligen Zeit es durchaus nicht unüblich war, dass Gelehrte zu verschiedenen Bereichen publizierten. So hat der im Strafrecht besonders berühmte Leipziger Professor *Benedikt Carpzov* auch zahlreiche Schriften zu Fragen des Zivil-, Kirchen- und Staatsrechts veröffentlicht.[63] Unter seinem Einfluss hatte der Leipziger Schöppenstuhl, das angesehenste sächsische Gericht der damaligen Zeit, auf dem Sachsenspiegel beruhendes sächsisches Recht mit dem rezipierten römischen Recht zum „gemeinen Sachsenrecht“ verschmolzen.[64]

### VII. Zivilrecht im Usus modernus

Der Schwerpunkt der heutigen rechtsgeschichtlichen Betrachtungen zum Usus modernus liegt sicherlich auf dem Zivilrecht.[65] Das liegt vor allem daran, dass es den Hauptteil der Digesten und damit das Kernstück des – auf zeitgemäße Weise unter Einschluss partikularrechtlicher Regelungen – anzuwendenden Rechts bildete. Abgelehnt von den Juristen des Usus modernus wurden vor allem solche Regeln des römischen Rechts, deren Inhalt mit der rechtlichen Realität im damaligen Deutschland nicht vereinbar schien. Juristen wie *Kreittmayr* und *Höpfner* sprachen ihnen wegen ihrer „Subtilität“ die Geltung ab. Umgekehrt hat die Rechtswissenschaft im Usus modernus – trotz des grundsätzlichen Festhaltens am überkommenen römischen als dem gemeinen Recht, wenn auch modifiziert durch gewohnheits- oder partikularrechtliche Regelungen – noch für das heutige Zivilrecht Bedeutendes geleistet. Nach *Wieacker* müsste eine Geschichte privatrechtlicher Institutionen fast immer von der Gestalt ausgehen, die diese zuerst in der Lehre des Usus modernus gefunden hatten.[66]

Gegenstand des Zivilrechts im Usus modernus waren grundsätzlich die Digesten, deren Inhalt durch partikularrechtliche Regelungen oder auch überkommenes Gewohnheitsrecht z.T. erheblich modifiziert wurde. Am römischen Recht hielten die Juristen im Usus modernus dabei grundsätzlich fest. Mit *Hattenhauer*[67] gesprochen: „Der Usus modernus hat das römische Recht nicht durch Auslegung beseitigt“. Zugleich berücksichtigten die Juristen des Usus modernus aber auch partikularrechtliche Einflüsse und den Gerichtsgebrauch der damaligen Zeit, sozusagen die herrschende Rechtsprechung. Dadurch wurde das gemeine Recht inhaltlich nicht unerheblich modifiziert. Zahlreiche Rechtsinstitute sind in der Zeit des Usus modernus erst neu entstanden. Wichtige Rechtsgebiete, wie das Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, aber auch große Teile des See- und Bergrechts bildeten sich überhaupt erst in der frühen Neuzeit heraus.[68]

Grundsätzlich hielt der Usus modernus aber am überkommenen Aktionensystem des römischen Rechts fest. Im Begriff der „Actio“[69] verband sich danach unverändert das materielle subjektive Recht mit dem dafür im Prozess gewährten Rechtsschutz.[70] Die Trennung von materiellem und prozessualem Recht erfolgte erst im österreichischen ABGB von 1811. Der Begriff des „Rechtsgeschäfts“ war dem Usus modernus noch unbekannt, nicht aber dessen Inhalt.[71]

Im Bereich des Personenrechts war die Frage bedeutsam, ob auf die Leibeigenen die strengen Regeln des römischen Sklavenrechts Anwendung finden sollten. Dagegen regte sich im Usus modernus, namentlich von *Mevius*, scharfer Protest, der aber nicht dazu führte, dass das Institut der Sklaverei allgemein abgelehnt worden wäre.[72]

---

[58] *Köbler* (Fn. 41), S. 597 Art. „usus modernus pandectarum“.
[59] *Köbler* (Fn. 41), S. 393 Art. „Naturrecht“ nennt ihn denn auch den „klasssische(n) Vertreter des deutschen Vernunftrechts, zugleich aber einen bedeutenden Juristen der Zeit des Usus modernus (S. 597 Art. „usus modernus pandectarum“).
[60] *Wesener*, ZNR 19 (1997), 300; vgl. die Anm. in der Vorrede von *Kreittmayr*, zit. bei *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 118; etwas anders *Schlosser* (Fn. 39), S. 113 f., der den Codex Maximilianeus als „naturrechtliche Kodifikation“, auf die allerdings der Einfluss des Naturrechts selbst schwach geblieben sei, bezeichnet. – Zu *Kreittmayr* vgl. *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 244 ff.
[61] Zu den Institutionen *Justinians* s. *Meincke*, JuS 1986, 262.
[62] *Wieacker* (Fn. 3), S. 210
[63] *Wieacker* (Fn. 3), S. 217 f.; *Hattenhauer* (Fn. 56), S. 485 f.
[64] *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 256.
[65] Zur privatrechtlichen Methodenlehre im Usus modernus *J. Schröder*, in: Simon (Fn. 19), S. 253. Zu den privatrechtlichen Normen des Usus modernus *Wesener*, in: Simon (Fn. 19), S. 279.
[66] *Wieacker* (Fn. 3), S. 205.
[67] *Hattenhauer* (Fn. 29), Rn. 28.
[68] *Wieacker* (Fn. 3), S. 241.
[69] Dazu allgem. *H. Kaufmann*, JZ 1964, 482.
[70] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 122.
[71] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 122 f.
[72] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 121 f.

Am im römischen Recht enthaltenen Verbot der Stellvertretung und des Vertrags zugunsten Dritter fühlte man sich im Usus modernus nicht mehr gebunden, ohne jedoch diese Institute rechtlich auszuformen. Vielmehr nahm man bei einem Auftrag eine Außenwirkung an, welche faktisch einer Stellvertretung gleichkam. Den Vertrag zugunsten Dritter erreichte man teilweise über eine Forderungsabtretung des Versprechensempfängers.[73]

Im Sachenrecht wurde, anders als im römischen Recht, auch die Möglichkeit eines ideellen Besitzes, der nicht auf tatsächlicher Sachherrschaft gründete, anerkannt.[74] Die bereits im hohen Mittelalter ausgebildete Teilung des Eigentums in Ober- und Unter- bzw. Nutzeigentum („dominium utile“)[75] wurde beibehalten. Überkommene deutsche Gesamthandgebilde wurden römischen Instituten wie der Gesellschaft und der Gemeinschaft zugeordnet. Neu war allerdings das sog. „alte solidarische Gesamteigentum“ („dominium plurium in solidum“), das sich deutlich von dem römischen Miteigentum nach Bruchteilen unterschied.[76] Der Eigentumsübergang erfolgte durch titulus und modus. Der obligatorische (Kauf-) Vertrag als titulus und die Übergabe der Sache (traditio) als modus bewirkten – noch ohne einen abstrakten Übereignungsvertrag – den Übergang des Eigentums auf den Erwerber.[77]

Besonders stark war die rechtsgestaltende Kraft des Usus modernus auf dem Gebiet der Dienstbarkeiten oder Servituten. Der römischen Servitutenlehre wurden als deutschrechtliche Dienstbarkeiten verschiedenste Berechtigungen auch aus dem Bereich des Lehns- und Hofrechts unterstellt.[78] So wurde die Rechtsposition des Lehnsmannes (Vasall) an seinem Lehnsgut zumeist als Nutzeigentum mit dem wesentlichen Inhalt eines vererblichen Nießbrauchs eingestuft.[79]

Im Schuldrecht setzte sich die Lehre vom formfreien Konsensualvertrag nach und nach gegen die Unterscheidung zwischen grundsätzlich nicht klagbaren formfreien Vereinbarungen und bestimmten förmlichen Verträgen durch. Diese Vertragsfreiheit, die nunmehr auch dem römischen Recht unbekannte Verträge, wie z.B. den Erbvertrag, ermöglichte, wird von vielen als die bedeutendste Errungenschaft des Usus modernus überhaupt angesehen.[80] Der Konsens konnte allerdings regelmäßig nicht durch Schweigen erteilt werden und musste ernsthaft, wechselseitig, wahr und vollendet sein.[81]

Während die früheren Vertreter des Usus modernus eine Forderungsabtretung noch grundsätzlich ablehnten, setzte sich im Verlauf desselben die Ansicht durch, aufgrund entgegenstehenden deutschen Rechts seien die römischen Regeln, die ein Abtretungsverbot enthielten, in Deutschland gar nicht rezipiert worden. Sie seien vielmehr eine italienische Besonderheit – eben eine „Subtilität“ – gewesen, und könnten daher in Deutschland kein Zessionshindernis darstellen.[82]

Sofern es dem Verkäufer nicht gelang, dem Käufer wirksam das Eigentum an einer Sache zu verschaffen, weil diese durch einen Dritten als Berechtigten an sich genommen worden war, hatte der Käufer nach dem sog. Eviktionsprinzip gegen seinen Vertragspartner einen Anspruch auf Eviktionshaftung, die nach Wahl des Gläubigers entweder auf Rückzahlung des Preises und Schadensersatz oder auf das Doppelte des Preises, wenn eine entsprechende Abrede getroffen worden war, gerichtet war.[83] Ein Eigentumsverschaffungsanspruch gegen den Verkäufer – wie er heute in §§ 433, 434 BGB enthalten ist – wurde erst Ende des 18. Jahrhunderts anerkannt. Die Sachmängelgewährleistung war stark eingeschränkt. Außer bei Vieh galt der Grundsatz „Augen auf, Kauf ist Kauf“.[84]

Während das römische Recht einen Schadensersatzanspruch nur für Vermögensschäden anerkannt hatte, wurde dieser im Usus modernus auf der Grundlage des deutschrechtlichen Wergeldes um einen Schmerzensgeldanspruch erweitert. Voraussetzung beider Ansprüche war die Rechtswidrigkeit der Verletzung und ein Verschulden.[85] Als Verschuldensgrade kannte der Usus modernus neben dem Vorsatz schwere, leichte und leichteste Fahrlässigkeit.[86]

Erhebliche Fortschritte bewirkte der Usus modernus auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts. Begründet durch *Carpzov* führte der sog. „sächsische Prozessstil“ zu einer Abkehr vom römisch-kanonischen Artikelprozess,[87] wie er noch 1530 für das Reichskammergericht festgeschrieben worden war.[88] Bei diesem musste der Kläger seinen Vortrag in einzelne, von einander scharf abgegrenzte Positionen zerlegen, auf die der Beklagte einzeln antwortete.[89] Diesem äußerst langwierigen Verfahren wurde von den „sächsischen Praktikerjuristen“ ein summarisches entgegengesetzt, das im „jüngsten Reichsabschied“ von 1654 für das Reichskammergericht übernommen wurde. Danach musste der Kläger bereits in der Klage alles Prozessrelevante vortragen, so dass das zeitintensive Hin-und Her beendet worden war.[90]

### VII. Strafrecht im Usus modernus

Auch das Strafrecht hat sich in der Epoche des Usus modernus eigenständig entwickelt.[91] Es entstand das gemeine deutsche Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft. Aus heutiger Sicht mag manches – vielleicht sogar das meiste – als „Thea-

[73] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 123.
[74] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 124 f.
[75] Dazu *Olzen*, JuS 1984, 328 (331 f.).
[76] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 125 f.
[77] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 127.
[78] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 126 f.
[79] *Stein*, Römisches Recht und Europa, 1996, S. 134.
[80] So von *Luig* (Fn. 15), Sp. 628 ff.
[81] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 128 f.
[82] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 129 f.
[83] *Coing* (Fn. 15), § 87 II. 2.
[84] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 130 f.
[85] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 132 f.
[86] *Wesenberg/Wesener* (Fn. 11), S. 129; zu den einzelnen Fahrlässigkeitsstufen *H.-J. Hoffmann*, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, 1968, S. 111 ff.
[87] *Schlosser* (Fn. 39), S. 79 f.
[88] *K.-P. Schroeder*, JuS 1978, 368 (369); davor galt weitgehend ein ungeschriebenes Verfahrensrecht (ebenda).
[89] *Köbler* (Fn. 41), S. 31 Art. „Artikelprozeß“.
[90] *Schlosser* (Fn. 39), S. 80 f.
[91] Zum Strafrecht im Mittelalter *Hirte/Hübsch*, JA 2009, 606.

ter des Schreckens“[92] erscheinen: Folter, Hexenprozesse, Verdachtsstrafen, grausame Todesstrafen, Kabinettsjustiz, um nur eine Auswahl der Kritikpunkte aufzuzeigen, die seit der Aufklärung einen rechtshistorische Blick zurück erschweren.

Dieses „Gruselkabinett“ strafrechtlicher und prozessualer Vorgehensweisen soll nicht bestritten werden. Doch auch hier entstand gerade in der Zeit des Usus modernus mancher Ansatz zur Besserung. Vieles ist allerdings nicht unbedingt ein Werk des Usus modernus als rechtswissenschaftlicher Epoche. So wurden die Hexenprozesse[93] zuerst von dem Jesuitenpater *Friedrich v. Spee* (1591-1635)[94] um 1630 massiv angegriffen.[95] Der erste deutsche Jurist[96], der sich mit dieser Thematik – aus heutiger Sicht – in „moderner“, d.h. dem Hexereiverbrechen und dem dazugehörigen Prozeß ablehnender, Weise auseinandersetzte, war *Christian Thomasius* (1655-1728)[97]. Doch dieser „trägt [bereits] – nach verbreiteter Auffassung – die deutsche Frühaufklärung“[98], war mithin weniger dem herrschenden Usus modernus, als vielmehr der gerade erst aufkommenden Naturrechtslehre verbunden. Noch vor *Thomasius* hatte sich allerdings dessen Lehrer[99], der berühmte Zivilrechtler *Stryk* als erster bedeutender Jurist gegen den Hexenwahn gewandt. Urteile, die nur auf einem evtl. unter der Folter erzielten Geständnis beruhten, hielt er nicht für zulässig und die Ketzerei als bloßen Gedanken nicht für eine strafbare Handlung.[100]

Die größte Figur des strafrechtlichen Usus modernus war – angesichts der traditionellen Bedeutung des sächsischen Rechts für die Rechtsentwicklung in Deutschland nicht verwunderlich – ein sächsischer Jurist: *Benedikt Carpzov* (1595-1666)[101], den manche für den „praktisch wie wissenschaftlich bedeutendsten deutschen Juristen der Epoche“[102], ja sogar für den Begründer der deutschen Rechtswissenschaft[103], zumindest aber für „den Vater des deutschen Strafrechts“[104] mit „europäische[m] Ansehen“[105] halten. Der Kriminologe *Bock*[106] nennt ihn denn auch als Hauptvertreter seiner Epoche im straftheoretischen Denken, die er allerdings mit „Mittelalter“ überschreibt, was deutlich zum Ausdruck bringt, welche Meinung heute über das Strafrecht der frühen Neuzeit vorherrschend ist. Wenngleich die Zahl der Hexenprozesse z.T. erheblich übertrieben wurde, ist doch zu konstatieren, dass *Carpzov*, wie zu Anfang seiner Laufbahn aber auch *Thomasius*[107] und eine Vielzahl anderer berühmter Juristen als Mitglieder von Strafgerichten oder von Juristen-Fakultäten, denen die Akten mit der Bitte um eine rechtliche Entscheidung übersandt worden waren,[108] nicht nur nichts gegen derartige Verfahren (mit ihren ganzen schauerlichen Begleitumständen) unternommen, sondern darauf beruhende Schuldsprüche durchaus mitgetragen hatten.[109] Die Folge war dann zumeist die Verbrennung der betreffenden – „vom Satan besessenen“ – Person.[110]

Aber auch außerhalb des „crimen magiae“ war das gemeine deutsche Strafrecht in der Epoche des Usus modernus nicht von „modernen“ Fragen des Zwecks vom Strafen „gefangen“. Strafgrund war schlicht Gottes Wille.[111] Dies stellte einen erheblichen Unterschied zum vorhergehenden Humanismus dar, der – einer relativen Straftheorie folgend – „zur Besserung, zur Erhaltung der allgemeinen Sicherheit, zur beispielhaften Abschreckung anderer von entsprechender

[92] So der Buchtitel einer Darstellung über das Strafrecht und Strafverfahren in der frühen Neuzeit des Historikers *Richard van Dülmen* (3. Aufl. 1988).

[93] Diese waren allerdings nicht erst eine Erscheinung des Usus modernus. Ihren Ausgang nahmen sie vielmehr mit der Hexenbulle „Summis desiderantes“ (1484) von Papst Innozenz VIII. und – diese auf die Praxis übertragend – dem „Hexenhammer“ (Malleus maleficarum) der Inquisitoren Jacob Sprenger und Heinrich Institoris von 1487; vgl. *Nesner*, in: Schwaiger (Hrsg.), Teufelsglaube und Hexenprozesse, 1991, S. 85 – Zur Neuzeit vgl. nur *Hirte/Hübsch*, JA 2009, 606, (610 f.).

[94] Zu dessen Leben *Waider*, JuS 1970, 377; *Großfeld*, JZ 1995, 273; zur „Cautio criminalis“ v. Spees *Jerouschek*, ZStW 108 (1996), 243; *Hattenhauer* (Fn. 56), S. 489.

[95] Bereits im 16. Jahrhundert kam Kritik von dem Arzt *Johann Weiher*, der der Reformation zugewandt war (vgl. *Jerouschek*, JuS 1995, 576 [579]; *ders.*, ZStW 108 [1996], 243; *Großfeld*, JZ 1995, 273 [274]).

[96] Friedrich der Große soll den Ausspruch getan haben, dass *Thomasius* es das weibliche Geschlecht verdanke, wenn es in Frieden alt werden könne (vgl. *Rüping*, ZStW 109 [1997], 381 [383] m.w.N.).

[97] *Jerouschek*, JuS 1995, 576.

[98] *Rütten* (Fn. 53), S. 9 m.w.N.

[99] *Jerouschek*, JuS 1995, 576 (577).

[100] *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 369.

[101] Vgl. *Lipp*, JuS 1995, 387; *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 90 ff.; ein Vergleich dieser beiden großen sächsischen Juristen findet sich bei *Rüping*, ZStW 109 (1997), 381; zu den strafrechtlichen Beiträgen eines Symposiums an der Universität Leipzig 1996 aus Anlass seines 400. Todestages *Jerouschek*, ZStW 109 (1997), 391.

[102] *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 256 unter Hinweis auf *Kleinheyer/Schröder*.

[103] *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl. 2007, S. 59.

[104] *Schwaiger*, in: Ders. (Fn. 93), S. 155.

[105] *Hattenhauer* (Fn. 56), S. 485.

[106] *Bock*, JuS 1994, 89 (91).

[107] *Jerouschek*, JuS 1995, 576 f.; ausführlich zu diesem Fall: *Hammes*, JuS 1978, 584 (585 f.).

[108] Vgl. die Beschreibung des Verfahrens der Aktenversendung in der frühen Neuzeit bei *Jerouschek*, JuS 1995, 576.

[109] Solche zustimmenden Gutachten der Juristenfakultäten sind für Tübingen noch 1713 und für Helmstedt 1714 bezeugt (vgl. *Schwaiger* [Fn. 104], S. 164).

[110] *Hammes*, JuS 1978, 584 (585); allerdings ist die Zahl von 20.000 Todesurteilen, an denen *Carpzov* mitgewirkt haben soll, nach neueren Erkenntnissen nicht haltbar (vgl. *Rüping*, ZStW 109 [1997], 381 [384] m.w.N.; *Boehm*, ZStW 61 [1942], 300).

[111] *Bock*, JuS 1994, 89.

Verderbnis und auch zur Genugtuung der Verletzten“ strafen wollte.[112]

Die Strafen waren außerordentlich hart und in Teilen entwürdigend. Allerdings bewirkte die Rechtsprechung der juristischen Fakultäten in der frühen Neuzeit oft eine gewisse Abmilderung der als besonders grausam empfundenen Strafolgen. Verhängt wurden auch bloße Verdachtsstrafen. Beweisschwierigkeiten sollten nach *Carpzov* nicht unbedingt eine Verurteilung scheitern lassen.[113] Der Grundsatz „in dubio pro reo“ geht zwar auf das römische Recht zurück, wurde aber erst 1811 für die Neuzeit formuliert.[114] Zuvor geduldete Bereiche, wie die Bettelei, wurden in der frühen Neuzeit mit z.T. drakonischen Strafen belegt.[115]

Doch das Strafrecht in der frühen Neuzeit brachte auch einige erhebliche Fortschritte. Hier gab es zuerst Ansätze zu einer reichsweiten Kodifizierung des Straf- und Strafverfahrensrechts in der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina) von 1532, dem bekanntesten Gesetz des Hl. Römischen Reiches überhaupt,[116] das bis „zur großen Erneuerung des Strafrechtsdenkens durch die Aufklärung im ausgehenden 18. Jahrhundert“ für die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft trotz seiner zumeist nur subsidiären Geltung einen „tragfähigen Boden“ abgab.[117] Wenn es sich auch dabei um ein deutsches Gesetz handelte, abgefasst in deutscher Sprache,[118] darf nicht übersehen werden, dass es auch hier – wie generell im gemeinen Strafrecht[119] – „in [den] Grundlagen um römisch-kanonisches Recht“ ging, „das den deutschen Rechtszuständen angepaßt worden war“[120].

Darin wurde die Folter grundsätzlich, sieht man vom Sonderfall der Hexenprozesse ab, rechtlich geregelt und dadurch eingeschränkt[121]: Es durfte nur noch dann zur „peinlichen Befragung“ geschritten werden, wenn bereits der halbe Beweis der Strafbarkeit des Angeklagten, beispielsweise durch eine ihn belastende Zeugenaussage, erbracht worden war.[122] Bedenkt man, dass heute zur Verurteilung voller Beweis bereits durch eine einzige Zeugenaussage erbracht werden kann, was damals nicht ausreichte,[123] sieht man, dass im „normalen“ Strafverfahren die Folter durchaus zurückgedrängt werden sollte.[124] Auch die aus dem Mittelalter überkommenen Leumundszeugnisse und ähnliche „Beweismittel“ wurden durch eine (zumindest ernstlich versuchte) Tataufklärung ersetzt, wenn auch Zeugenaussagen und insbesondere das Geständnis des Angeklagten immer noch den absolut höchsten Beweiswert hatten.

Das Verbrechen wertete das gemeine Recht der frühen Neuzeit als rechtswidriges und schuldhaftes menschliches Verhalten, wobei allerdings eine dogmatische Trennung von Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründen fehlte.[125] Jedenfalls war aber die Schuld Voraussetzung der Strafbarkeit. Sie entfiel bei fehlender Zurechnungsfähigkeit. Schuldarten waren Vorsatz und Fahrlässigkeit.[126] Allerdings gab es auch eine Zurechnung „zufälliger Erfolge“ über die Lehre vom „dolus indirectus“. Danach „will“ der Täter einer objektiv gefährlichen Handlung alle nach allgemeiner Erfahrung aus ihr resultierenden Erfolge.[127] Dies weitete die Vorsatzstrafbarkeit weit in den Bereich bloßer Fahrlässigkeit des Täters hinsichtlich des konkreten Taterfolges aus.[128]

Im Gegensatz zu den äußerst vage umschriebenen Tatbeständen davor, wurden in der Carolina die einzelnen Straftaten nunmehr klar beschrieben (z.B. Meineid, Totschlag, Mord).[129] Die Carolina folgte dabei aus heutiger Warte dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ (keine Strafe ohne Gesetz); dieser spielte im gemeinen Recht bis zum ausgehenden 18. Jahrhundert allerdings keine Rolle,[130] weil er mit dem göttlichen Ursprung des Strafanspruchs nicht vereinbar war.[131]

*Carpzov* setzte sich im übrigen dafür ein, dass im Zweifel die mildere Strafe verhängt, Angehörige höherer Stände nicht privilegiert und ein rationales Beweisverfahren angewandt werden sollten.[132]

---

[112] *Theodoricus*, Collegium criminale, 1618 (zit. nach *Rüping/Jerouschek* [Fn. 103], S. 59).

[113] *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 368.

[114] *Köbler* (Fn. 47), S. 212.

[115] Vgl. *Bindzus/Lange*, JuS 1996, 482 (484).

[116] Vgl. dazu *Hattenhauer* (Fn. 56), S. 424; *Hirte/Hübsch*, JA 2009, 606 (610); *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, 2002, S. 41 ff.

[117] *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 296; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 141 ff., weist darauf hin, dass noch im 17. Jahrhundert einige landesrechtliche Strafrechtskodifikationen inhaltlich erheblich auf der CCC beruhen.

[118] Abgedruckt bei *Buschmann*, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, 1998, S. 103 ff.

[119] Vgl. *D. Bock*, ZIS 2006, 7.

[120] *Hattenhauer* (Fn. 29), Rn. 30

[121] Noch nach der Tiroler Halsgerichtsordnung von 1499 stand es im Ermessen des Richters, unter welchen Bedingungen er ein Geständnis durch Folter erzwingen wollte (vgl. *Rüping/Jerouschek* [Fn. 103], S. 50).

[122] Vgl. *Jerouschek*, ZStW 108 (1996), 243 (258 f.); zu Vollbeweis und Torturinterlokut *Jerouschek*, JuS 1995, 576.

[123] „Unus testis – nullus testis“ bzw. „Zweier Zeugen Mund tut der Wahrheit kund“ (vgl. *Mitteis/Lieberich*, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl. 1992, § 43 II 6 d).

[124] Dazu kam, dass für die Folter in schwierigeren Fällen nach Art. 28 CCC die nächste Juristen-Fakultät um Rat angegangen werden sollte (vgl. *Jerouschek*, JuS 1995, 576).

[125] Vgl. *Schaffstein*, Die allgemeine Lehre vom verbrechen und ihre Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930.

[126] Zum dolus eventualis in der Lehre von *J.S.F. Böhmer* vgl. *Scheffler*, Jura 1995, 349.

[127] *Rüping/Jerouschek* (Fn. 103), S. 52.

[128] Zur Weiterentwicklung der „Vorsatzvermutung“ (praesumtio doli) *Waider*, JuS 1972, 305.

[129] *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 364.

[130] *Köbler* (Fn. 41), S. 405 Art. „(nulla) poena sine lege“

[131] Vgl. *Rüping/Jerouschek* (Fn. 103), S. 60, der ein Messen der Strafrechtslehre *Carpzovs* am Grundsatz nullum crimen nulla poena sine lege als „unhistorisch“ bezeichnet.

[132] *Eisenhardt* (Fn. 6), Rn. 368.

**VIII. Staatsrecht im Usus modernus**

Auch auf staatsrechtlicher Ebene veränderte sich viel in der Zeit des Usus modernus, selbst wenn diese Epoche im Nachhinein, aus der Perspektive der Zeit nach der französischen Revolution (1789), als „Ancién Regime“ in die Geschichtsbücher eingehen sollte.[133] Vorzuschicken ist allerdings, dass von einem Staatsrecht im modernen Sinne, von Verfassungs- und Staatsorganisationsrecht oder gar von Grundrechten im heutigen Sprachgebrauch keine Rede sein konnte. Rechtsinstitute wie Freiheit und Gleichheit wurden im Usus modernus vollkommen anders verstanden. Noch das 18. Jahrhundert war geprägt durch „gesetzliche Maßnahmen einer Gesellschaftspolitik, welche das Zivilrecht bewusst in ihren Dienst nahm, um Stände und Schichten zu trennen, lebensfähig und im Gleichgewicht zu halten“.[134] Die Zugehörigkeit zu einem Stand vermittelte daher (nur) den Standesgenossen gleiche Rechte und Pflichten, grenzte sie damit aber gegenüber Angehörigen anderer Stände ab.[135] Diese für das Ancién Regime charakteristische Standesgebundenheit von Rechten und Pflichten[136] blieb zunächst auch durch den Gedanken an ständische Freiheiten im älteren Naturrecht unangetastet, bis dieser im letzten Viertel des 18. Jahrhunderts durch eine Verbindung des Freiheits- mit dem Gleichheitsbegriff abgelöst wurde.[137]

Der auf lehnsrechtliche Bindungen errichtete „Staat“, sei es das Reich oder auch die sich immer selbständiger entwickelnden Territorien, war Grundlage des frühneuzeitlichen Staatsrechts. Dieses bildete sich erst langsam aus dem überkommenen und privatrechtlichen Vorstellungen verhafteten Lehnsrecht, wie es seit Beginn der Neuzeit auch an einzelnen deutschen Universitäten gelehrt worden ist.

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Lehnsherrn, auf höchster Reichsebene dem deutschen König, und seinen Lehnsnehmern, den Reichsfürsten, wurden weiterhin durch die lehnsrechtlichen Aufzeichnungen der Libri feudorum aus dem hohen Mittelalter geprägt. Ganz verhaftet in der privatrechtlichen Vorstellungswelt der damaligen Zeit wurde darin das Recht des Vasallen als ein „vererblicher Nießbrauch“ eingeordnet.[138] Dieses Denken in privatrechtlichen Begriffen auf der staatsrechtlichen Ebene drückte sich schön in der Aussage des Kurfürsten Moritz von Sachsen gegenüber dem Herzog Albrecht von Bayern aus, wonach die deutschen Stände in der Gefahr stünden, ihre Freiheit zu verlieren und „in ewige servitut“, zu geraten, d.h. nur noch über ein – modern gesprochen – beschränkt dingliches Recht am eigenen Territorium verfügen zu können.[139]

Damit blieb formal der bereits aus dem hohen Mittelalter stammende, auf lehnsrechtlichen Bindungen der Fürsten zu ihrem König beruhende Staatsaufbau bestehen, verkommt aber in der frühen Neuzeit immer mehr „zur leeren Form“.[140] Hinter seiner Fassade änderte sich aber so gut wie alles. Weichenstellungen für die Neuzeit waren der Wormser Reichstag von 1495 mit seinen grundlegenden Beschlüssen[141] sowie die Reformation ab 1517[142] und die daraus resultierenden Augsburger Reichstagsbeschlüsse von 1530 und 1555 („cuius regio eius religio“). Die Religionsverfassung des Reiches, im konfessionellen Zeitalter zugleich Teil der Staatsverfassung, wurde dadurch und durch den Westfälischen Frieden von 1648[143] maßgeblich gebildet. Grundsatz war die Parität der beiden, später – als ab 1648 auch die Reformierten gleichberechtigt worden waren – drei Konfessionen.

In seinen „Sechs Büchern über die Republik“ von 1576 wurde auf staatstheoretischer Ebene durch den Franzosen *Jean Bodin* der Begriff der Souveränität als entscheidendes Merkmal jedes Staates entwickelt.[144] Diese Erkenntnis musste für das Reich grundlegende Konsequenzen haben, war doch entweder den Reichsfürsten oder dem Kaiser, nach *Bodin* aber nicht beiden die volle Souveränität in ihrem jeweiligen Staatsgebiet gegeben. In der folgenden wissenschaftlichen Diskussion über diese Gedanken im Hinblick auf das Deutsche Reich entstand um 1600 die deutsche Staatsrechtswissenschaft, bezeichnet als „Reichspublizistik“[145]. Ab dieser Zeit wurde es auch an den Universitäten gelehrt.[146] Der erste bedeutende Professor des Ius publicum war *Dietrich Reinkingk* (1590-1664) in Gießen.[147] Und ebenso wie es beim zivilrechtlichen Usus modernus um den zeitgemäßen Gebrauch des römischen Rechts unter Berücksichtigung des Partikularrechts ging, handelte das Ius publicum, das sich erst zu Beginn des 17. Jahrhunderts vom Ius Civile gelöst hatte,

---

[133] Vgl. *Thieme*, JuS 1981, 549 und dazu z.T. abl. *Hofmann*, JuS 1982, 167 – Eine Gesamtdarstellung der Geschichte des Hl. Römischen Reichs Deutscher Nation von 1495 bis 1806 legte 1999 *G. Schmidt* vor (Geschichte des Alten Reiches, Staat und Nation in der Frühen Neuzeit 1495-1806).

[134] *Leiser*, ZRG (GA) 93 (1976), 1 (15).

[135] Vgl. *Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, 1966, S. 206 ff.

[136] Vgl. auch *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. 1962, S. 141: „die durch die staatlichen Herrschaftsverhältnisse geschaffene *bürgerliche* Ungleichheit verkürzt nicht die aus der natürlichen Gleichheit sich ergebende Pflicht, sich gegenüber jedermann gesellig zu verhalten“.

[137] *Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 160 ff.

[138] *Stein* (Fn. 79), S. 134; *Heger* (Fn. 11), S. 102 f.

[139] *Duchardt*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1495-1806, 1991, S. 90. Vgl. auch *G. Schmidt* (Fn. 133), S. 97 ff., 155 f., 169 u. 178.

[140] *Mitteis*, Der Staat des hohen Mittelalters, 7. Aufl. 1962, S. 424; *Heger* (Fn. 11), S. 101 f. – Krit. *H.K. Schulze*, Grundstrukturen der Verfassung im Mittelalter, Bd. 1, 3. Aufl. 1995, S. 72 f.

[141] Dazu *Laufs*, JuS 1995, 665.

[142] Zu deren rechtlichen Folgen *Heckel*, JuS 1967, 489.

[143] Dazu *Link*, JZ 1998, 1 (3 ff.).

[144] Vgl. *Hoven*, JuS 2007, 10; *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 74 ff.; *Stintzing/Landsberg* (Fn. 33), S. 34.

[145] Zu deren Hauptvertretern im 17. und 18. Jahrhundert *Wesel* (Fn. 4), S. 365

[146] Ab 1604 las ein Kanonist in Heidelberg Lehnsrecht (vgl. *Wieacker* [Fn. 3], S. 210).

[147] *Wesel* (Fn. 4), S. 373. – *Reinkingk* vgl. *Kleinheyer/Schröder* (Fn. 3), S. 360 ff.

vom öffentlichen Recht des „heutigen Hl. Römischen Reichs Deutscher Nation“.[148]

Auch hier ging es um die Frage, inwieweit das öffentliche Recht aus alten römischen Regeln[149] oder aus den älteren deutschen Quellen wie der „Goldenen Bulle“ von 1356 und dem „Ewigen Landfrieden“ von 1495 entwickelt werden sollte. Die Anknüpfung an das römische Recht war für den Kaiser günstiger und wurde daher von der kaiserlichen Reichspublizistik vertreten. Durchgesetzt hat sich aber die reichsständische Publizistik, die das Staatsrecht des Reiches auf die heimischen Quellen aufbauen wollte. Das Ius publicum wurde damit, anders als das Zivilrecht in der Zeit des Usus modernus, von „der Vorherrschaft der gemeinen römisch-kanonischen Jurisprudenz“ losgelöst.[150]

Die frühneuzeitliche Streitfrage, ob der König bzw. Kaiser volle Souveränität hatte, so dass das Reich nach *Bodin* als Monarchie eingestuft werden konnte, wurde zuerst 1608 in der Reichspublizistik beantwortet: „Das Reich ist souverän, der Kaiser auch, aber nicht allein. Es ist eine mit aristokratischen Elementen gemischte Monarchie“.[151] Die nach dem Ende des Dreißigjährigen Krieges[152] ganz offensichtliche Entwicklung hin zu souveränen Territorialstaaten machte das „Heilige Römische Reich Deutscher Nation“ zu dem Gebilde eigener Art, von *Pufendorf* resignierend bezeichnet als „irgendwie irregulärer (Staats-) Körper und einzigartiges Monstrum“ („irregulare aliquod corpus et monstro simile“)[153]. Der Streit um die Zuerkennung der Souveränität in den einzelnen Territorien mündete schließlich 1677 im Vorschlag einer Deutung des Reiches als „ständischem Bundesstaat“ durch den Rechtsphilosophen *Leibniz*.[154]

Die Lehnsverfassung des Reiches blieb formal bis 1806 bestehen,[155] doch waren bereits 1521 die Dienst- und Treuepflichten der Reichsvasallen durch Matrikularbeiträge der Reichsstände abgelöst worden.[156] Auch wenn die Territorialfürsten formal unverändert lehnsrechtlich und damit persönlich dem König als Lehnsherrn verpflichtet blieben, stellte die Ablösung der konkreten Verpflichtung zum Kriegsdienst durch eine Art von außerordentlichen Steuern einen fundamentalen Unterschied dar. An die Stelle von persönlich zu erbringenden Diensten im Militär und als Ratgeber – lehnsrechtlich geschuldet war (militärische) Hilfe und Beratung („auxilium et consilium“) – traten festgelegte Ausgleichszahlungen. Der Schritt zu dem „modernen“ System der Zahlung von Matrikularbeiträgen aus allgemeinen Steuereinnahmen der Einzelstaaten an die Föderation, wie er für das Deutsche Reich von 1871-1918 charakteristisch war[157], ist nicht mehr weit. Es zeigt sich jedenfalls auch hier ein Charakteristikum der frühen Neuzeit: Das überkommene Recht wurde zwar weiterhin der Form nach angewandt, durch „zeitgemäßen Gebrauch“ aber substantiell modifiziert. Und auch wenn die Matrikularbeiträge in mancher Hinsicht den Charakter einer Steuer hatten, scheiterten doch Bemühungen zur Schaffung einer reichsweiten Steuer („gemeiner Pfennig“[158]) immer wieder an den Reichsständen.

Auch das in der „Goldenen Bulle“ seit dem 14. Jahrhundert geregelte Verfahren der Königswahl blieb grundsätzlich bestehen, wurde aber dadurch überlagert, dass aufgrund politischer und religiöser Umwälzungen letztlich die Zahl der Kurfürsten nach dem Dreißigjährigen Krieg erhöht wurde.

Hinzuweisen ist noch auf eine andere – faktische – Veränderung der Reichsverfassung in der zu untersuchenden Epoche. Nachdem es 1663 nicht mehr gelungen war, den Reichstag in Regensburg durch einen Reichsabschied zu beenden, wandelte sich dieser in einen Gesandtenkongress,[159] den sog. „Immerwährenden Reichstag“.[160] Wenn dieser auch nicht als ein Parlament im modernen Sinne angesehen werden konnte,[161] und seine Entstehung vielleicht sogar als „Armutszeugnis für Diplomaten“ einzustufen sein mag, so war er doch auch ein „Forum der Selbstbehauptung des Reiches“[162] und zugleich durch seine ununterbrochene Existenz etwas anderes als die zuvor unregelmäßig einberufenen Reichstage bis 1654.

## IX. Fazit

Auch wenn die Epoche des Usus modernus aus heutiger Sicht nicht in allem als wirklich „modern“ angesehen werden kann, war es doch eine Zeit, in der viele bis heute bestehende Rechtsinstitute und sogar einzelne Rechtsgebiete neu entstanden sind. Diese Bedeutung wurde von Rechtshistorikern im 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vielfach übergangen; wie *Savigny* wandten sie sich lieber gleich den römischen oder germanischen Quellen zu, als sich mit den zwischenzeitlich angehäuften frühneuzeitlichen Rechtsmaterien aufzuhalten. Die Rechtsordnung vor der französischen Revolution und vor allem noch vor der Beeinflussung durch das philosophische Naturrecht des 18. Jahrhunderts wurde als

[148] *Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, S. 12 („Das ius publicum des Imperium Romano-Germanicum hodiernum“).
[149] Zur Rezeption des römischen Rechts und ihrer Bedeutung für den Staat der Neuzeit *Kimminich*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1987, S. 190 ff.
[150] *Friedrich* (Fn. 148), S. 107
[151] *Wesel* (Fn. 4), S. 373.
[152] Zur Bedeutung des Westfälischen Friedens von 1648 für die deutsche Verfassungsentwicklung *Link*, JZ 1998, 1; *Pieper*, JA 1995, 988.
[153] Vgl. *K.-P. Schroeder*, JuS 1995, 959 (964); *Link*, JZ 1998, 1 (7).
[154] *Link*, JZ 1998, 1 (7).
[155] *Mitteis/Lieberich* (Fn. 123), § 41 I 2.
[156] *Duchardt* (Fn. 139), S. 106.
[157] Vgl. dazu *Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866-1918, Bd. 2/2, 3. Aufl. 1992, S. 169 ff.
[158] Dazu *Thieme*, JuS 1981, 549 (556); *Laufs*, JuS 1995, 665 (670 f.).
[159] *Mitteis/Lieberich* (Fn. 123), § 41 II 1.
[160] Dazu *Wolter*, JuS 1984, 837.
[161] Die Stände waren keine Repräsentanten ihrer Untertanen (vgl. *Eisenhardt* [Fn. 6], Rn. 193), trotzdem können ständische Versammlungen als Vorstufe zu einem repräsentativen Parlamentssystem angesehen werden (vgl. *Wolter*, JuS 1984, 837 [841]).
[162] *Duchardt* (Fn. 139), S. 172.

finsteres und rückwärtsgewandtes Kapitel aufgefasst, die Fortschritte in Rechtspraxis und -theorie wurden zumeist unbeachtet gelassen.

Auch die großen vernunftrechtlichen Kodifikationen, die im unmittelbaren Anschluss an die Zeit des Ius Commune in zahlreichen Staaten Europas entstanden und deren Modernität – gerade in Abgrenzung zum Usus modernus – in höchsten Tönen gelobt worden war, werden in ihrer Stellung zum überkommenen Recht heute teilweise relativiert. So wird für den in seiner Verbreitung und in seiner damaligen Wirkung sicherlich bahnbrechenden Code civil von 1804 in Frage gestellt, ob einige zentrale Institute wirklich neuartig waren oder sie nicht vielmehr nur den „Abschluß jahrhundertealter Traditionslinien“ bildeten.[163] Der Bruch zwischen Usus modernus und den Kodifikationen der Aufklärung wäre damit nicht nur zeitlich weniger revolutionär.

Erst heute, im Zeitalter eines zusammenwachsenden Europas – eben desjenigen Gebiets, das in der Zeit des Usus modernus mit dem Ius commune über eine in weiten Teilen bereits relativ homogene Rechtsordnung verfügt hatte –, besinnt man sich in manchen Teilen der Rechtswissenschaft dieser Wurzeln, sei es, um Lücken im europäischen Gemeinschaftsrecht zu schließen;[164] sei es auch, um zurückzufinden zu gemeinsamen wissenschaftlichen Grundlagen.[165]

[163] So *Kern*, JuS 1997, 11 (14), in Bezug auf Eigentum und Privatautonomie.
[164] Vgl. dazu *Knütel*, JuS 1996, 768.
[165] Vgl. *Coing*, NJW 1990, 937; für das Strafrecht vgl. *Kühl*, ZStW 109 (1997), 777; *Perron*, ZStW 109 (1997), 281 – Aus historischer Sicht schließt *Mazohl-Wallnig*, Zeitenwende 1806, 2005, S. 273: „Heute, da der junge europäische Einigungsprozeß die Nationen und Staaten Europas erneut vor jene alte Fragen stellt, mit denen bereits im Rahmen des Heiligen Römischen Reichs immer wieder gerungen worden war, ist es an der Zeit, sich dieses gemeinsame europäische Erbe und Vermächtnis wieder stärker in Erinnerung zu rufen: Europas Zukunft liegt in seiner Vergangenheit!“

# Einführung in das Insolvenzrecht – Teil 1

Von Rechtsanwältin **Beatrice Keller**, München

*Jeder Jurist sollte imstande sein, mögliche insolvenzrechtliche Implikationen eines Falles zu erkennen. Im Studium lassen sich insbesondere das Recht der Kreditsicherheiten – des Eigentumsvorbehalts, der Vormerkung und des Sicherungseigentums – nur dann grundlegend verstehen, wenn deren Wirkungen im Insolvenzfalle bekannt sind. Spätestens in der Praxis sind insolvenzrechtliche Grundkenntnisse dann endgültig unverzichtbar. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über das Insolvenzverfahren mit einem Schwerpunkt auf den klausurrelevanten Themen.*

## I. Einleitung

Das deutsche Recht kennt zwei unterschiedliche Vollstreckungssysteme: Da ist zum einen die in der ZPO[1] geregelte Einzelzwangsvollstreckung, die zur Befriedigung eines einzelnen Gläubigers aus dem Vermögen des Schuldners dient. Die Einzelzwangsvollstreckung wird vom sog. Prioritätsprinzip[2] gekennzeichnet, d.h. dem schnellsten Gläubiger gebührt der Vorrang (§ 804 Abs. 3 ZPO). Reicht das Vermögen des Schuldners nicht mehr zur Deckung all seiner Verbindlichkeiten aus, wird das Prioritätsprinzip des Zwangsvollstreckungsrechts durch das Prinzip der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung (par conditio creditorum) verdrängt und die Einzelzwangsvollstreckung durch die Gesamtvollstreckung abgelöst. Das Prinzip der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung ist die tragende Idee nicht nur des deutschen, sondern aller kontinentaleuropäischen und der anglo-amerikanischen Insolvenzrechte. Wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird, lässt sich praktisch jedes spezifisch insolvenzrechtliche Institut über dieses Prinzip erklären. Es ist die wichtigste Hilfe bei der Auslegung insolvenzrechtlicher Vorschriften. Mit einem Wort: Es kann in seiner Bedeutung gar nicht überschätzt werden.

Der Übergang vom Prioritätsprinzip zum Prinzip gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung vollzieht sich freilich nicht automatisch, sondern nur dann, wenn ein Insolvenzverfahren nach der Insolvenzordnung[3] (InsO) eröffnet wird. § 1 InsO sieht als Instrumente der Gesamtvollstreckung die Liquidation des Schuldnervermögens durch ein Regelinsolvenzverfahren oder die Sanierung des schuldnerischen Unternehmens durch ein Insolvenzplanverfahren vor.[4] Das Insolvenzrecht ist im Wesentlichen in der InsO geregelt. Ergänzend gelten für das Insolvenzverfahren die Vorschriften der ZPO (§ 4 InsO), woraus der vollstreckungsrechtliche Charakter des Insolvenzverfahrens besonders deutlich wird. Bei Gesellschaftsinsolvenzen sind Regelungen des HGB[5], des GmbHG[6] und des AktG[7] zu berücksichtigen, im Falle von Bankinsolvenzen die Vorschriften des § 46 ff. KWG[8]. Bei grenzüberschreitenden Insolvenzen[9] in Mitgliedstaaten der EU ist die EG-Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO)[10] anzuwenden, im Übrigen die Vorschriften des deutschen internationalen Insolvenzrechts, die allerdings wiederum Teil der InsO (dort §§ 355 ff. InsO) sind.

## II. Gang des Verfahrens (Überblick)

Das Regelinsolvenzverfahren unterteilt sich in die drei Abschnitte Insolvenzeröffnungsverfahren, eröffnetes Insolvenzverfahren und Nachhaftungsphase. Das Insolvenzeröffnungsverfahren wird auf Antrag (§§ 13 ff. InsO) eingeleitet. In diesem prüft das Insolvenzgericht, ob der Eröffnungsantrag zulässig (§ 14 Abs. 1 InsO) und begründet (§ 16 InsO) ist und die Verfahrenskosten (§ 26 InsO) gedeckt sind. Zudem kann es nach eigenem Ermessen Sicherungsmaßnahmen zu treffen, um zu verhindern, dass sich die Vermögenslage des Schuldners während des Eröffnungsverfahrens (weiter) verschlechtert (§ 21 Abs. 1 InsO). Die praktisch häufigste dieser Sicherungsmaßnahmen ist die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters. Der vorläufige Insolvenzverwalter wird daneben in der Regel auch mit der Aufgabe betraut, als Sachverständiger zu prüfen, ob Insolvenzgründe vorliegen; das Ergebnis seiner Prüfung fasst er in einem Gutachten zusammen, das dem Insolvenzgericht zugänglich gemacht wird und

---

[1] Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 5. 12. 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes v. 24.9.2009 (BGBl. I S. 3145).

[2] Auch „Windhundprinzip" genannt, s. *Kroth*, in: Braun, Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2007, § 92 Rn. 1; *Huber*, JuS 2006, 1078; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, NZI 2005, S. 663 (664).

[3] Die InsO, in der Fassung v. 5.10.1994 (BGBl. I S. 2866), zuletzt geändert durch Art. 8 Abs. 7 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I S. 2355), trat an die Stelle von Konkurs-, Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsordnung.

[4] Gegenstand dieses Beitrags ist nur das Regelinsolvenzverfahren. Für die besonderen Verfahren wird verwiesen auf *Reischl*, Insolvenzrecht, 2008, Rn. 812-911.

[5] Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 6a des Gesetzes v. 31.7.2009 (BGBl. I S. 2512).

[6] Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes v. 31.7.2009 (BGBl. I S. 2509).

[7] Aktiengesetz v. 6.9.1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 31.7.2009 (BGBl. I S. 2509).

[8] Gesetz über das Kreditwesen in der Fassung v. 9.9.1998 (BGBl. I S. 2776), zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 8 des Gesetzes v. 30.7.2009 (BGBl. I S. 2437).

[9] S. dazu *Westphal/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, 2008.

[10] Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates v. 29.5.2000 über Insolvenzverfahren.

diesem bei der Bescheidung des Insolvenzantrags als Entscheidungshilfe dient.

Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, ernennt das Insolvenzgericht einen Insolvenzverwalter (§ 27 InsO); meistens fällt die Wahl auf diejenige Person, die auch schon vorläufiger Insolvenzverwalter war, was sinnvoll ist, weil diese sich im Rahmen der Erstellung des Gutachtens bereits mit den wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnissen des Schuldners vertraut machen konnte. Der Insolvenzverwalter verwertet das Vermögen des Schuldners (§ 159 InsO) und verteilt es quotal an die Gläubiger (§ 187 ff. InsO). Dazu prüft er die von den Gläubigern angemeldeten Forderungen und trägt sie in die Insolvenztabelle ein. Nach Verteilung des schuldnerischen Vermögens wird das Verfahren aufgehoben und die Nachhaftungsphase beginnt (§ 201 InsO).[11]

### III. Beteiligten des Verfahrens (Überblick)

*1. Insolvenzgericht*

Das Insolvenzgericht beaufsichtigt das Insolvenzverfahren und trifft die grundlegenden Entscheidungen. Sachlich ausschließlich zuständig für das Insolvenzverfahren ist das Amtsgericht. Örtlich zuständig ist das Insolvenzgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz (natürliche Person) bzw. seinen Unternehmenssitz (Gesellschaften) hat (§ 3 Abs. 1 S. 1 InsO). Liegt der Mittelpunkt einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners an einem anderen Ort, so ist das Insolvenzgericht zuständig, in dessen Bezirk dieser Ort liegt (§ 3 Abs. 1 S. 2 InsO). Funktionell zuständig ist der Richter oder der Rechtspfleger: für die Entscheidung über den Eröffnungsantrag, die Ernennung des Insolvenzverwalters und die Versagung oder den Widerruf der Restschuldbefreiung (§§ 3 Nr. 2e, 18 Abs. 1 RPflG[12]) ist der Richter zuständig. Er kann sich auch das weitere Verfahren vorbehalten (§ 18 Abs. 2 RPflG). Im Übrigen liegt die Zuständigkeit beim Rechtspfleger.

Das Insolvenzgericht ermittelt, abweichend vom Beibringungsgrundsatz der ZPO, von Amts wegen (§ 5 Abs. 1 S. 1 InsO). Zur Aufklärung der Vermögensverhältnisse des Schuldners kann es Register- und Grundbuchauszüge einholen, Zeugen vernehmen und eine Anfrage beim Gerichtsvollzieher stellen.[13] Daneben sind der Schuldner (§ 14 Abs. 2 InsO) und gegebenenfalls weitere Verantwortliche (§ 15 Abs. 2 S. 2 InsO) anzuhören, aber auch persönlich zur Auskunft und Mitwirkung verpflichtet (§ 20 Abs. 1 InsO).

Verletzt der Richter oder Rechtspfleger im Insolvenzverfahren schuldhaft eine Pflicht, tritt Amtshaftung gemäß Art. 34 GG, § 839 S. 1, Abs. 2 BGB[14] ein.

*2. Schuldner*

Schuldner in einem Insolvenzverfahren kann sein, wer insolvenzfähig ist. Dies ist nach §§ 11 f. InsO jede natürliche oder juristische Person, ferner der nicht rechtsfähige Verein, die OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft, GbR, Partenreederei und die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung.[15] Nicht insolvenzfähig sind dagegen juristische Personen des öffentlichen Rechts, da für sie der Staat unterhaltspflichtig ist. Eine interessante, hier aber nicht zu beantwortende Frage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen öffentlich-rechtliche Unternehmen in Privatrechtsform insolvenzfähig sind.[16]

*3. Insolvenzgläubiger*

Insolvenzgläubiger ist, wer zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen vermögensrechtlichen Anspruch gegen den Insolvenzschuldner hat (§ 38 InsO). Es muss sich entweder um eine Geldforderung handeln, oder um eine Forderung, die in eine Geldforderung umrechenbar ist. Die Forderung muss im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung begründet sein, sie muss aber nicht fällig sein. Keine Insolvenzgläubiger sind Massegläubiger, Aussonderungsberechtigte, Gläubiger, die sich durch Aufrechnung befriedigt haben und grundsätzlich auch Absonderungsberechtigte[17].

*4. Insolvenzverwalter*

Mit dem Eröffnungsbeschluss bestellt das Gericht einen Insolvenzverwalter. Die Bestellung ist vorläufig, erst nach der ersten Gläubigerversammlung erfolgt eine endgültige Bestellung. Der Verwalter erhält mit Wirksamwerden des Eröffnungsbeschlusses die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen des Schuldners (§ 80 Abs. 1 InsO). Er hat das Schuldnervermögen in Besitz zu nehmen und zu verwalten. Er erstellt ein Verzeichnis über die zur Masse gehörenden Gegenstände, ein Gläubigerverzeichnis und eine Vermögensübersicht, die Aktiva und Passiva des Schuldnervermögens zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gegenüberstellt. Der Insolvenzverwalter verwertet die Insolvenzmasse, d.h. er versucht, das Unternehmen als Ganzes oder dessen Bestandteile zu veräußern. Um das Unternehmen als Ganzes veräußern zu können, braucht er

---

[11] *Reischl* (Fn. 4), Rn. 32.

[12] Rechtspflegergesetz v. 5.11.1969 (BGBl. I S. 2065), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes v. 30.7.2009 (BGBl. I S. 2474).

[13] *Reischl* (Fn. 4), Rn. 141.

[14] Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 2.1.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch das Gesetz v. 28.9.2009 (BGBl. I S. 3161).

[15] Gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO sind auch das Gesamtgut der Gütergemeinschaft, der fortgesetzten Gütergemeinschaft und der Nachlass im Rahmen von Sonderinsolvenzverfahren insolvenzfähig.

[16] Weiterführend: *Marotzke*, Das Unternehmen in der Insolvenz, 2000.

[17] Wenn sie auf eine abgesonderte Befriedigung verzichten oder insoweit ausgefallen sind, handelt es sich auch bei Absonderungsberechtigten um Insolvenzgläubiger, § 52 InsO.

dazu die Zustimmung der Gläubigerversammlung[18], bzw. des Gläubigerausschusses[19] (§§ 160, 162, 163 InsO).

Er führt die Insolvenzanfechtung durch und macht Ansprüche auf persönliche Haftung gegenüber Gesellschaftern geltend. Er führt eine Insolvenztabelle und prüft die angemeldeten Forderungen.

### IV. Das Eröffnungsverfahren

Das Insolvenzverfahren wird eröffnet, wenn der Eröffnungsantrag zulässig und begründet ist. Ob das der Fall ist, wird während des bereits erwähnten Insolvenzeröffnungsverfahrens geprüft.

*1. Zulässigkeit des Eröffnungsantrags*

Der Insolvenzantrag ist zulässig, wenn der Schuldner insolvenzfähig[20] ist, ein formgerechter Antrag beim zuständigen Gericht gestellt wird und der Antragssteller antragsberechtigt ist.

*a) Antrag*

Der Insolvenzantrag ist formelle Voraussetzung der Eröffnung (§ 13 Abs. 1 S. 1 InsO). Das Verfahren kann nicht von Amts wegen eröffnet werden. Antragsberechtigt sind grundsätzlich alle Gläubiger und der Schuldner selbst.[21] Der Antrag ist schriftlich oder zur Niederschrift bei der Geschäftsstelle des zuständigen Insolvenzgerichts zu stellen und nicht formbedürftig.

*b) Anforderungen an den Antrag im Einzelnen*

*aa) Antrag des Schuldners*

Der Schuldner kann einen Antrag wegen Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), drohender Zahlungsfähigkeit (§ 18 InsO) oder, handelt es sich beim Schuldner um eine juristische Person, wegen Überschuldung (§ 19 InsO) stellen. Bei Gesellschaften ergibt sich aus § 15 InsO, wer aufgrund seiner organschaftlichen oder mitgliedschaftlichen Stellung berechtigt ist, einen Eigenantrag für den Schuldner zu stellen. Ist der Schuldner eine juristische Person (GmbH, AG) oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit (OHG, KG, GbR), so ist jedes einzelne Mitglied des Vertretungsorgans zum Eigenantrag befugt. Bei OHG, KG und GbR ist jeder persönlich haftende Gesellschafter auch ohne Vertretungsbefugnis antragsberechtigt. Aus § 15a InsO, einer der praktisch wichtigsten Vorschriften, ergibt sich, wer verpflichtet ist, den Antrag zu stellen.

*bb) Antrag des Gläubigers*

Für den Antrag eines Gläubigers gelten ausweislich des § 14 InsO bestimmte Anforderungen. Um den Schuldner vor ungerechtfertigter Insolvenzeröffnung zu schützen, muss der Gläubiger seine Forderungen und einen Eröffnungsgrund glaubhaft machen (§§ 4 InsO, 294 ZPO). Dazu muss er Tatsachen darlegen, aus denen sich für den Richter die überwiegende Wahrscheinlichkeit ergibt, dass ein Eröffnungsgrund vorliegt. Daneben ist beim Gläubigerantrag ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Verfahrens erforderlich, das bei Vorliegen der übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen in der Regel indiziert ist.

*2. Begründetheit des Eröffnungsantrags*

Der Insolvenzantrag ist begründet, wenn ein Eröffnungsgrund vorliegt. Eröffnungsgründe sind Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) und Überschuldung (§ 19 InsO).

*a) Zahlungsunfähigkeit*

Zahlungsunfähig ist, wer nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 S. 1 InsO). Zahlungsunfähigkeit in diesem Sinne liegt nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 24.5.2005[22] vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, wenigstens 90% seiner fälligen Verbindlichkeiten zum geprüften Stichtag zu erfüllen. Sofern die Liquiditätsunterdeckung zum Stichtag im Ergebnis dieser Rechnung größer als 10% ist, hat der Schuldner einen Zeitraum von drei Wochen, diese Unterdeckung zu beseitigen. Wenn er das nicht kann, liegt Zahlungsunfähigkeit und nicht lediglich eine rechtlich unerhebliche Zahlungsstockung vor.[23] Grundsätzlich ist für die Ermittlung und den Beweis von Zahlungsunfähigkeit die Aufstellung eines Liquiditätsstatus erforderlich. Nach einer neueren Entscheidung des BGH[24] lässt sich speziell im Anfechtungsprozess (!) auch auf andere Weise feststellen, ob der Schuldner zahlungsfähig war oder nicht. Haben im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, ist regelmäßig von der Zahlungsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt auszugehen. Nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO schließlich wird Zahlungsunfähigkeit widerlegbar vermutet, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Voraussetzung der Zahlungseinstellung ist nicht, dass der Schuldner überhaupt keine Zahlungen mehr leistet. Es genügt, wenn der Schuldner eine nicht unwesentliche Forderung nicht mehr befriedigen kann.[25]

[18] Die Gläubigerversammlung ist das Selbstverwaltungsorgan der Gläubiger im Insolvenzverfahren, mit dem diese das Verfahren lenken können.

[19] Der Gläubigerausschuss ist das Exekutivorgan der Gläubigerversammlung und soll den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung unterstützen und überwachen.

[20] S. unter III. 2.

[21] Eine Sonderregelung zum Antragsrecht enthält z.B. § 46b Abs. 1 KWG, wonach im Falle der Insolvenz eines Kreditinstitutes die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht antragsberechtigt ist.

[22] BGH ZIP 2005, 1426.

[23] BGH ZIP 2005, 1426.

[24] BGH ZIP 2006, 2222. Im Zusammenhang mit dieser Entscheidung sind zwei Fragen ungeklärt: Gilt die 10%-Grenze der Entscheidung vom 24.5.2005 auch hier? Ist nach Maßgabe dieser Entscheidung Vollbeweis für die Zahlungsunfähigkeit geführt, oder begründet sie nur eine widerlegliche Vermutung? – Themen, die eine Seminararbeit rechtfertigen könnten.

[25] BGH ZIP 2000, 1017.

*b) Drohende Zahlungsunfähigkeit*

Die drohende Zahlungsunfähigkeit ist gem. § 18 InsO nur bei Eigenanträgen des Schuldners Eröffnungsgrund. Sie liegt vor, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen (§ 18 Abs. 2 InsO). Bei der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, wobei sich der Betrachtungszeitraum nach wohl h.M. bis zum Fälligkeitszeitpunkt der letztfälligen, gegenwärtigen Verbindlichkeit, jedoch nicht weiter als ein Jahr in die Zukunft hinein erstreckt[26]. Ergibt sich aus der zeitlich so begrenzten Gegenüberstellung der voraussichtlichen Einnahmen und der zu erwartenden Verbindlichkeiten, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher ist, als deren Vermeidung, ist der Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit gegeben.[27]

*c) Überschuldung*

Die Überschuldung nach § 19 InsO ist (neben der Zahlungsunfähigkeit) Eröffnungsgrund bei juristischen Personen, der GmbH & Co. KG und beim Nachlass. Die Definition dafür, wann Überschuldung vorliegt, hat sich in den vergangenen Jahren mehrfach geändert.

Im Rahmen des mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 1.1.1999 neu eingeführten Überschuldungsbegriffs war Überschuldung gegeben, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckte. Das war anhand einer dreistufigen Prüfung zu beurteilen: Die Feststellung der Überschuldung setzte eine Überschuldungsbilanz voraus, in der Aktiva und Passiva gegenübergestellt wurden. Die Aktiva waren dabei grundsätzlich mit dem Liquidationswert anzusetzen, d.h. so, als würde zum Bilanzstichtag die Liquidation beschlossen und das Unternehmen in seinen Einzelteilen veräußert. Nur wenn sich in einem (zweiten) Prüfungsschritt ergab, dass das Unternehmen fortführungswürdig war, durften (in einem dritten Prüfungsschritt) die Aktiva statt zu Liquidationswerten zu den ungleich höheren Fortführungswerten angesetzt werden. Maßgeblich für diese war die Ermittlung des Erlöses einer Gesamtveräußerung des Unternehmens einschließlich aller stillen Reserven und des „good will" an einen Erwerber.

Um den Auswirkungen der Finanzmarktkrise entgegenzuwirken und Unternehmen nach dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Recht von der gesetzlichen Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages wegen bilanzieller Überschuldung zu bewahren, hat der Gesetzgeber mit dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz[28] (FMStG) zum 18.10.2008 zeitlich begrenzt einen anderen Überschuldungsbegriff eingeführt. Nach diesem liegt eine zum Insolvenzantrag verpflichtende Überschuldung nur vor, wenn das Unternehmen bei Ansatz von Liquidationswerten rechnerisch überschuldet ist und keine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann. Man sieht, dass diese Überschuldungsprüfung im Gegensatz zur zuvor geltenden nur zweistufig ist. Diese Definition der Überschuldung ist wegen des zeitlich nur begrenzten Anlasses zeitlich befristet bis zum 31.12.2013, danach wird wieder der vorherige dreistufige Überschuldungsbegriff gelten.

*3. Das gerichtliche Verfahren*

Liegt ein zulässiger Antrag vor, hat das Insolvenzgericht festzustellen, ob tatsächlich ein Eröffnungsgrund gegeben ist und ob die Insolvenzmasse zur Deckung der Verfahrenskosten ausreicht. Das Gericht hat alle relevanten Umstände von Amts wegen zu ermitteln (§ 5 Abs. 1 S. 1 InsO). Der Schuldner ist zu hören. Nach Zulassung des Antrags und vor der abschließenden Entscheidung über dessen Begründetheit muss das Gericht prüfen, ob es einstweilige Maßnahmen zur Sicherung und Erhaltung des Schuldnervermögens anordnen möchte.

*a) Vorläufige Sicherungsmaßnahmen*

Rechtsgrundlage ist § 21 Abs. 1 S. 1 InsO; nach dieser Vorschrift kann das Insolvenzgericht alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um eine Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners bis zur Verfahrensöffnung zu verhindern. Die Sicherungsmaßnahmen werden durch Beschluss angeordnet und mit Erlass wirksam.[29] Gegen die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen kann der Schuldner sofortige Beschwerde einlegen (§ 21 Abs. 1 S. 2 InsO). In § 21 Abs. 2 Nr. 1-5 InsO sind einzelne Sicherungsmaßnahmen beschrieben. Diese Aufzählung ist nicht abschließend, sondern enthält eine beispielhafte Aufzählung besonders wichtiger Sicherungsmaßnahmen. Von der praktisch wichtigsten dieser Sicherungsmaßnahmen, der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters, soll nun kurz die Rede sein.

*aa) Starker vorläufigen Insolvenzverwalters*

Gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO kann das Gericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter einsetzen. Erlegt das Gericht zugleich dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auf, so spricht man von einem starken vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO). Dieser Beschluss ist wegen seiner Wirkungen öffentlich bekannt zu machen und im Grundbuch zu vermerken. Denn in diesem Fall geht die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den Insolvenzverwalter über (§ 22 Abs. 1 S. 1 InsO). Der Schuldner selbst kann über sein Vermögen dann nicht mehr wirksam verfügen, denn das vom Gericht angeordnete allgemeine Verfügungsverbot bewirkt bei einem Verstoß absolute Unwirksamkeit (nicht lediglich relative im Sinne von §§ 135, 136 BGB).[30] Aufgabe des starken vorläufigen Insolvenzverwalters ist es, das Vermögen des Schuldners zu sichern und erhalten, das Unternehmen des Schuldners bis zur Entscheidung über die Eröffnung des

[26] *Kirchhof*, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, 5. Aufl. 2009, § 18 Rn. 8.
[27] *Kirchhof* (Fn. 26), § 18 Rn. 12.
[28] BT-Drs. 16/10600.
[29] *Reischl* (Fn. 4), Rn. 146.
[30] *Kirchhof* (Fn. 26), § 24, Rn. 3; *Haarmeyer*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2007, § 21 Rn. 54.

Insolvenzverfahrens fortführen, wenn nicht das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt und als Sachverständiger zu prüfen, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken wird (§ 22 Abs. 1 InsO).

In der Praxis wird nur selten ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt.[31] Grund dafür ist, dass durch die Tätigkeit des starken Insolvenzverwalters Masseverbindlichkeiten begründet werden (§ 55 Abs. 2 InsO). Masseverbindlichkeiten sind Verbindlichkeiten, die in voller Höhe aus der Insolvenzmasse zu befriedigen sind, und zwar in der Reihenfolge des § 209 InsO. Die Anordnung starker vorläufiger Verwaltung kann mithin zur Folge haben, dass die Insolvenzmasse ausgehöhlt und die Quote der übrigen Gläubiger vermindert wird. Sollte eine von einem starken vorläufigen Insolvenzverwalter begründete Verbindlichkeit nicht in voller Höhe aus der Masse beglichen werden können, so kann dies zudem die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters zur Folge haben (§ 61 InsO). Das wiederum ist der Grund, warum auch der Verwalter selbst kein gesteigertes Interesse daran hat, starker vorläufiger Verwalter zu sein.[32]

*bb) Schwacher vorläufigen Insolvenzverwalters*

Bestellt das Gericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter, ohne dass es gleichzeitig ein allgemeines Verfügungsverbot ausspricht, so sind die Pflichten des dann schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters vom Gericht im Einzelnen zu bestimmen (§ 22 Abs. 2 InsO). Das Gericht kann z.B. einen Zustimmungsvorbehalt des Insolvenzverwalters für Verfügungen des Schuldners anordnen, § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Ohne Zustimmung kann dann der Schuldner nicht mehr wirksam über sein Vermögen verfügen (§§ 24 Abs. 1, 81 Abs. 1 S. 1 InsO). Hauptaufgabe eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters ist die Überwachung des Schuldners. Dafür darf er grundsätzlich die Geschäftsräume des Schuldners betreten, um Nachforschungen anzustellen und die Bücher und Geschäftspapiere des Schuldners einzusehen. Im Übrigen hat der schwache vorläufige Insolvenzverwalter aber nur die ihm gerichtlich für den konkreten Fall eingeräumten Befugnisse.[33]

*b) Entscheidung über den Eröffnungsantrag*

Sind die Ermittlungen des Insolvenzgerichts abgeschlossen, entscheidet es über den Insolvenzantrag.

*aa) Nichteröffnung*

Der Antrag wird zurückgewiesen, wenn er sich als unzulässig (fehlende formelle Voraussetzungen) oder unbegründet (fehlender Eröffnungsgrund) herausstellt. Ist keine die Kosten des Verfahrens deckende Masse vorhanden (§ 26 Abs. 1 S. 1 InsO), wird der Antrag „mangels Masse“ abgewiesen. Die Abweisung mangels Masse kann abgewendet werden, wenn vom Antragsteller oder anderen Gläubigern ein Verfahrenskostenzuschuss geleistet wird (§ 26 Abs. 1 S. 2 InsO).

Die Abweisung des Antrages mangels Masse hat für den Schuldner einschneidende Folgen: Bei der AG, der KGaA und der GmbH führt die Rechtskraft des Abweisungsbeschlusses zu deren Auflösung und Liquidation[34]. Darüber hinaus ist der Zurückweisungsbeschluss zur Warnung des Rechtsverkehrs gemäß § 26 Abs. 2 InsO in das Schuldnerverzeichnis einzutragen. Schließlich wird dem Schuldner bei den freien Berufen die berufsrechtliche Zulassung als Rechtsanwalt (§ 7 Nr. 9 BRAO[35]), Steuerberater (§ 46 Abs. 2 Nr. 4 StBerG[36]) oder Notar (§ 50 Abs. 1 Nr. 6 BNotO[37]) entzogen und, übt er ein Gewerbe aus, dies gemäß § 12 GewO[38] untersagt.

*bb) Eröffnung*

Liegt ein Insolvenzgrund vor und kommt es nicht zu einer Abweisung mangels Masse, eröffnet das Insolvenzgericht das Verfahren durch Beschluss (§ 27 InsO). Der Beschluss ist sofort im Internet[39] öffentlich bekanntzumachen (§§ 30, 9 InsO). An die bekannten Gläubiger und den Schuldner wird der Beschluss vom Gericht zugestellt. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Einzelkaufmannes, einer OHG, KG, GmbH, AG, etc. wird in das Handelsregister eingetragen. Mit Eröffnung des Verfahrens über das Vermögen einer GmbH oder einer AG ist diese aufgelöst[40]. Stehen Grundstücke im Eigentum des Insolvenz-

[31] *Reischl* (Fn. 4), S. 39.

[32] Manchmal kann es im Eröffnungsverfahren freilich gerade darauf ankommen, dass Masseverbindlichkeiten begründet werden können. Dafür, wie mit dieser Situation umgegangen werden kann, ist der sehr lesenswerte „Ufa-Beschluss“ des AG Hamburg NZI 2003, 139 ff. ein gutes Beispiel.

[33] Ein nicht unbedingt neues, aber dennoch aktuelles Problem ist die Frage, ob (insbesondere der schwache) vorläufige Insolvenzverwalter zu einem pauschalen Widerspruch gegen Lastschriften befugt ist (s. zuletzt etwa *Matthies*, JuS 2009, 1074). Das Thema wird an Aktualität gewinnen, sobald der *11. Zivilsenat* des BGH über die immer noch unerledigte Revision XI ZR 236/07 entschieden hat – was nach Auskunft des Vorsitzenden an d. *Verf.* im Frühjahr 2010 der Fall sein wird.

[34] § 131 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 2 HGB; § 262 Abs. 1 Nr. 4 AktG; § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG.

[35] Bundesrechtsanwaltsordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-8, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 30.7. 2009 (BGBl. I S. 2449).

[36] Steuerberatungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 4.11.1975 (BGBl. I S. 2735), zuletzt geändert durch Artikel 9 Absatz 8 des Gesetzes v. 30.7.2009 (BGBl. I S. 2449).

[37] Bundesnotarordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes v. 30.7.2009 (BGBl. I S. 2449).

[38] Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 22.2.1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 14 des Gesetzes v. 29.7.2009 (BGBl. I S. 2258).

[39] www.insolvenzbekanntmachungen.de.

[40] §§ 60 Abs. 1 Nr.4 GmbHG, 262 Abs. 1 Nr.3 AktG.

schuldners, wird ein Vermerk über die Eröffnung des Verfahrens an im Grundbuch eingetragen (§ 32 InsO).

## V. Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses

### *1. Die Insolvenzmasse*

Einer der zentralen Begriffe des Insolvenzrechts ist der der Insolvenzmasse, denn praktisch alle insolvenzrechtlichen Institute haben sie (auf die ein oder andere Weise) als Referenzpunkt. Der Begriff der Insolvenzmasse muss unbedingt zum aktiven Wortschatz all derjenigen Juristen gehören, die sich mit insolvenzrechtlichen Fragestellungen zu befassen haben; sein Inhalt muss bekannt sein. Was also ist die Insolvenzmasse?

#### *a) Umfang*

Die Insolvenzmasse ist das gesamte Vermögen des Schuldners zur Zeit der Verfahrenseröffnung. Nota bene: Die Insolvenzmasse im Wortsinne gibt es erst ab Verfahrenseröffnung, davor ist einfach vom „Vermögen des Schuldners" oder der „künftigen Insolvenzmasse" die Rede. Zur – wie es im Branchenjargon verkürzend heißt – „Masse" gehört auch das Vermögen, das der Schuldner während des Verfahrens erlangt (sog. Neuerwerb, s. § 35 InsO). Unpfändbare Gegenstände gehören aber nicht zur Insolvenzmasse (§ 36 InsO).[41] Veräußert der Insolvenzverwalter Teile der Masse, tritt der Erlös als Surrogat an die Stelle der Gegenstände. Die Masse vergrößert sich während des Verfahrens,[42] wenn der Insolvenzverwalter durch die vorläufige Fortführung des Unternehmens Gewinne erwirtschaftet, Massegegenstände über Wert veräußert oder erfolgreiche Prozesse (namentlich Anfechtungsprozesse, s. unten unter VII.) für die Masse führt. Auch die Annahme von Erbschaften oder Schenkungen führt zu einer Masseerhöhung. Eine Verringerung der Masse tritt ein, wenn Dritte gutgläubig gem. §§ 81, 82 InsO Massegegenstände erwerben oder der Verwalter Gegenstände unter Wert veräußert. Soweit, so gut. Aber was (außer unpfändbarem Vermögen) gehört dann eigentlich nicht zur Insolvenzmasse?

#### *b) Freigabe*

Zum einen gehören durch den Insolvenzverwalter freigegebene Gegenstände nicht zur Insolvenzmasse. Die Freigabe hat zur Folge, dass der freigegebene Gegenstand aus der Insolvenzmasse ausscheidet und in das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners, an den auch die Verfügungsbefugnis zurückfällt, übergeht. Mit der Freigabe geht also eine Reduzierung der Insolvenzmasse einher. Der Insolvenzverwalter darf Gegenstände freigeben, wenn diese nicht verwertbar sind oder er so eine Belastung der Masse mit öffentlichrechtlichen Pflichten vermeiden kann[43]. Die Freigabe erfolgt durch einseitige, gegenüber dem Schuldner zu erklärende, empfangsbedürftige Willenserklärung des Insolvenzverwalters und wird mit ihrem Zugang wirksam.[44]

#### *c) Aussonderung*

Zum anderen gehören all diejenigen Gegenstände nicht zur Insolvenzmasse, die Dritten gehören, in der Sprache der Insolvenzordnung: auszusondern sind. Mit dem Begehren auf Aussonderung macht ein Dritter geltend, dass ihm ein dingliches oder persönliches Recht an einem Gegenstand zusteht und dieser deshalb nicht Bestandteil der Insolvenzmasse ist (§ 47 InsO). Das Wesen der Aussonderung kann am besten mit dem Satz beschrieben werden, es handle sich um die insolvenzrechtliche Fortsetzung des Vindikationsanspruchs aus § 985 BGB. Freilich ist das insoweit eine doppelte Simplifizierung, als erstens Gegenstand der Aussonderung nicht nur bewegliche und unbewegliche[45] Sachen, sondern auch Forderungen und Rechte aller Art sein können,[46] und zweitens Anknüpfungspunkt der Aussonderung nicht nur dingliche, sondern auch schuldrechtliche Ansprüche sein können. Als Anspruchsgrundlage ist stets § 47 InsO i.V.m. derjenigen Norm zu zitieren, die außerhalb der Insolvenz den Herausgabeanspruch gewährt, also z.B. § 985 oder § 556 BGB.

Aussonderungsberechtigt ist der Eigentümer (nicht aber der Sicherungseigentümer, s. § 51 Nr. 1 InsO – beliebtes Klausurproblem!), ferner die Inhaber beschränkt dinglicher Rechte wie einer Grunddienstbarkeit oder eines Nießbrauchs. Sie können im Wege der Aussonderung das ihnen jeweils

---

[41] Der BGH scheint den Grundsatz, dass zur Insolvenzmasse nur pfändbares Vermögen gehöre, nicht allzu wörtlich zu nehmen. In einer aktuellen Entscheidung (BGH DB 2009, 2314) formuliert das Gericht, Gläubigerbenachteiligung i.S. des § 129 Abs. 1 InsO (und damit Massezugehörigkeit) setze nicht notwendigerweise den Abfluss pfändbaren Vermögens voraus. Die Entscheidung, der dieses Zitat entstammt ist sicher richtig; die Leichtigkeit, mit der sich der BGH über den Inhalt des § 35 InsO hinwegsetzt, gleichwohl atemberaubend.

[42] In der Literatur wird gelegentlich zwischen „Ist-Masse" (das, was der Insolvenzverwalter bei Eröffnung vorfindet) und „Soll-Masse" (das, was aus der Ist-Masse nach den Vorschriften des Insolvenzrechts vor Verteilung werden muss) unterschieden. Aus meiner Sicht bringt das Hantieren mit diesen Begrifflichkeiten keinen Erkenntnisgewinn, zumal sie weder der Gesetzessprache entstammen noch Bestandteil des Branchenjargons sind.

[43] *Lwowski*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2007, § 35 Rn. 90 ff.

[44] *Reischl* (Fn. 4), Rn. 270.

[45] § 985 BGB gilt auch für Grundstücke (*Habersack*, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, Rn. 94). Das wird, angesichts seiner Lozierung außerhalb des Immobiliarsachenrechts und der Existenz des § 894 BGB, gerne übersehen.

[46] Geld kann nur dann ausgesondert werden, wenn es sich individualisierbar als einzelner Geldschein/-münze im Besitz des Schuldners befindet. Praktisch wird sich Geld aber in Kassenbeständen oder auf Konten befinden, wo eine individuelle Ausgrenzung einzelner Geldwertzeichen nicht mehr möglich ist. Daher kommt eine Aussonderung von Geld regelmäßig nicht in Betracht. Zum Problem der Geldwertvindikation s. *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2009, § 985 Rn. 2.

zustehende Recht geltend machen. Der frühere Besitzer kann seine Ansprüche aus §§ 861, 862, 1007 BGB geltend machen.

Schuldrechtliche Herausgabeansprüche aufgrund von Miete, Pacht, Leihe, Auftrag oder Hinterlegung können ebenfalls im Wege der Aussonderung geltend gemacht werden[47]. Im Fall einer Treuhandvereinbarung steht dem Treugeber in der Insolvenz des Treuhänders in der Regel ein Aussonderungsrecht zu. Er kann das Treugut herausverlangen[48]. In der Insolvenz des Erbschaftsbesitzers kann der Erbe sowohl als Eigentümer (§§ 985, 1922 BGB) als auch gem. §§ 2018, 2019 BGB aussondern. Der berechtigte Forderungsinhaber kann Aussonderung verlangen, wenn die Inhaberschaft nicht auf einer Sicherungszession beruht (§ 51 Nr. 1 InsO).

Wird ein Gegenstand, an dem ein Aussonderungsrecht bestanden hätte, unberechtigt vom Schuldner (vor Eröffnung des Verfahrens) oder vom Insolvenzverwalter (nach Eröffnung) veräußert, kann der Aussonderungsberechtigte Abtretung des Anspruchs auf Gegenleistung verlangen, wenn diese noch nicht erbracht worden ist. Wurde bereits erfüllt, kann er Herausgabe der Gegenleistung verlangen, wenn sie noch unterscheidbar[49] in der Insolvenzmasse vorhanden ist (§ 48 InsO – sog. Ersatzaussonderung)[50]. Das ist der Fall bei Zahlung auf ein Konto des Verwalters (auch das allgemeine Verwalterkonto), nicht aber bei Zahlung vor Verfahrenseröffnung auf das Girokonto des Schuldners[51].

*2. Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis*

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens[52] verliert der Insolvenzschuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen. Diese Befugnis geht auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Verfügungen des Schuldners sind absolut (schwebend) unwirksam (§ 81 Abs. 1 InsO). Ein gutgläubiger Erwerb vom Insolvenzschuldner kommt – außer bei Grundstücken und Rechten an Grundstücken – nicht in Betracht. Jedoch kann der Insolvenzverwalter Verfügungen des Insolvenzschuldners genehmigen und so zur Wirksamkeit verhelfen, wenn ihm dies aus wirtschaftlichen Überlegungen sinnvoll erscheint.[53]

*3. Ausschluss sonstigen Rechtserwerbs*

Nach Eröffnung können Dritte selbst dann nicht wirksam Rechte an Gegenständen der Insolvenzmasse erwerben, wenn der Erwerb nicht auf einer Verfügung des Schuldners beruht (§ 91 InsO). Dies kann der Fall sein, wenn die Forderung vor Verfahrenseröffnung durch eine Verfügung des Schuldners angelegt wurde, aber erst dann entsteht, wenn noch weitere tatsächliche oder rechtliche Umstände eintreten.[54] Auch in diesem Fall ist der Rechtserwerb des Dritten grundsätzlich unwirksam. Bei Rechten an Grundstücken kommt aber ein gutgläubiger Erwerb in Betracht (§ 91 Abs. 2 InsO). Jedoch kann der Insolvenzverwalter das Rechtsgeschäft nachträglich genehmigen und es so wirksam machen.

Neben die Vorschrift des § 91 InsO sollte in zulässiger Weise die Vorschrift des § 161 Abs. 1 S. 1 BGB kommentiert werden. Damit soll daran erinnert werden, dass der aufschiebend bedingte Rechtserwerb nicht an § 91 InsO scheitert[55], was eben aus dem Rechtsgedanken des § 161 Abs. 1 S. 1 InsO abgeleitet wird. Das ist der Grund, warum ein Kauf unter Eigentumsvorbehalt – Kauf der Sache vom Schuldner vor Eröffnung, Zahlung der letzten Rate nach Eröffnung – nicht an § 91 InsO scheitert. Der Insolvenzverwalter ist in diesem Fall entgegen der Grundregel des § 103 InsO (zu dieser Näheres unter VI.) auch nicht berechtigt, die Erfüllung des Kaufvertrages zu verweigern (§ 107 Abs. 1 InsO); das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers erweist sich mithin als insolvenzfest.

*4. Vollstreckungsverbot*

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist die (Einzel-) Zwangsvollstreckung sowohl in die Insolvenzmasse als auch in das sonstige Vermögen des Schuldners untersagt. § 89 InsO umfasst jede Art der Zwangsvollstreckung. Das Verbot ist von Amts wegen zu beachten und kann mit der Erinnerung gem. § 766 ZPO geltend gemacht werden. Unwirksam sind – in gewissem Umfang – auch vor Verfahrenseröffnung erfolgte Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Hat ein Insolvenzgläubiger im letzten Monat vor Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Zwangsvollstreckung eine Sicherung im Vermögen des Insolvenzschuldners erlangt, wird diese mit dem Eröffnungsbeschluss unwirksam (sog. Rückschlagsperre, § 88 InsO). Die Rückschlagsperre betrifft nur Sicherungen an Gegenständen der Insolvenzmasse. Ferner hält der BGH durch Zwangsvollstreckungsmaßnahme erlangte Sicherungen oder Befriedigungen unter den Voraussetzungen des § 131 InsO für inkongruente Deckungen und damit anfechtbar (zur Insolvenzanfechtung später unter VII.).[56]

---

[47] *Prütting*, in: Kübler/Prütting/Bork (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand 12/09, § 47 Rn. 46.

[48] Weiterführend *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2006, § 40 Rn. 28 ff.

[49] Es reicht aus, dass Überweisung auf ein Konto erfolgte, wo der Betrag durch einen Buchungsbeleg identifizierbar ist.

[50] Ein (schwieriger) Übungsfall zur Ersatzaussonderung findet sich bei *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 6. Aufl. 1989, Fall 20 = S. 120. Der Fall kann vom Recht der KO ohne weiteres ins Recht der InsO übertragen werden.

[51] *Prütting* (Fn. 47), § 48 Rn. 21 f.

[52] Der genaue Zeitpunkt ergibt sich aus dem Eröffnungsbeschluss, s. § 27 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 InsO.

[53] *Eickmann*, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, 5. Aufl. 2009, § 81 Rn. 9.

[54] Beispiele: Rechtserwerb aufgrund mehraktiger Erwerbstatbestände oder kraft Gesetzes.

[55] *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork, Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand 12/09, § 91 Rn. 18-21.

[56] BGH Urt. v. 23.3.2006 – IX ZR 116/03, BGHZ 167, 11; weitere Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur bei *Kirchhof*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2008, § 131 Rn. 26 m. Fn. 13.

*5. Einfluss auf Prozesse*

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verliert der Schuldner die Prozessführungsbefugnis an den Insolvenzverwalter. Sämtliche die Insolvenzmasse betreffenden Gerichtsverfahren[57] werden automatisch unterbrochen (§ 240 ZPO). Das hat zur Folge, dass (echte) Fristen nicht weiter laufen, sondern erst nach Beendigung der Unterbrechung neu anlaufen. Während der Unterbrechung vorgenommene Prozesshandlungen sind gegenüber der anderen Partei unwirksam. Die Unterbrechung dauert an, bis der Rechtsstreit aufgenommen wird (§§ 85, 86 InsO).

## VI. Das Insolvenzverwalterwahlrecht

*1. Grundlagen*

Das Insolvenzverwalterwahlrecht des § 103 InsO ist neben der Insolvenzanfechtung und Fragen der Aus- und Absonderung das in Prüfung und Praxis bedeutsamste Thema des Insolvenzverfahrens. Wie praktisch jedes Institut des Insolvenzrechts, so lässt sich auch das Insolvenzverwalterwahlrecht mit dem Prinzip der Gläubigergleichbehandlung erklären: Ist ein gegenseitiger Vertrag[58] zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner noch nicht oder nicht vollständig erfüllt, so ist der andere Teil mit seiner Forderung auf Erfüllung des Vertrags Insolvenzgläubiger; er darf nicht mehr bekommen, als alle anderen Gläubiger auch. Würde der Insolvenzverwalter nun aber die bei Insolvenzeröffnung noch unerfüllte Forderung eines Vertragspartners erfüllen, so würde eben dies geschehen. Um den Anwendungsbereich des § 103 InsO vollständig zu durchdringen, empfiehlt es sich, zumindest gedanklich folgende Unterscheidung hinsichtlich des möglichen Erfüllungsstatus eines Vertrags zu unterscheiden:

*a) Beidseitige vollständige Erfüllung*

So ist zunächst denkbar, dass ein gegenseitiger Vertrag bereits vor Insolvenzeröffnung von beiden Seiten vollständig erfüllt wurde. Diese Konstellation ist aus dem Blickwinkel des Insolvenzverwalterwahlrechts uninteressant. Das Schuldverhältnis ist durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) erloschen, und daran ändert auch die Insolvenzeröffnung zunächst einmal nichts; zu prüfen bleibt lediglich, ob die Erfüllung des Vertrags nach Maßgabe der §§ 129 ff. InsO angefochten werden kann (dazu unter VII. Näheres).

*b) Einseitige vollständige Erfüllung*

Sodann aber ist denkbar, dass ein gegenseitiger Vertrag (nur) von einem der beiden Vertragsteile vollständig erfüllt ist. Auch diese Situation ist unter dem Aspekt des § 103 InsO uninteressant. Hat der Insolvenzschuldner seine vertraglich geschuldete Leistung vor Eröffnung des Verfahrens vollständig erbracht, muss der Gläubiger die von ihm noch geschuldete Gegenleistung nach Maßgabe der vertraglichen Abreden (Fälligkeit!) an die Insolvenzmasse erbringen. Hat der Gläubiger seine Leistung bereits vor Insolvenzeröffnung vollständig erbracht, hat er Pech. Er hat auf den Schutz des § 320 BGB verzichtet und eine Vorleistung erbracht; die aber ist in der Insolvenz insofern verloren, als der Gläubiger seinen eigenen Anspruch gegen den Schuldner nur als einfache Insolvenzforderung zur Tabelle anmelden kann (§§ 38, 174 ff. InsO). Im Unterschied zu den oben im Zusammenhang mit dem starken vorläufigen Verwalter erwähnten Masseverbindlichkeiten wird eine einfache Insolvenzforderung nur quotal bedient, statistisch mit 0-7% des Nominalwerts.

*c) Beidseitige nicht vollständige Erfüllung*

Sind zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vertragliche Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen von beiden Parteien nicht oder nicht vollständig erfüllt, tritt § 103 InsO auf den Plan. Zunächst einmal verlieren die gegenseitigen Ansprüche mit Wirksamwerden des Eröffnungsbeschlusses ihre Durchsetzbarkeit.[59]

Der Insolvenzverwalter hat sodann das Wahlrecht, ob er Erfüllung verlangen oder ablehnen will (§ 103 Abs. 1 InsO). Verlangt der Insolvenzverwalter Erfüllung, so hat der Gläubiger seine noch ausstehende Gegenleistung an die Masse zu leisten. Sein Anspruch auf die Gegenleistung wird dann zur Masseverbindlichkeit, ist also in voller Höhe zu befriedigen (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO). Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung nach § 103 Abs. 2 InsO ab, steht dem Gläubiger nach den Vorschriften des BGB ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung zu. Er umfasst alle aus der Nichterfüllung resultierenden Vermögensnachteile wie Aufwendungen für Deckungsgeschäfte, Gewährleistungsansprüche, Folgeschäden etc.[60] und kann konkret oder abstrakt dargelegt werden. Freilich kann er nur als einfache Insolvenzforderung zur Tabelle angemeldet werden (§§ 38, 174 ff. InsO), was seinen Wert erheblich mindert. Eine Aufrechnung des Schadensersatzanspruchs gegen Forderungen des Schuldners ist nur unter den Voraussetzungen des § 95 InsO zulässig.

Die Wahl des Insolvenzverwalters soll sich daran orientieren, welche Entscheidung wirtschaftlich günstiger für die Masse ist. Anderweitige Beschränkungen des Wahlrechts existieren nicht, insbesondere ist der Insolvenzverwalter bei der Ausübung nicht durch § 242 BGB gebunden. Der Vertragspartner kann den Insolvenzverwalter zwingen, sein Wahlrecht auszuüben, indem er ihn dazu auffordert (§ 103 Abs. 2 S. 2 InsO). Äußert sich der Insolvenzverwalter fristgemäß, ist seine Wahl bindend. Tut er dies nicht oder äußert er sich gar nicht, gilt dies als Ablehnung (§ 103 Abs. 2 S. 3 InsO).

[57] Klage-, Mahn-, Kostenfestsetzungs-, Beschwerdeverfahren sowie Verfahren zum Erlass eines Arrestes/einer einstweiligen Verfügung.

[58] Zum Begriff: *Marotzke*, in: Heidelberger Kommentar zur InsO, 5. Aufl. 2009, § 103 Rn. 5.

[59] Der Eröffnungsbeschluss führt hingegen nicht, wie früher teilweise vertreten, zu einem Erlöschen der Ansprüche, s. BGH ZIP 2002, 1093 (Aufgabe der Erlöschenstheorie).

[60] Es ist umstritten, ob der Anspruch auch den Ersatz entgangenen Gewinns umfasst, s. *Uhlenbruck*, in: ders., Kommentar zur Insolvenzordnung, 12. Aufl. 2003, § 103 Rn. 88.

*6. Sonderregelungen für einzelne Vertragstypen*

Hauptanwendungsfälle des § 103 InsO sind Kauf, Tausch, Handelskauf, Bauverträge sowie sonstige Werkverträge, Lagergeschäft, verzinsliche Darlehen, Sicherungsverträge und Frachtverträge. Für andere Vertragstypen enthalten die §§ 104 ff. InsO Sonderregeln. Von den wichtigsten dieser Sonderregeln soll nun kurz die Rede sein.

*a) Teilbare Leistungen*

Unter den Begriff der teilbaren Leistung des § 105 InsO fallen Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, Werkverträge, aber auch Miete, Pacht und vergleichbare Rechtsverhältnisse. Hat ein Vertragspartner bei Insolvenzeröffnung bereits teilweise vorgeleistet, wird er mit seinem Gegenleistungsanspruch Insolvenzgläubiger. Dies gilt auch, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung der noch ausstehenden Leistung verlangt. Hinsichtlich des aufgrund des Erfüllungsverlangens zu leistenden Teiles wird der Vertragspartner aber dann Massegläubiger gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Die Rückgewähr seiner Vorleistung kann der Gläubiger nicht verlangen (§ 105 S. 2 InsO).

*b) Arbeits-/Dienstverhältnisse*

Arbeits- und Dienstverhältnisse bestehen grundsätzlich fort, (§ 108 Abs. 1 InsO). Lohn- und Gehaltsansprüche für die Zeit vor Verfahrenseröffnung haben nur den Rang einer Insolvenzforderung (§ 108 Abs. 2 InsO). Beschäftigt der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Verfahrens weiter, sind diese Ansprüche Masseverbindlichkeiten gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. InsO Ist der Insolvenzschuldner Arbeitgeber, haben Insolvenzverwalter und Arbeitnehmer gem. § 113 Abs. 1 S. 1 InsO ein Sonderkündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende (§ 113 Abs. 1 S. 2 InsO). Spricht der Insolvenzverwalter eine Kündigung aus, kann der Arbeitnehmer wegen der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses Schadensersatz als Insolvenzgläubiger verlangen.

*c) Miete, Pacht, Leasing*

Die §§ 108-112 InsO enthalten Sonderregelungen für Miet- und Pachtverhältnisse. Sie gelten ebenso für Leasingverträge (Operating und Finanzierungsleasing), die als eine Sonderform des Mietvertrages anzusehen sind[61].

*d) Auftrag, Geschäftsbesorgung, Vollmacht*

Aufträge und Geschäftsbesorgungsverträge[62] erlöschen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wenn der Insolvenzschuldner Auftraggeber bzw. Geschäftsherr ist und die Verträge Bezug zu dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen haben (§§ 115, 116 InsO). Der Vergütungsanspruch des anderen Teiles ist Insolvenzforderung. Der Beauftragte/Geschäftsbesorger hat das aus der Geschäftsführung Erlangte herauszugeben, Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen (§§ 675, 667, 666 BGB). Die Insolvenz des Beauftragten/Geschäftsbesorgers hat keine Auswirkungen auf den Vertrag, kann aber nach materiell-rechtlichen Vorschriften widerrufen (§ 671 Abs. 1 BGB) bzw. gekündigt (§§ 675, 649, 626 BGB) werden. Ergänzend zu §§ 115, 116 InsO regelt § 117 InsO, dass mit Verfahrenseröffnung auch vom Insolvenzschuldner erteilte Vollmachten erlöschen.

*e) Vormerkung*

Die Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers nach § 107 InsO wurde oben im Zusammenhang mit § 91 InsO bereits erwähnt. Hier ist nun nachzutragen, dass eine Vorschrift vergleichbarer Wirkung auch für den durch Vormerkung gesicherten Gläubiger existiert. Nach § 106 InsO kann der Vormerkungsberechtigte vom Insolvenzverwalter Erfüllung verlangen und zwar so, wie er sie auch außerhalb des Insolvenzverfahrens vom Schuldner hätte verlangen können. Der Insolvenzverwalter hat alle zum Eintritt der geschuldeten Rechtsänderung erforderlichen Handlungen vorzunehmen, beispielsweise eine Eintragung zu bewilligen. § 106 InsO setzt voraus, dass die Vormerkung vor Verfahrenseröffnung eingetragen ist. Ausreichend ist auch, wenn eine bindende Bewilligung des Schuldners vorlag und die Eintragung vom Berechtigten beantragt wurde, § 91 Abs. 2 InsO, §§ 873 Abs. 2, 878 BGB[63]. Aufgrund der akzessorischen Natur der Vormerkung muss auch der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch bestehen.

*(Beitrag wird fortgesetzt)*

[61] *Putzo*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2009, Einf. v. § 535 Rn. 37 ff. m.w.N.

[62] Beispiele bei *Tintelnot*, in: Kübler/Prütting/Bork (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand 12/09, §§ 115, 116 Rn. 15 ff.

[63] BGHZ 138, 179 (187).

# Entwicklung und Struktur der Europäischen Union – eine graphische Erläuterung

Von Prof. Dr. **Matthias Rossi**, Augsburg*

## I. Einleitung

Zum 1.12.2009 ist der Vertrag von Lissabon in Kraft getreten. Nach dem im Jahre 2005 gescheiterten Versuch, die grundsätzlichen Organisationsbestimmungen und grundlegenden materiellen primärrechtlichen Vorgaben für die Europäische Union und die Europäischen Gemeinschaften in einem Vertrag über eine Verfassung für Europa zu konsolidieren, stellt die durch den Vertrag von Lissabon gefundene Architektur den vorläufigen Schlusspunkt einer Entwicklung dar, die ihren Ausgang unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg genommen hat. Sie mag in Einzelbestimmungen und muss in ihrer Gesamtstruktur schon aus verfassungsästhetischen, darüber hinaus aber vor allem aus systematischen Gründen kritisiert werden. Jenseits dieser eher theoretischen Anforderungen an eine Ordnung, die nur formal als Vertrag, funktional aber als Verfassung zu verstehen ist, scheint die mit dem Vertrag von Lissabon gefundene Lösung doch schon geeignet, dem politischen Agieren der verschiedenen Organe einen ebenso rechtlich bestimmten wie flexiblen und zukunftsoffenen Handlungsraum zu definieren.

Für das Verständnis dieses primärrechtlichen Rahmens der Europäischen Union ist die Kenntnis ihrer Entwicklung aus mehreren Gründen unverzichtbar. Erstens, weil viele der Bestimmungen inhaltsgleich geblieben sind und sich das Neue der Vertragsrevision – einmal mehr – nur auf ihre Nummerierung bezieht. Insofern gebietet schon die historische Auslegung eine Kenntnis der ursprünglich intendierten Gehalte der kompetenziellen wie materiellen Bestimmungen. Zweitens, weil der Vertrag von Lissabon das sekundäre, das von den Organen der Europäischen Gemeinschaften erlassene Recht unberührt lässt und dieser Bestand am seit der Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl im Jahre 1952 gesetzten Recht, der sog. acquis communautaire, unbeschadet der Modifizierungen durch den Vertrag von Lissabon fortgilt. Drittens und keinesfalls schließlich, weil bestimmte Regelungen innerhalb des nunmehr als Unionsrecht zu bezeichnenden Rechts nur vor dem Hintergrund von vergangenen Konflikten zu verstehen sind. Dies gilt in erster Linie für die Abgrenzung der Verbandskompetenzen der Mitgliedstaaten auf der einen und der Europäischen Union bzw. der Gemeinschaften auf der anderen Seite, darüber hinaus aber auch für die Austarierung der Organkompetenzen des Europäischen Parlaments, des Rats der Europäischen Union sowie der Europäischen Kommission und nicht zuletzt auch für das weite Verständnis der Grundfreiheiten.

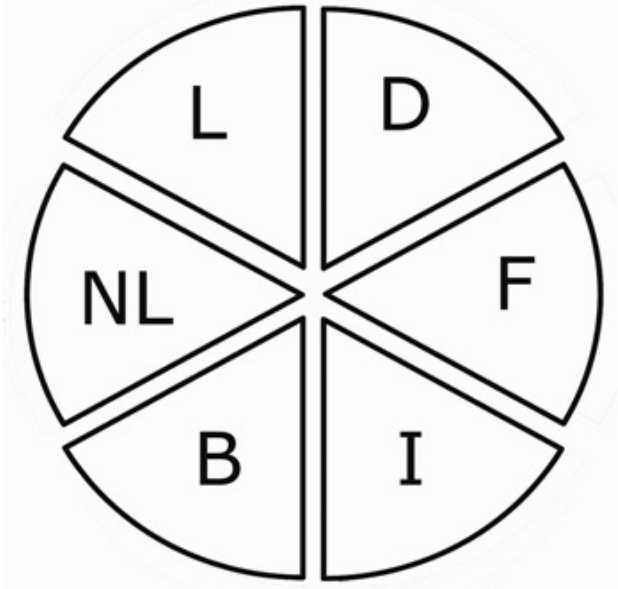
Vor diesem Hintergrund will dieser Beitrag insbesondere den Studienanfängern in aller Kürze einen Überblick über die Entwicklung der Europäischen Union vermitteln, einen Überblick, der der Verständlichkeit wegen graphisch unterlegt ist. Die dafür gewählte Erläuterung der Entwicklung der Europäischen Union anhand eines Kreismodells hat sich seit mehr als sechs Jahren in Vorlesungen bewährt – seine Vorzüge gegenüber dem überkommenen Säulenmodell werden im Rahmen der Schilderung des Vertrags von Maastricht dargestellt. Wie in den Vorlesungen, so sei auch hier zu Beginn darauf hingewiesen, dass dieses Modell allein der Veranschaulichung dient. Es impliziert keine staats- oder verfassungstheoretischen Aussagen zu der Frage, ob die Europäische Union ein Staaten- oder Verfassungsverbund ist, ob ein Mehrebenensystem, ein Bundesstaat, ja überhaupt ein Staat oder nicht nach wie vor ein Gebilde sui generis. Gleichwohl mag es geeignet sein, diesen Diskussionen neue Impulse zu vermitteln.

## II. Chronologische Entwicklung der Europäischen Union

Die folgende Darstellung der Genese der Europäischen Union beschränkt sich auf die Entwicklung der wesentlichen primärrechtlichen, von den Mitgliedsstaaten im Vertragswege erlassenen Grundlagen. Zur Ideengeschichte, zu den politischen und wirtschaftlichen Entwicklungsvoraussetzungen sowie zu den sozialen Konsequenzen sei auf einschlägige Monographien, Aufsätze und Abschnitte in Lehrbüchern verwiesen.

### *1. Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl*

Den Grundstein für die heutige EU legte die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, der sog. Montanunion. Die sechs Gründungsmitgliedstaaten Deutschland, Frankreich, Italien, Belgien, Niederlande und Luxemburg einigten sich im Jahre 1951 im Pariser Vertrag darauf,[1] ihre Hoheitsrechte in Bezug auf Kohle und Stahl nicht mehr einzeln und unabhängig voneinander wahrzunehmen, sondern sie einer eigenständigen Organisation zu übertragen.

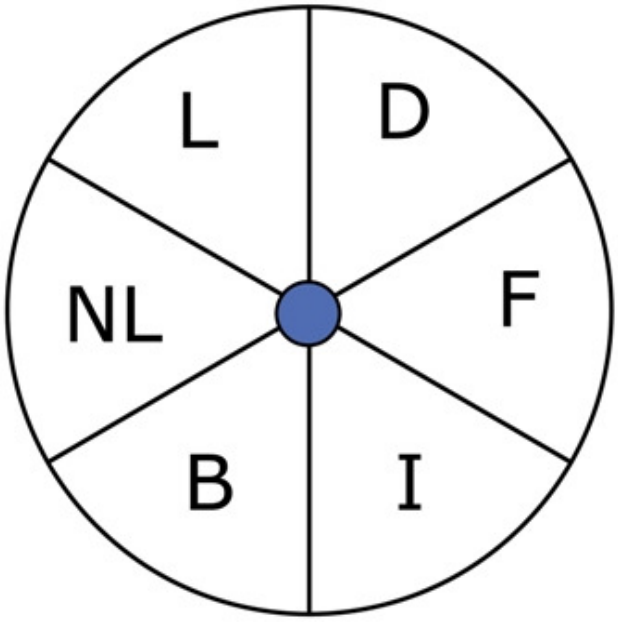



Graphik 1

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg. Für die engagierte Erstellung der digitalen Graphiken sei Herrn stud. iur. *Michael Graw* vielmals gedankt.

[1] Der Pariser Vertrag wurde am 18.4.1951 unterzeichnet und trat am 23.7.1952 in Kraft.

Diese Übertragung von Hoheitsrechten auf eine neu gegründete zwischenstaatliche Gemeinschaft macht den Kern des Modells der späteren Europäischen Union aus. Blau hervorgehoben ist in der Graphik 2 deshalb der Bereich, in dem die sechs Gründungsmitgliedstaaten auf die autonome Wahrnehmung eines sehr beschränkten Bereichs ihrer Hoheitsrechte verzichten und sie statt dessen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl zur Ausübung mit verbindlicher Wirkung für alle Mitgliedstaaten überantworten. Die Besonderheit gegenüber überkommenen Formen der Zusammenarbeit von Staaten lag dabei im supranationalen Charakter der Gemeinschaft: Ein von den Mitgliedstaaten unabhängiges Organ – die Hohe Behörde – konnte Recht mit verbindlicher Wirkung für die Mitgliedstaaten setzen. Zwar konnten die Mitgliedstaaten ihre Interessen durch den Ministerrat ebenfalls einbringen und wurden auch die nationalen Parlamente durch eine Versammlung, das spätere Europäische Parlament, repräsentiert. Doch erstens lag die entscheidende Rechtsetzungsbefugnis bei der Hohen Behörde und zweitens wurde für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts ein eigenständiges, ebenfalls von den Mitgliedstaaten unabhängiges Gericht, der EuGH, eingerichtet.




Graphik 2

Die auf den Wirtschaftsbereich der Kohlegewinnung und Stahlproduktion beschränkte Kompetenzübertragung auf die neu geschaffene Gemeinschaft mit ihren vier Organen war von verschiedenen Zielsetzungen getragen. Erstens wurden die Schwerindustrien von Kohle und Stahl als besonders wichtig für den Wiederaufbau erachtet. Etwaige Knappheiten sollten nicht zu erneuten Spannungen zwischen den Mitgliedstaaten führen. Neben diesen Verteilungsaspekt trat zweitens ein Kontrollaspekt, stellten Kohle und Stahl doch die unabdingbaren Voraussetzungen für die Rüstungsindustrie dar. Die Aufgabe eigener Autonomie wurde insofern durch den Gewinn an Kontrolle über die (mögliche) Rüstungspolitik ausgeglichen. Dieses auf Friedenssicherung ausgerichtete Ziel brachten die Mitgliedstaaten in einer präambelüblichen pathetischen Form zum Ausdruck: Sie waren entschlossen, „an die Stelle der jahrhundertealten Rivalitäten einen Zusammenschluss ihrer wesentlichen Interessen zu setzen, durch die Errichtung einer wirtschaftlichen Gemeinschaft den ersten Grundstein für eine weitere und vertiefte Gemeinschaft unter Völkern zu legen, die lange Zeit durch blutige Auseinandersetzungen entzweit waren, und die institutionellen Grundlagen zu schaffen, die einem nunmehr allen gemeinsamen Schicksal die Richtung weisen können."

*2. Römische Verträge*

Insbesondere die Ziele der Friedenssicherung und der – in einem zerstörten Europa nicht minder wichtigen und nur aus heutiger Perspektive des sozialen Wohlfahrtstaats vielleicht etwas materialistisch anmutenden – Wohlstandsförderung führten zu den Versuchen, der Montanunion rasch eine Europäische Verteidigungsgemeinschaft (EVG) und eine Europäische Politische Gemeinschaft folgen zu lassen (EPG). Doch das Französische Parlament lehnte 1954 die Ratifizierung des Vertrags über eine Verteidigungsgemeinschaft ab; die Pläne zu einer weitergehenden Politischen Gemeinschaft wurden nicht weiter verfolgt.

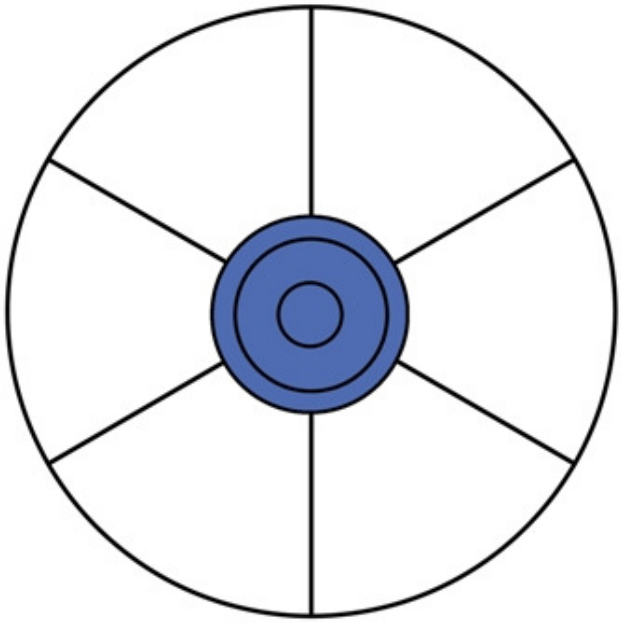
Die Idee einer vertieften Zusammenarbeit zwischen den Staaten Europas blieb jedoch erhalten, und so wurde das Modell der Montanunion sodann auch Grundlage der sog. Römischen Verträge von 1957[2], mit denen dieselben sechs Gründungsstaaten der Montanunion nun zusätzlich die Europäische Atomgemeinschaft, die EAG oder Euratom, sowie die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, kurz EWG, gründeten. Während die Euratom eine Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten unter der Ägide einer Europäischen Kommission auf dem Gebiet der sich neu entwickelnden friedlichen Nutzung der Kernenergie vereinbarte, ging die praktisch sehr viel bedeutsamere EWG über den sektorspezifischen Ansatz der Montanunion und der Euratom hinaus und zielte auf eine gesamtwirtschaftliche Integration der Mitgliedstaaten. Kernregelungen betrafen insofern die Schaffung einer Zollunion mit dem Verbot von Binnenzöllen zwischen den Mitgliedstaaten und der Erhebung eines Gemeinsamen Zolltarifs an den Außengrenzen sowie die Etablierung eines Gemeinsamen Marktes, der seinerseits allerdings nur als Instrument für andere Ziele fungierten sollte, wie Art. 2 EWGV festhielt: „Aufgabe der Gemeinschaft ist es, durch die Errichtung eines gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Staaten zu fördern, die in dieser Gemeinschaft zusammengeschlossen sind."

Zur Erreichung dieser Ziele wurden vier Organe geschaffen. Vergleichbar der Hohen Behörde bei der Montanunion, war die *Kommission* innerhalb der EWG für die Vertretung der spezifischen Interessen der Gemeinschaft gedacht. Im *Rat*

[2] Die Römischen Verträge wurden am 25.3.1957 unterzeichnet und traten am 1.1.1958 in Kraft.

hatten die von den nationalen Regierungen abgesandten jeweiligen Fachminister die Interessen der Mitgliedsstaaten zu vertreten. In der *Versammlung* sollten die Völker der Mitgliedstaaten repräsentiert werden. Der *EuGH* schließlich hatte unabhängig von solchen Interessen über die Auslegung und Wahrung des Rechts der Gemeinschaft, des sog. Gemeinschaftsrechts, zu entscheiden.

Der supranationale Charakter der EWG war bei genauer Betrachtung dabei nicht so weit ausgestaltet wie bei der Montanunion. Denn wenn die Mitgliedstaaten den Organen auch weitreichende Befugnisse einräumten, der Sache nach also Hoheitsbefugnisse auf die EWG übertrugen, legten sie die Hauptrechtsetzungsbefugnis doch nicht auf die Kommission, wie dies bei der Montanunion mit der Hohen Behörde der Fall war, sondern auf den Rat, in dem sie sich über ihre jeweiligen Minister und durch das Einstimmigkeitsprinzip erheblichen Einfluss sicherten. Gleichwohl akzeptierten sie die Verbindlichkeit des dieser Art gesetzten Gemeinschaftsrechts sowie dessen Interpretation durch ein supranationales Rechtsprechungsorgan.

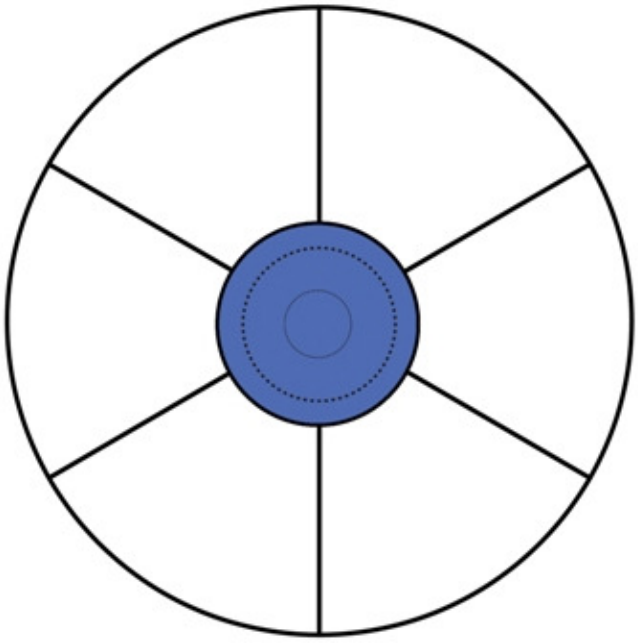


Graphik 3

Im Ergebnis bestanden nun drei rechtlich selbständige Gemeinschaften: die Montanunion, die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft und die Euratom, mit jeweils identischen Mitgliedstaaten. Der innere blaue Kreis in Graphik 3 mag die Montanunion, der mittlere die Euratom und der äußere die EWG darstellen. Weiß verbleiben diejenigen Hoheitsbefugnisse, die den Mitgliedstaaten zur autonomen Entscheidung verbleiben.

*3. Fusionsvertrag*

Angesichts dreier rechtlich selbständiger Gemeinschaften mit denselben Mitgliedstaaten und weitgehend identischen Zielsetzungen war es naheliegend, die Organe dieser drei Gemeinschaften zusammenzuführen. Bereits mit den Römischen Verträgen wurde ein Abkommen unterzeichnet, das zur gemeinsamen Nutzung der Versammlung, des EuGH und des Wirtschafts- und Sozialausschusses durch alle drei Gemeinschaften führte. Mit dem Fusionsvertrag wurden nun auch noch die Exekutivorgane zusammengeführt – die Kommission und der Ministerrat.



Graphik 4

Die gemeinsame Nutzung derselben Organe durch alle drei Gemeinschaften ist in Graphik 4 durch die Strichelung der Linien symbolisiert, die die einzelnen und nach wie vor rechtlich eigenständigen Gemeinschaften trennen. Trotz der juristischen Eigenständigkeit jeder einzelnen Gemeinschaft wurde im allgemeinen Sprachgebrauch seit dem Fusionsvertrag von allen drei Europäischen Gemeinschaften als der Europäischen Gemeinschaft gesprochen.

*4. Erste Norderweiterung*

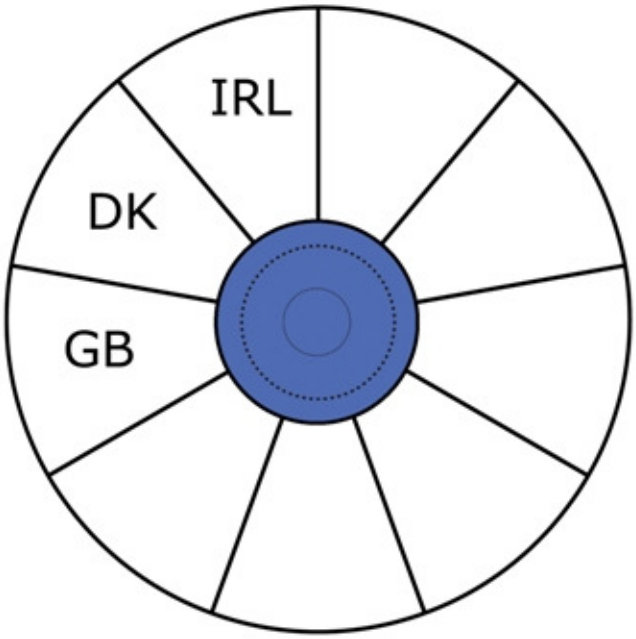
Im Jahre 1973 kam es zur Erweiterung der Europäischen Gemeinschaften, zur sogenannten 1. Norderweiterung[3]. Großbritannien, Irland und Dänemark beantragten die Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften und wurden unter der Verpflichtung aufgenommen, den gesamten acquis communautaire zu übernehmen und damit vor allem auch die zwischenzeitlich durch den EuGH statuierte Eigenständigkeit der gemeinschaftlichen Rechtsordnung[4] mitsamt ihrem Anwendungsvorrang gegenüber nationalem einfachen Recht[5]

[3] Der Vertrag über den Beitritt Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs (1. Norderweiterung) wurde am 22.1.1972 unterzeichnet und trat am 1.1.1973 in Kraft, ABl. L 73 v. 27.3.1972.

[4] EuGH, Rs. 26/62, Van Gend en Loos, Slg. 1963, 1 (24 f.).

[5] EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (1269) – Costa/ENEL.

und nationalem Verfassungsrecht[6] zu akzeptieren. In Norwegen, das ebenfalls die Mitgliedschaft in den Gemeinschaften beantragte, entschied sich die Bevölkerung in einem Volksentscheid – nicht zuletzt wohl auch unter dem Eindruck der durch den Jom-Kippur-Krieg zwischen Israel, Ägypten und Syrien verursachten Ölkrise und eingedenk der landeseigenen Energiequellen – gegen einen Beitritt. So vergrößerte sich die Zahl der Mitgliedstaaten insgesamt auf neun.



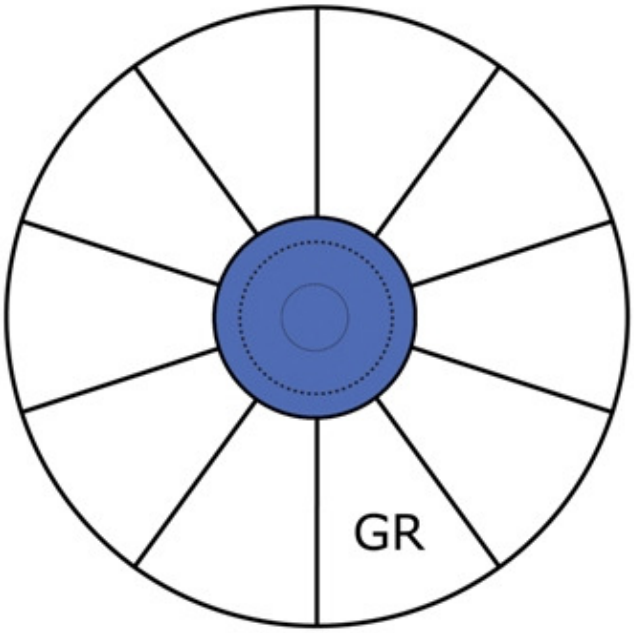

Graphik 5

*5. Süderweiterungen*

Diese neun Mitgliedstaaten führten in den 1970er Jahren wichtige Änderungen der primärrechtlichen Grundlagen herbei, die in diesen auf die Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und den Europäischen Gemeinschaften beschränkten Graphiken nicht darstellbar sind.

Erwähnt seien jedoch zum einen der zwar bereits 1970 getroffene, jedoch erst 1975 in Kraft getretene Eigenmittelbeschluss. Er überführte die primär aus Beiträgen der Mitgliedstaaten und somit mittelbare Finanzierung der Europäischen Gemeinschaften in eine unmittelbare Finanzierung aus vier „eigenen" Quellen: den Abschöpfungen aus dem Agrarhandel, den Zöllen, einer Beteiligung am Mehrwehrsteueraufkommen der Mitgliedstaaten sowie Zahlungen der Mitgliedstaaten, deren Höhe sich nach ihrem jeweiligen Bruttonationaleinkommen errechnet.[7]

Öffentlich wahrnehmbarer war sodann die Einführung der Direktwahl der Mitglieder des Europäischen Parlaments. Während es ursprünglich aus Delegierten bestand, die von den nationalen Parlamenten der Mitgliedstaaten entsandt wurden und die insofern zugleich Abgeordnete des Europäischen wie des jeweiligen nationalen Parlaments waren, werden die Mitglieder auf der Grundlage des sog. Direktwahlakts von 1976 seit 1979 alle fünf Jahre unmittelbar von den Völkern der Mitgliedstaaten gewählt. Für den Grad der demokratischen Legitimation der von den Europäischen Gemeinschaften erlassenen Rechtsakte entfaltete diese Direktwahl ihre volle Bedeutung freilich erst mit einer entsprechenden Stärkung der Befugnisse des Europäischen Parlaments: Noch 1979 war seine Rolle im Verfahren der sekundären Rechtsetzung auf eine Anhörung und die Möglichkeit, eine – inhaltlich unverbindliche – Stellungnahme abzugeben, beschränkt.[8] Zu diesen gegenüber den Ursprungsverträgen bereits modifizierten Europäischen Gemeinschaften traten in den 1980er Jahren in zwei Schritten weitere Staaten bei. Zunächst wurde Griechenland in einer ersten Süderweiterung Mitglied der Europäischen Gemeinschaften.[9]




Graphik 6

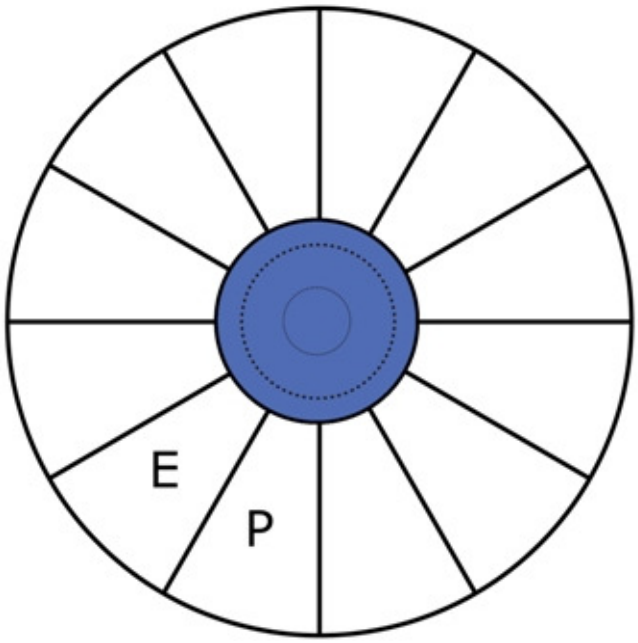
[6] EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 Rn. 3 – Internationale Handelsgesellschaft.

[7] Vgl. *Rossi,* in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), EVV, Art. I-54 Rn. 5 ff. m.w.N.

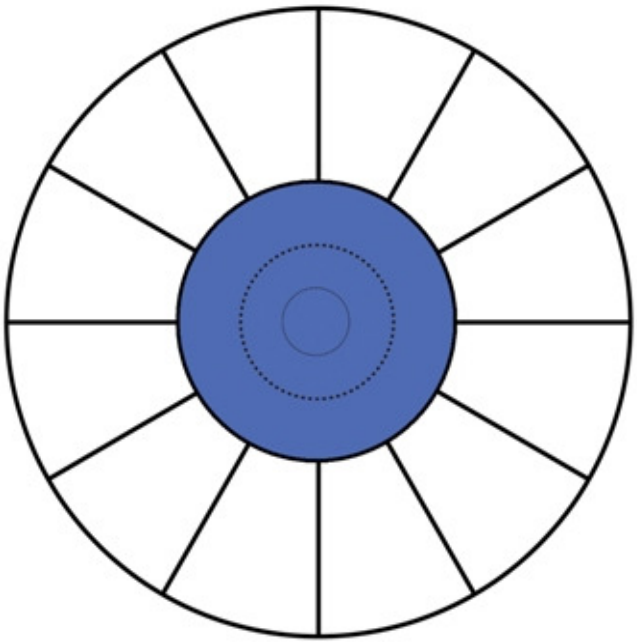
[8] Dies hat den Europäischen Gemeinschaften und – trotz vielfacher Erweiterung der Befugnisse des Europäischen Parlaments – auch der EU den Vorwurf des Demokratiedefizits eingebracht. Dieser Vorwurf ist im Ergebnis aber nur haltbar, wenn man die Maßstäbe an die demokratische Legitimation europarechtlichen Handelns anlegt, mit denen die Rechtsetzung und Rechtsanwendung in den Nationalstaaten gemessen wird. Vergegenwärtigt man sich dagegen, dass weder die Europäischen Gemeinschaften noch später die Europäische Union ein Staat sind oder sein sollen, versteht man sie vielmehr als ein Zwitter aus einem Zusammenschluss von Staaten und von den Völkern dieser Staaten, erscheint die Kombination aus einer über das Europäische Parlament vermittelten unmittelbaren demokratischen Legitimation und einer über den Rat bewirkten mittelbaren demokratischen Legitimation durchaus adäquat.

[9] Der Vertrag über den Beitritt Griechenlands wurde am 28.5.1979 unterzeichnet und trat am 1.1.1981 in Kraft, ABl. L 291 v. 19.11.1979.

1986 folgten in einer zweiten Süderweiterung dann Spanien und Portugal.[10]




Graphik 7



Graphik 8

Die Aufnahme dieser drei südeuropäischen Staaten erfolgte weniger aus wirtschaftlichen als primär aus politischen Gründen. In Portugal beendete erst die Nelkenrevolution von 1974 ein dikatorisches Regime, in Griechenland herrschte bis zur gleichen Zeit eine Militärdiktatur, in Spanien bis zu seinem Tod 1975 Franco. Obwohl diese Staaten weder wirtschaftlich noch organisatorisch in der Lage waren, die Einhaltung des acquis communautaire zu garantieren, wurden sie in die Europäischen Gemeinschaften aufgenommen, um die politischen Systeme zu stabilisieren und sie an die der anderen Mitgliedstaaten heranzuführen.

*6. Einheitliche Europäische Akte*

Entscheidende Impulse für dieses Europa der zwölf Mitgliedstaaten gingen sodann von der sog. Einheitlichen Europäischen Akte aus,[11] die trotz dieser Bezeichnung wie die anderen primärrechtlichen Übereinkommen als völkerrechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist und in Deutschland deshalb erneut der Ratifizierung nach Art. 59 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 24 Abs. 1 GG bedurfte. Nicht alle der durch die Einheitliche Europäische Akte bewirkten Veränderungen sind in dem hier verwendeten Kreismodell graphisch darstellbar. Hervorgehoben sei vor allem aber die weitere Kompetenzübertragung von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, die in Graphik 8 durch eine Ausdehnung des äußeren, die Befugnisse der EWG symbolisierenden blauen Rings angedeutet sein soll.

Namentlich auf dem Gebiet des Umweltrechts wurden der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nun ausdrücklich Rechtsetzungs- und Vollzugsbefugnisse der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft eingeräumt, die sich deren Organe freilich bereits seit den 1970er Jahren auf der Grundlage zweier recht allgemein gehaltener Kompetenztitel zugesprochen haben. Durch einen extensiven Gebrauch insbesondere zweier recht allgemein gehaltener Kompetenztitel – der Harmonisierungskompetenz zur Erreichung eines Gemeinsamen Marktes des Art. 100 EWGV und der subsidiären Rechtsetzungsbefugnis nach Art. 235 EWGV.

Neben diesen weiteren Kompetenzübertragungen von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft führte die Einheitliche Europäische Akte bedeutende Neuerungen ein:

In institutioneller Hinsicht stärkte sie die Befugnisse des Europäischen Parlaments, indem als zusätzliches Rechtsetzungsverfahren neben dem Anhörungsverfahren ein sog. Verfahren der Zusammenarbeit geschaffen wurde. In ausgewählten Politikbereichen verfügt das Europäische Parlament nunmehr über die Möglichkeit, das Abstimmungsverfahren im Rat zu verändern – gegen den Willen des Parlaments kann der Rat nicht mehr mehrheitlich, sondern nur einstimmig entscheiden. Gestärkt wurde auch die Kommission, die weitere Delegationsbefugnisse erhielt. Zudem wurde zur Entlastung des EuGH ein Gericht erster Instanz geschaffen, das Europäische Gericht (EuG). Und schließlich wurde die bereits zuvor praktizierte EPZ, die Europäische (Außen-) Politische Zusammenarbeit, auf eine völkervertragliche Grundlage gestellt.

Parallel zu diesen institutionellen Veränderungen wurde als wichtiges politisches Ziel das Binnenmarkt-Konzept im EWGV festgeschrieben. Bis Ende 1992 sollte – u.a. durch die

[10] Der Vertrag über den Beitritt Spaniens und Portugals wurde am 12.6.1985 unterzeichnet und trat am 1.1.1986 in Kraft, ABl. L 302 v. 15.11.1985.

[11] Die Einheitliche Europäische Akte wurde am 28.2.1986 unterzeichnet und trat am 01.07.1987 in Kraft, ABl. L 169 v. 29.06.1987.

neu geschaffene Harmonisierungskompetenz des Art. 100a EWGV – ein Raum geschaffen werden, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den vertraglichen Vorschriften gewährleistet ist.

*7. Vertrag von Maastricht*

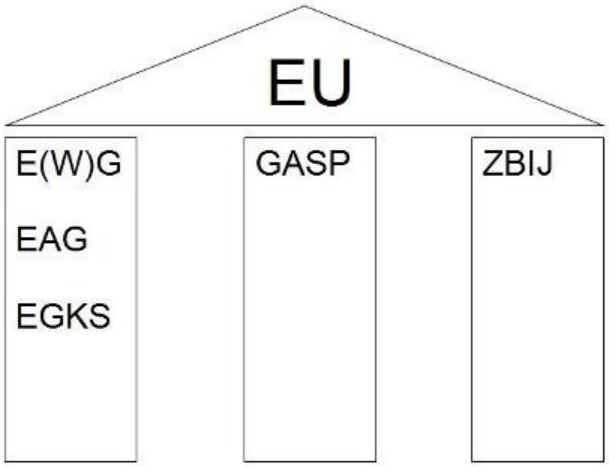
Die wohl intensivste, weil auch die Struktur betreffende Änderung der bestehenden Verträge erfolgte durch den 1992 in Maastricht geschlossenen und 1993 in Kraft getretenen Vertrag über die Europäische Union, den EUV.[12] In Deutschland konnte er erst nach einer vorherigen Verfassungsänderung in Kraft treten, durch die u.a.[13] an die Stelle des aus außenpolitischen Gründen gestrichenen Art. 23 GG der neue „Europaartikel" gesetzt wurde.[14] Die durch den neuen Gehalt des Art. 23 GG ermöglichte Übertragung von Hoheitsrechten „zur Verwirklichung eines vereinten Europas" war ihrerseits Gegenstand einer Entscheidung des BVerfG, der sog. Maastricht-Entscheidung,[15] die im Ergebnis die Ratifizierung des Maastricht-Vertrags und damit den Beitritt Deutschlands zur Europäischen Union billigte.

Nicht alle der Neuerungen, die durch den Maastricht-Vertrag eingeführt wurden, sollen und können hier dargestellt werden. Die Schaffung der Grundlage für eine Wirtschafts- und Währungsunion und damit zur Einführung des Euro etwa soll nur erwähnt werden. Gleiches gilt für die Etablierung eines weiteren Rechtsetzungsverfahrens, dem sog. Mitentscheidungsverfahren, in dem dem Europäischen Parlament für bestimmte Politikbereiche ein Veto-Recht eingeräumt wird, das freilich nach Möglichkeit nicht destruktiv ausgeübt, sondern konstruktiv als politisches Druckmittel gegenüber dem Rat eingesetzt werden soll. In jedem Fall wurden die Rechte des Europäischen Parlaments und mit ihm die demokratische Legitimation des sekundären Rechts weiter gestärkt. Hervorgehoben sei schließlich die Einführung einer Unionsbürgerschaft, die zwar akzessorisch an die Staatsangehörigkeit zu einer der Mitgliedstaaten ausgestaltet ist, die den Bürgern aber über die Wahrnehmung der eher wirtschaftsbezogenen Grundfreiheiten hinaus bestimmte Rechte innerhalb der Europäischen Union garantiert, darunter ausdrücklich das Wahlrecht bei Kommunalwahlen auch in anderen Mitgliedstaaten[16] sowie nach der (späteren) Rechtsprechung des EuGH das Recht, nicht (ohne sachlichen Grund) aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminiert zu werden.

Von größerem Interesse für das Anliegen dieser Einführung sind die strukturellen Veränderungen, die durch den Maastricht-Vertrag bewirkt wurden. In seinem ersten Artikel nämlich schuf der Vertrag eine Europäische Union und zielte damit auf „eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas". Wie sich diese EU zu den überkommenen drei Gemeinschaften verhielt, war normativ in Art. 1 Abs. 3 EUV verankert. Danach sind „Grundlage der Union die Europäischen Gemeinschaften, ergänzt durch die in diesem Vertrag eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit".

Der normative Gehalt des Art. 1 Abs. 3 EUV wurde üblicherweise – auch in anderen Mitgliedstaaten – mit dem Dach- oder Säulenmodell dargestellt. Dieses Modell sollte zum Ausdruck bringen, dass die Europäische Union als Dach auf drei Säulen beruhe. Die erste Säule seien die drei bestehenden Europäischen Gemeinschaften, von denen die wichtigste, die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, zugleich in Europäische Gemeinschaft umbenannt wurde. Dadurch sollte der Wandel von einer eher wirtschaftsbezogenen auf eine auch bürgerbezogene Gemeinschaft zum Ausdruck gebracht werden. Im juristischen Sprachgebrauch musste fortan noch mehr darauf geachtet werden, diese Europäische Gemeinschaft nicht mit der Summe aller drei Gemeinschaften zu verwechseln, die seit dem Fusionsvertrag umgangssprachlich ebenfalls mit der Europäischen Gemeinschaft bezeichnet wurden.

Die zweite und dritte Säule stellten die neuen Politikbereiche dar, in denen der EUV eine Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten institutionalisierte. Sie betrafen die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, die GASP, sowie die Zusammenarbeit in den Bereich Justiz und Inneres, ZBJI.




Graphik 10

Dieses Säulenmodell hat allerdings mehrere entscheidende Nachteile:

[12] Der Vertrag über die Europäische Union (Vertrag von Maastricht) wurde am 7.2.1992 unterzeichnet und trat am 1.11.1993 in Kraft, ABl. C 191 v. 29.7.1992.

[13] Das 38. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21.12.1992 fügte die Art. 23, 24 Abs. 1a, 28 Abs. 1 S. 3, 45, 52 Abs. 3a und Art. 88 S. 2 ein und änderte die Art. 50 und Art. 115e Abs. 2 GG.

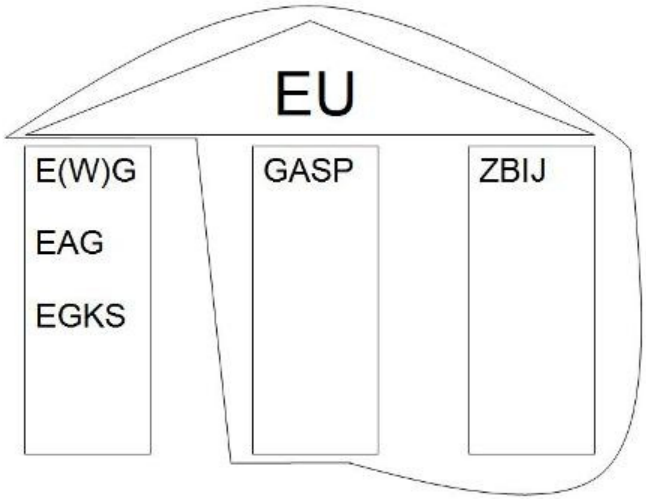
[14] In der alten Formulierung trat das Grundgesetz auch „in anderen Teilen Deutschlands" nach deren Beitritt in Kraft – eine Klausel, die nach dem Beitritt des Saarlands 1957 und nach der erfolgten Wiedervereinigung 1990 insbesondere in Polen und Tschechien zu Recht als missverständlich und überflüssig erachtet wurde.

[15] BVerfGE 89, 155.

[16] Hierfür musste das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 1 GG geändert werden, nachdem das BVerfG nur zwei Jahre zuvor entschieden hatte, dass ein Ausländerwahlrecht – und sei es nur für Kommunalwahlen – insofern gegen das Grundgesetz verstoße, als das Volk i.S.d. Art. 20 und 28 GG nur das deutsche Volk umfasse; BVerfGE 88, 43.

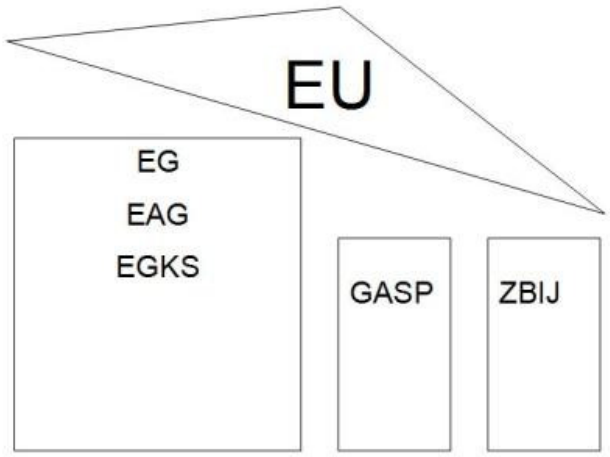
Zunächst knüpft das Säulenmodell mit der Europäischen Union erst an den 1993 in Kraft getretenen Maastricht-Vertrag an und gibt keinen Aufschluss über die vorherige Entwicklung der Europäischen Integration.

Sodann erweckt das Säulenmodell den Eindruck, bei der EU handele es sich nur um das Dach auf den drei Säulen. Es verstellt insofern den Blick für die eigentliche und wesentliche Trennung zwischen den supranationalen Rechtsgemeinschaften der 1. Säule und der intergouvernementalen politischen Union des Dachs einschließlich der 2. und 3. Säule. Denn nicht nur die vertraglichen Bestimmungen über das Grundkonzept der EU, das Dach, waren im EUV normiert, sondern eben und gerade auch die Bestimmungen über die GASP (Titel V EUV) und der PJZS (Titel VI). Graphik 11 bringt diese Zusammengehörigkeit zum Ausdruck.




Graphik 11

Darüber hinaus suggeriert das Säulenmodell zweitens, die drei Säulen seien gleichgewichtig und würden das Dach in gleichem Maße stützen. Dabei wurde die Hauptlast doch sowohl bei rechtlicher wie bei faktischer Betrachtung von der 1. Säule getragen, die deshalb eigentlich als dicker solider Pfeiler in der Mitte angeordnet sein müsste, damit das Dach nicht nach rechts absackt, wie es Graphik 12 andeutet. Die besondere Stärke des ersten Pfeilers ergab sich nicht nur daraus, dass in den Gemeinschaftsverträgen und namentlich im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft die grundlegenden Organisationsbestimmungen über die Organe festgeschrieben waren, die auf die Europäische Union über die Fiktion eines einheitlichen institutionellen Rahmens erstreckt wurden. Auch bei materieller Betrachtung kam der Europäischen Gemeinschaft die wichtigste Rolle zu. Sie garantierte die Grundfreiheiten, normierte die wesentlichen Grundsätze der Wettbewerbsordnung und enthielt die meisten und wichtigsten Rechtsetzungskompetenzen. Kompetenzverschiebungen von der dritten Säule in die erste Säule, wie sie später durch Vertrag von Amsterdam bewirkt wurden, verschärften dieses Problem – die dritte Säule wurde schmaler, die erste breiter.



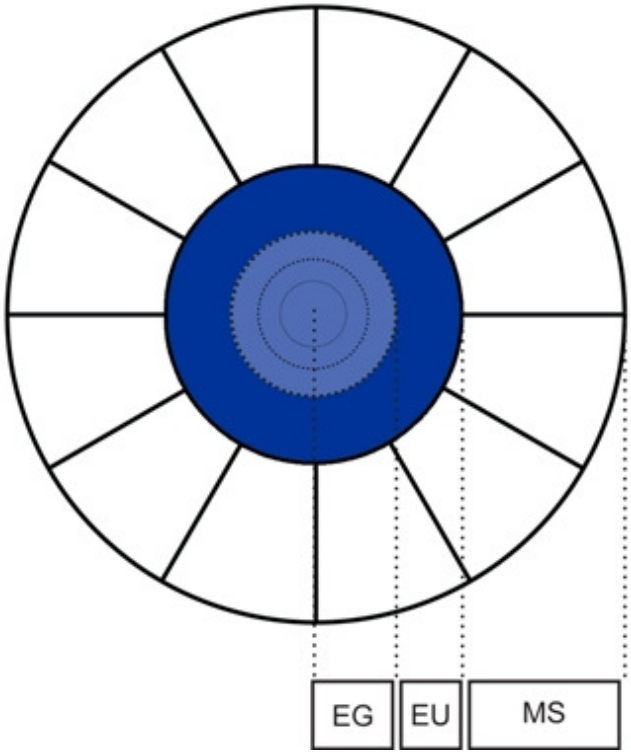

Graphik 12

Vor allem aber bleiben die Mitgliedstaaten in dem Säulenmodell außen vor – ihre Rolle in der Europäischen Union wird durch die Graphik nicht erläutert. Dadurch wird zugleich der Blick für die wesentlichen Unterschiede zwischen der Europäischen Union und den Europäischen Gemeinschaften verstellt. Vereinfacht gesprochen bestehen diese Unterschiede vor allem darin, dass die Europäischen Gemeinschaften als supranationale Rechtsgemeinschaften ausgestaltet sind, während es sich bei der EU und ihren neuen Politikfelder um eine Form internationaler (genauer: intergouvernementaler) politischer Zusammenarbeit handelt.

Im Kreismodell lassen sich diese Unterschiede veranschaulichen. Versteht man in der Graphik 13 den gesamten Kreis als Summe aller möglichen Hoheitsbefugnisse der Mitgliedstaaten, verdeutlichen die inneren drei, in ihrer Entwicklung bereits skizzierten Kreise diejenigen Politikfelder, in denen eine Übertragung der Hoheitsrechte auf die drei Europäischen Gemeinschaften stattgefunden hat, die ihrerseits eine Rechtspersönlichkeit besitzen. In diesen Bereichen haben die Mitgliedstaaten insbesondere dort, wo die Ausübung der entsprechenden Kompetenzen durch die Gemeinschaften dem Mehrheitsprinzip im Rat unter- und die Vetomöglichkeit eines Mitgliedsstaat somit entfällt, Rechtsakte gegebenenfalls auch gegen ihren Willen zu akzeptieren und anzuwenden. Gleiches gilt für Entscheidungen der Europäischen Gerichte, die mit der Wahrung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts beauftragt sind. Es gilt m.a.W. das Gemeinschaftsrecht mit all seinen Besonderheiten gegenüber dem Völkerrecht, insbesondere mit seinem Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht.

Anders verhält es sich dagegen im neu geschaffenen Bereich der Europäischen Union. Hier findet zwar auch eine Übertragung der Hoheitsrechte seitens der Mitgliedstaaten statt, doch wurde in den entsprechenden Politikbereichen – der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik sowie der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres – nur eine Kooperation auf Regierungsebene, eine intergouvernementale Zusammenarbeit, vereinbart. In diesen sensiblen Bereichen dominiert nicht das Mehrheitsprinzip, sondern das

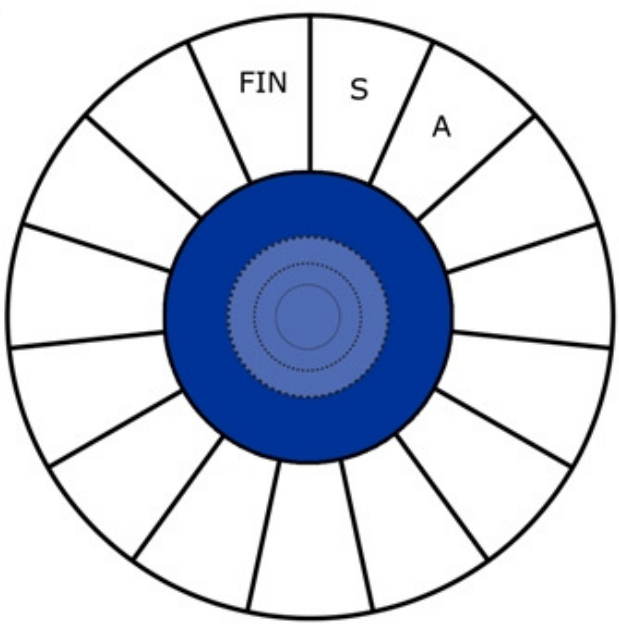
Einstimmigkeitsprinzip, sind die Maßnahmen und Beschlüsse nicht grundsätzlich, sondern nur ausnahmsweise der verbindlichen Gerichtsbarkeit des EuGH unterworfen, dominiert – kurz und vereinfacht gesagt – nicht das Recht, sondern die Politik. Dementsprechend besaß die Europäische Union (nach überwiegender Auffassung) auch keine Rechtspersönlichkeit. In der Graphik 13 kommt dies in dem neuen, dunkelblau hervorgehobenen Kreis zum Ausdruck. Er markiert einen Zwischenbereich zwischen den weißen, den Mitgliedstaaten zur autonomen Ausübung verbleibenden Hoheitsbefugnissen und den blauen, die vollständig den Europäischen Gemeinschaften übertragen sind.




Graphik 13

*8. 2. Norderweiterung*

Im Jahr 1995 kam es zur ersten Erweiterungsrunde unter Geltung des EUV: Finnland, Schweden und Österreich wurden Mitglied der Europäischen Union.[17] Wegen des Beitritts Österreichs ist die Bezeichnung dieser Erweiterung als 2. Norderweiterung aus deutscher Perspektive nicht ganz verständlich, aus dem Blickwinkel der anderen Mitgliedstaaten dagegen um so mehr, als ursprünglich auch Norwegen beitreten wollte. Erneut scheiterte die Aufnahme in die Europäische Union aber an einer Volksabstimmung – Norwegen blieb insofern außen vor, ist der Europäischen Union aber zusammen mit Island, der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein durch die EFTA, die Europäische Freihandelszone, wirtschaftlich und auch rechtlich eng verbunden.




Graphik 14

*9. Vertrag von Amsterdam*

Angesichts der zwischenzeitlich 15 Mitgliedstaaten der Europäischen Union sollte durch den im Jahre 1997 geschlossenen und 1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam[18] auch eine Revision des institutionellen Gefüges vorgenommen werden, das immer noch auf die Gründungsstaaten und somit auf nur sechs Mitgliedstaaten zugeschnitten war. Reformbedarf – aber eben auch Streit – bestand insbesondere hinsichtlich der Stimmengewichtung im Rat und im Parlament, darüber hinaus auch hinsichtlich der Organisation der Kommission. Doch gelöst werden konnten diese Probleme nicht. Gleichwohl führte der Amsterdamer Vertrag – von einer technischen Umnummerierung der Vorschriften einmal abgesehen – zu verschiedenen institutionell bedeutsamen Veränderungen.

Zunächst wurde die Rolle des Europäischen Parlaments und mit ihr die Komponente unmittelbarer demokratischer Legitimation des sekundären Gemeinschaftsrechts gestärkt, indem weitere Politikbereiche dem Mitentscheidungsverfahren unterworfen wurden und das Parlament nicht nur der Ernennung der gesamten Kommission, sondern auch schon des Kommissionspräsidenten zustimmen muss. Sodann wurde die Institution eines „Hohen Vertreters für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik“ mit der Aufgabe eingeführt, den Rat in allen Angelegenheiten der GASP zu unterstützen.

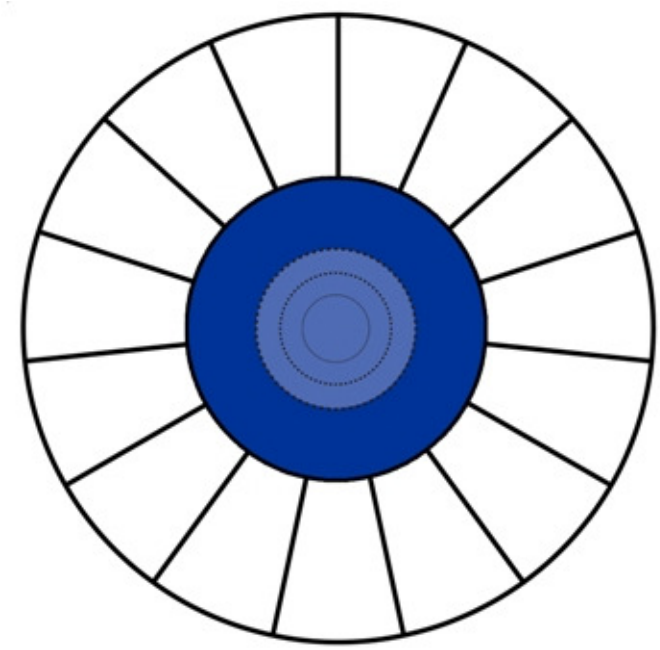
In Bezug auf das Kompetenzverhältnis zwischen den Mitgliedstaaten, den Europäischen Gemeinschaften und der

[17] Der Vertrag über den Beitritt Österreichs, Finnlands und Schwedens (2. Norderweiterung) wurde am 24.6.1994 unterzeichnet und trat am 1.1.1995 in Kraft, ABl. C 241 v. 29.8.1994.

[18] Der Vertrag von Amsterdam wurde am 2.10.1997 unterzeichnet und trat am 1.5.1999 in Kraft, ABl. C 340 v. 10.11.1997.

Europäischen Union seien zwei Veränderungen genannt, die in der Graphik 15 mit bloßem Auge nicht wahrnehmbar, gleichwohl aber (theoretisch) messbar sind.

Erstens wurden die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft um den Bereich der Beschäftigungspolitik erweitert, wenngleich auch nur auf die Koordinierung der jeweiligen mitgliedstaatlichen Maßnahmen. Insoweit fand erneut eine leichte Verschiebung der Hoheitsrechte von den Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft statt. Zweitens wurde ein bedeutender Teil aus dem der Europäischen Union zugehörigen Bereich Justiz und Inneres in die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft überführt, wurde „vergemeinschaftet". Diese Verlagerung vom dunkelblauen Ring der Europäischen Union in den hellblauen Ring der Europäischen Gemeinschaft betraf die Politikfelder Visa, Asyl, Einwanderung und die Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen. Der in der Europäischen Union verbleibende Teil der 3. Säule wurde fortan als polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) bezeichnet. Vor dem Hintergrund der skizzierten grundsätzlichen Unterschiede zwischen der intergouvernemental geprägten Europäischen Union auf der einen und der supranationalen Europäischen Gemeinschaft auf der anderen Seite ist diese Verlagerung von immenser Bedeutung auch für den (abnehmenden) Einfluss der Mitgliedstaaten.



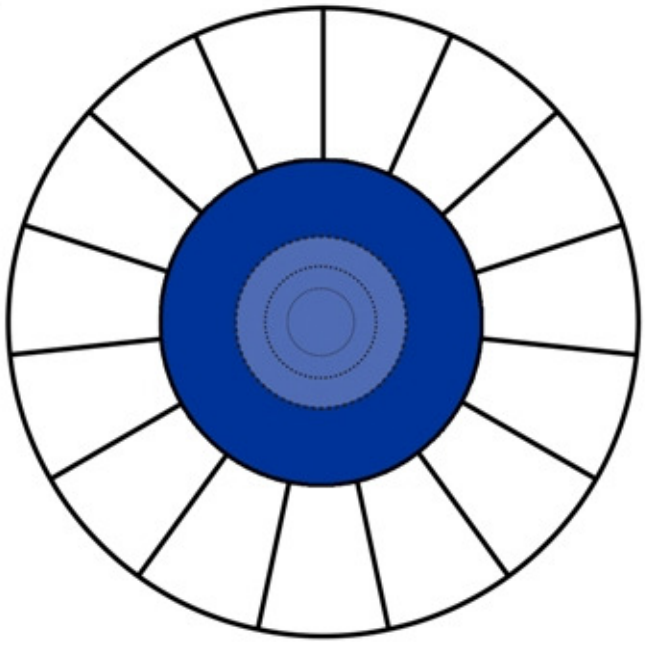
Graphik 15

Nicht darstellbar ist schließlich die durch den Vertrag von Amsterdam eingeführte Möglichkeit der engeren Zusammenarbeit einzelner Mitgliedstaaten. Sie generalisiert und konstitutionalisiert das Konzept eines Europas mehrerer Geschwindigkeiten, das zuvor nur in der Währungsunion („Euro-Raum") und in der Sozialpolitik bekannt war.

*10. Vertrag von Nizza*

Der Vertrag von Nizza[19] hatte von vorneherein das Ziel, die „left overs" des Vertrags von Amsterdam zu behandeln, also insbesondere die für den geplanten Beitritt der mittel- und osteuropäischen Staaten notwendigen institutionellen Veränderungen zu bewirken. Dementsprechend beschränkten sich die – in mühsamen Verhandlungen erzielten – Ergebnisse vor allem auf die Organe, auf die Begrenzung der Größe der Kommission und ihre Zusammensetzung sowie eine neue Stimmengewichtung im Rat und eine flexiblere Gestaltung der verstärkten Zusammenarbeit. Diese institutionellen Detailregelungen wurden in den späteren Beitrittsverträgen mit den mittel- und osteuropäischen Staaten allerdings wieder modifiziert. Von langfristiger Dauer war dagegen die erneute Stärkung des Europäischen Parlaments: Weitere Politikbereiche wurden dem Verfahren der Mitentscheidung unterworfen.

In Bezug auf die Kompetenzverteilung zwischen der EU, den Gemeinschaften und den Mitgliedstaaten ergaben sich dagegen nur leichte Verschiebungen – die EG erhielt in Detailbereichen weitere Kompetenzen, etwa zum Erlass eines Statuts für die politischen Parteien auf europäischer Ebene. In Graphik 16 ist deshalb der äußere blaue, die EG symbolisierende Ring gegenüber der Graphik 15 – kaum merklich – noch etwas ausgeweitet.



Graphik 16

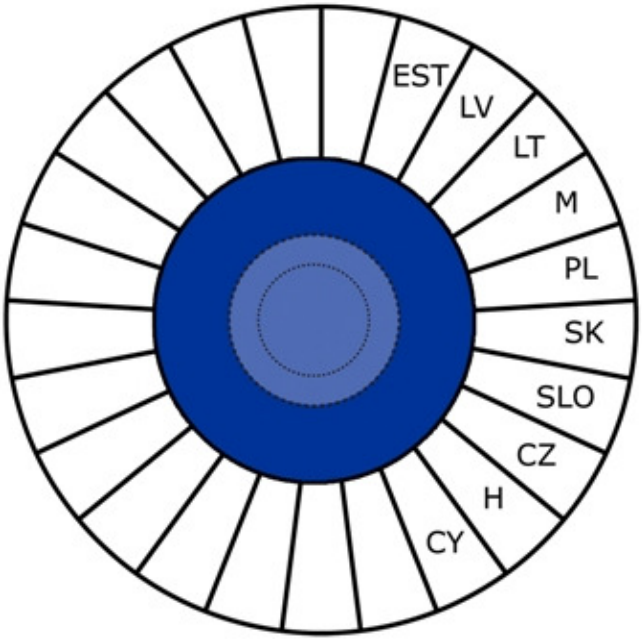
Erwähnt werden muss schließlich, dass anlässlich der Unterzeichnung des Vertrags von Nizza auch eine Grundrechte-Charta „feierlich proklamiert" wurde, die zuvor von einem Konvent unter Vorsitz des Alt-Bundespräsidenten Roman Herzog erarbeitet wurde. Ohne Ratifizierung in den und durch die Mitgliedstaaten blieb sie ohne rechtliche Verbindlichkeit. Allerdings erklärten die Rechtsetzungsorgane, insbe-

[19] Der Vertrag von Nizza wurde am 26.2.2001 unterzeichnet und trat am 1.2.2003 in Kraft, ABl. C 80 v. 10.3.2001.

sondere auch die Kommission, in Selbstverpflichtungen, die Grundrechte-Charta bindend beachten zu wollen. Außerdem rekurrierten sowohl Generalanwälte in ihren Stellungnahmen als auch zunächst das Europäische Gericht und später auch der EuGH in ihren Stellungnahmen und Entscheidungen auf die Grundrechte-Charta. Rechtlich bindend wurde sie gleichwohl erst mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon.

*11. Mittel- und osteuropäische Erweiterung*

2004 kam es zur größten Erweiterungsrunde in der Geschichte der Europäischen Union.[20] Formal unter Anwendung der sog. Kopenhagen-Kriterien, die 1993 mit Blick auf die bevorstehende Osterweiterung vom Europäischen Rat festgelegt und mit dem Vertrag von Amsterdam auch formell im primären Recht verankert wurden, sicherlich auch aber mit ähnlichen politischen (Stabilisierungs-)Zielsetzungen wie seinerzeit bei den Süderweiterungen, wurden zehn Staaten Mittel- und Osteuropas in die Europäische Union aufgenommen. Mit Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, der Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Zypern zählt die Europäische Union nunmehr 25 Mitgliedstaaten.

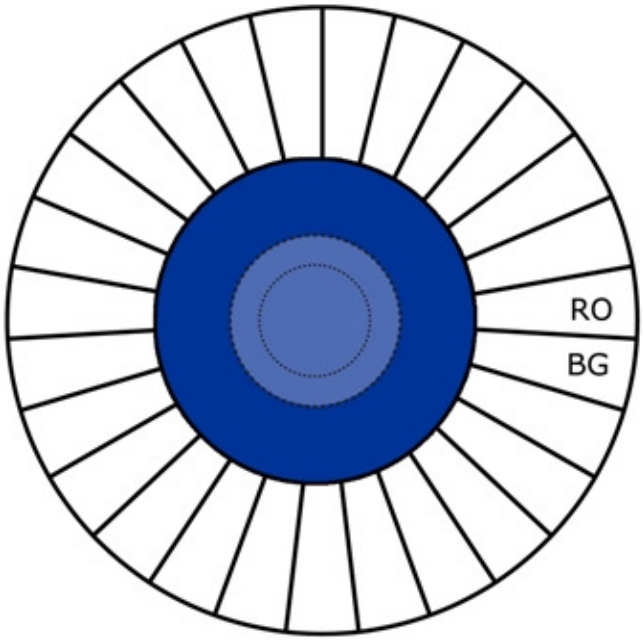



Graphik 17

Erkennbar ist in Graphik 17 auch, dass der innere Kreis der Montanunion weggefallen ist: Sie war von vorneherein nur auf 50 Jahre befristet und lief somit im Jahre 2002 aus. Ihr Kompetenzbereich wurde der Europäischen Gemeinschaft zugewiesen, die Montanunion ging sozusagen in ihr auf.

*12. Beitritt von Bulgarien und Rumänien*

Mit etwas mehr als zweijähriger Verspätung traten zum 1.1.2007 zwei weitere ehemalige Staaten des Ostblocks der Europäischen Union bei, die damit auf 27 Mitgliedstaaten anwuchs.[21]




Graphik 18

Für diese Anzahl von Mitgliedstaaten war die Architektur der Verträge nicht gedacht. Im Anschluss an die guten Erfahrungen mit dem Konvents-Modell bei der Ausarbeitung der Grundrechte-Charta wurde deshalb ein Europäischer Konvent unter Vorsitz des ehemaligen französischen Staatspräsidenten Valérie Giscard d'Estaing mit der Ausarbeitung eines Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa beauftragt, der anschließend von einer Regierungskonferenz überarbeitet und im Oktober 2004 von den Staats- und Regierungschefs in Rom unterzeichnet wurde. Im anschließenden Ratifizierungsprozess stimmten die französische und die niederländische Bevölkerung in Referenden gegen den Vertrag über eine Verfassung für Europa. Angesichts dieser Voten in zwei Gründungsstaaten der Europäischen Gemeinschaften wurde die Ratifzierungs- durch eine Reflexionsphase ersetzt, an deren Ende der Vertrag von Lissabon stand.

*13. Vertrag von Lissabon*

Mit dem Vertrag von Lissabon[22] wird das primäre Gemeinschaftsrecht, werden die institutionellen Rahmenbedingungen wie auch die materiellen Bestimmungen des überkommenen Europarechts zahlreichen Änderungen unterworfen. Sie kön-

[20] Der Vertrag über den Beitritt der Tschechischen Republik, Estlands, Zyperns, Lettlands, Litauens, Ungarns, Maltas, Polens, Sloweniens und der Slowakei wurde am 16.4.2003 unterzeichnet und trat am 1.5.2004 in Kraft, ABl. L 236 v. 23.9.2003.

[21] Der Vertrag über den Beitritt Rumäniens und Bulgariens wurde am 25.4.2005 unterzeichnet und trat am 1.1.2007 in Kraft, ABl. L 157 v. 21.6.2005.

[22] Der Vertrag von Lissabon wurde am 13.12.2007 unterzeichnet und trat am 1.12.2009 in Kraft, Abl. C 307 v. 17.12.2007.

nen und sollen hier nicht alle dargestellt werden – verwiesen sei insoweit auf entsprechende Übersichtspublikationen. Auch die Entscheidung des BVerfG, von der der Bundespräsident die Unterzeichnung der Ratifizierungsurkunde abhängig gemacht hat, soll an dieser Stelle nicht näher beleuchtet werden.[23] Dem erstmals mit dem Europarecht befassten Leser soll nur vor Augen geführt werden, dass die „Verfassungsordnung" der Europäischen Union auf zwei Verträge verteilt ist – auf den neu gefassten Vertrag über die Europäische Union (EUV) und den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), der weitgehend die Bestimmungen des alten EGV übernimmt. Von besonderem Interesse ist hier darüber hinaus nur die Struktur, die in der Graphik 19 beleuchtet wird.

Graphik 19

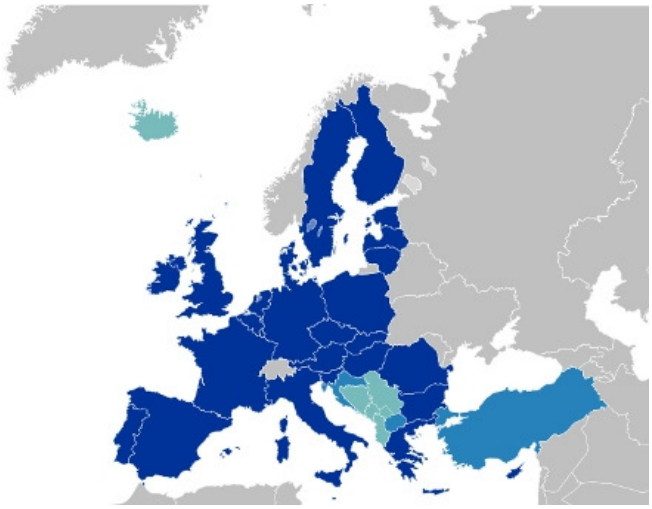
Deutlich wird insofern, dass die rechtliche Unterscheidung zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union aufgegeben wird. Die Europäische Union tritt, wie es in Art. 1 des neuen EUV heißt, „an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, deren Rechtsnachfolgerin sie ist. Die ehemals „nur" dem intergouvernementalen Bereich unterfallenden Politikbereiche der GASP und der PJZS werden in den supranationalen Bereich überführt – die gesamte Europäische Union ist „vergemeinschaftet" und hat doch ihre Bezeichnung behalten – an die Stelle des Gemeinschaftsrechts ist Unionsrecht getreten.

In zweierlei Hinsicht ist die Graphik 19 unpräzise. Zum einen besteht die Europäische Atomgemeinschaft fort, müsste also an sich als blauer Ring entsprechend gekennzeichnet werden. Wegen der untergeordneten Bedeutung schon in der Praxis, erst recht aber in der Ausbildung soll sie dem Anspruch nach Übersichtlichkeit aber untergeordnet werden. Zum anderen müsste das Blau freilich den helleren Ton der ursprünglichen Europäischen Gemeinschaften haben, denn deren Rechtsnatur ist es, die nun die Europäische Union prägt.

### III. Ausblick

Nach einem bekannten, durchaus aber fragwürdigem Bild[24] wird die Europäische Integration mit einem Fahrradfahrer verglichen, der umfalle, sobald er stehen bleibe. Vor diesem Hintergrund ist die Frage berechtigt, wie die Europäische Union sich weiterentwickelt.

Diese Frage ist schon mit Blick auf Erweiterungsszenarien nicht einfach zu beantworten. Mit der Türkei und Kroatien werden Beitrittsverhandlungen geführt, mit Mazedonien sind sie verabredet. Die anderen Nachfolgestaaten Jugoslawiens sind potentielle Beitrittsländer, ebenso Island. Die Schweiz wird nach einem ablehnenden Volksentscheid gegen den Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum im Jahr 1994 und einer mehrheitlichen Entscheidung gegen die Initiative „Ja zu Europa" im Jahre 2001 wohl immer eine weiße Insel innerhalb Europas bleiben. Der Beitritt anderer Staaten, etwa der Ukraine, Israels oder nordafrikanischer Staaten, mag politisch oder wirtschaftlich tunlich erscheinen, ist aber derzeit unwahrscheinlich.



Graphik 20

Schwieriger noch ist die Frage hinsichtlich einer Vertiefung der Europäischen Union zu beantworten. Prognostiziert werden darf, dass es in absehbarer Zeit nicht zu einer weiteren Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf die Europäische Union kommt, dass also der blaue Innenkreis und die ihn umgebenden weißen Segmente zunächst einmal die Waage halten. Vielmehr wird zunächst die genaue Grenze austariert werden, wird abzuwarten sein, ob namentlich der EuGH, ob

[23] Vgl. hierzu aber die Anmerkung von *Haratsch*, ZJS 2010, 122, sowie die Aufbereitung von *Michael/Sauer*, ZJS 2010, 86.

[24] *Rossi,* Europäische Integration durch Gemeinschaftsrecht und europäische Gerichtsbarkeit – Bilanz und Zukunft nach einem halben Jahrhundert, in: Müller-Graff (Hrsg.), Der Zusammenhalt Europas – In Vielfalt geeint, Baden-Baden 2009, S. 107 ff.

aber auch die nationalen Parlamente und Verfassungsgerichte eine extensive Inanspruchnahme der übertragenen Kompetenzen durch die Organe der EU akzeptieren oder limitieren. Das vertraglich fixierte Europäische Verfassungsrecht wird sich in naher Zukunft jedenfalls wohl nicht ändern, der Schwerpunkt wird vielmehr in der sekundärrechtlichen Ausgestaltung der primärrechtlichen Ziele und Befugnisse liegen. Dieses Sekundärrecht in seiner Gesamtheit zu kennen und zu beherrschen, ist längst unmöglich. Sein Verständnis setzt dagegen um so mehr die Kenntnis von der Entwicklung und Struktur der Europäischen Union voraus.

# Examensklausur – Zivilrecht: Haus am See für Tag am Meer

Von Ass. jur. **Matthias Breidenstein**, Erlangen

*Die Klausur hat ihren Schwerpunkt im Immobiliarsachenrecht. Sie kombiniert Probleme des (gutgläubigen) Grundstücks- und Vormerkungserwerbs mit der Frage nach der Begründung von Anwartschaftsrechten an Grundstücken. Über das für die Vormerkung typische Dreipersonenverhältnis spannt die Klausur einen Bogen in das Schuldrecht, insbesondere sind die Voraussetzungen des Rücktritts und des Gläubigerverzugs zu erörtern. Der Schwierigkeitsgrad der Klausur liegt auf gehobenem Examensniveau.*

**Sachverhalt**

Erna ist Eigentümerin mehrerer Hausgrundstücke am Starnberger See. Als sich ihr 90. Geburtstag nähert, wird sie mehr und mehr der Auffassung, dass alles Weltliche vergänglich ist. Sie beschließt deshalb, eines ihrer Grundstücke an den im Vereinsverzeichnis des AG Starnberg eingetragenen Verein „Gartenpflege – grüner Daumen hoch“ zu verschenken. In der Satzung ist niedergelegt, dass alle Mitglieder den privaten Gartenbau in Starnberg fördern und zur biologischen Verschönerung der Stadt beitragen. Der Gärtnerverein wird nach erklärter Auflassung durch den Vorstand im Namen des Vorstands in das Grundbuch eingetragen. Dass Erna im Zeitpunkt der Auflassungserklärungen unzurechnungsfähig war, ist weder den Vertretern des Gärtnervereins noch dem Notar aufgefallen.

Der Gärtnerverein hat jedoch entgegen der eigenen Beteuerungen kein besonderes Interesse an dem Grundstück, sondern ausschließlich an dem dahinter stehenden Wert. Schnell wird der Vorstand sich daher mit dem Tretbootverleiher Torben einig, diesem das Grundstück für 750.000 € zu veräußern. Am Tag des Notartermins ist Torben jedoch bettlägerig krank, er schickt daher seine Angestellte Vroni zum Termin. Torben erteilt Vroni die Maßgabe, den Vertrag wie vorbesprochen abzuschließen, und teilt dies dem Gärtnerverein mit. Vroni jedoch ist verärgert wegen der zusätzlichen Arbeit. Um Torben zu schädigen, lässt sie als Kaufpreis 800.000 € festlegen. Zeitgleich werden die Auflassungserklärungen abgegeben. 750.000 € hatte Torben der Vroni schon mitgegeben. Die übrigen 50.000 € sollen vereinbarungsgemäß eine Woche später im Vereinsheim der Gärtner, dem satzungsmäßigen Sitz des Vereins, gezahlt werden. Dem Gärtnerverein ist dies nur recht so. Gleichzeitig wird zugunsten des Torben eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

Torben ist erbost über die von Vroni verursachten Mehrkosten, billigt den Vertrag dennoch telefonisch gegenüber dem Gärtnerverein. Als er zum vereinbarten Zeitpunkt den Kaufpreisrest begleichen will, ist im Vereinsheim jedoch niemand anzutreffen. Auf der Rückfahrt wird der Umschlag mit dem Geld dem Torben gestohlen, diesen Rest will er jetzt nicht mehr zahlen.

Die Gärtner erliegen unterdessen in ihrem Gewinnstreben gleich zwei anderen Versuchungen: Sie gehen auf das Angebot des Privatiers Pradash ein, der für das Grundstück 900.000 € bietet. Pradash wird in der Folge ins Grundbuch eingetragen. Fast zeitgleich verpachten sie das Grundstück an den Bio-Bauern Balthasar, der für seine mit Seewasser gewässerten Kartoffeln berühmt ist, für 10.000 € jährlich auf 15 Jahre. Die Gärtner sind der Ansicht, mit diesen Einnahmen ließe sich wunderbar der jährliche Vorstandsausflug an die spanische Mittelmeerküste finanzieren, die Kombination von Verkauf und Verpachtung sei ja wohl kein Problem. Balthasar hat zur Vorbereitung der Bewirtschaftung das Grundstück schon einmal durch einen Zaun, der später Ackerland von Weide trennen soll, unterteilt.

Sowohl von der Veräußerung an Pradash als auch von der Verpachtung an Balthasar ist Torben nicht begeistert. Er meint, ihm allein stehe das Grundstück zu, und zwar ohne Belastung von irgendeinem Anspruch Dritter. Von Pradash verlangt er daher den Verzicht auf alle Rechte an dem Grundstück und von Balthasar die Beseitigung des Zauns.

Pradash meint, er müsse gar nichts tun, weil er Eigentümer sei, und schon gar nicht so lange, wie Torben nicht seine Schulden gegenüber dem Gärtnerverein begleiche, dies ergebe sich schon aus den §§ 770 Abs. 1, 1137, 1211 BGB.

**Fallfrage: Welche Ansprüche hat Torben gegen Pradash und Balthasar?**

**Lösung**

**Teil 1: Ansprüche des T gegen P auf „Verzicht auf alle Rechte am Grundstück“**

**A. Anspruch des T gegen P auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs aus § 894 BGB**

*Hinweis*: Der Anspruch ist gerichtet auf Zustimmung zur Grundbuchänderung, nicht etwa auf die Grundbuchänderung als solche. Dieses Anspruchsziel beruht auf dem Erfordernis aus § 19 GBO: Für die Grundbuchänderung ist nicht nur ein Antrag erforderlich, sondern vor allem auch die Bewilligung des Buchrechtsinhabers, es gilt der grundbuchrechtliche Bewilligungsgrundsatz. § 894 BGB ist die materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage für die Zustimmung. Die prozessuale Umsetzung des Anspruchs findet sich in § 894 Abs. 1 S. 1 ZPO: Mit Rechtskraft des Urteils ersetzt der Titel die Willenserklärung

**I. Anspruch entstanden**

Für die Entstehung des Anspruchs ist erforderlich, dass die Eigentumslage, die sich aus dem Grundbuch ergibt, zulasten des T als Anspruchsteller von der wahren Rechtslage abweicht und P als Anspruchsgegner formell betroffen[1] sein.

*1. Unrichtigkeit des Grundbuchs*

Es müsste sich zunächst ein Widerspruch zwischen der Eigentumslage nach dem Grundbuch und der wahren Rechtslage ergeben.

[1] Formell betroffen ist jeder, dessen Bewilligung nach grundbuchrechtlichen Grundsätzen erforderlich ist. Ausführlich dazu *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 18 Rn. 27.

Ausweislich des Grundbuchs ist P Eigentümer. Fraglich ist, ob dies der wahren Rechtslage entspricht.

*Hinweis:* Kommen wie im vorliegenden Fall mehrere verschiedene Vorgänge als Anknüpfungspunkte für einen Eigentumserwerb in Betracht, so empfiehlt es sich, stets chronologisch vorzugehen, um keinen der möglichen Erwerbstatbestände zu übersehen und das tatsächliche Geschehen genau zu erfassen.

*a) Eigentumsverlust an G*

Ursprünglich war E Eigentümer. E könnte ihr Eigentum jedoch an G gem. §§ 873, 925 Abs. 1 BGB verloren haben. Dazu ist zunächst erforderlich, dass G und E wirksame dingliche Einigungserklärungen, die Auflassungserklärungen, abgegeben haben.

G kann als juristische Person nicht selbst handeln, ihm könnten aber die Willenserklärungen des Vorstands zurechenbar sein gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Dazu müsste G ein rechtsfähiger Verein sein und der Vorstand den Verein wirksam vertreten haben.

Ein Verein ist ein auf Dauer angelegter Zusammenschluss von Personen zur Erreichung eines bestimmten Zwecks mit körperschaftlicher Verfassung. Vorliegend wollen die Mitglieder von G langfristig den privaten Gartenbau fördern und zur biologischen Verschönerung Starnbergs beitragen, ein Verein liegt somit vor. Der Verein müsste zudem rechtsfähig sein.

*Hinweis:* Die Rechtsfähigkeit ist streng genommen keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die ordnungsgemäße Vertretung, denn nach Rechtsprechung und ganz herrschender Literatur sind die §§ 21 ff. BGB entgegen der Gesetzessystematik auch auf den nicht rechtsfähigen Verein anzuwenden. Im Ergebnis ist also auch der nicht rechtsfähige Verein rechtsfähig.[2]

Fraglich ist aber, ob der nicht rechtsfähige Verein grundbuchfähig ist. Im Ergebnis kann auch der nicht rechtsfähige Verein wie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden,[3] allerdings wäre nach ständiger Praxis der Grundbuchämter nicht nur der Verein als solcher, sondern zusätzlich alle Mitglieder einzutragen,[4] die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung, die für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und damit auch für den nichtrechtsfähigen Verein an sich Grundbuchfähigkeit annahm,[5] ist durch die Neuregelung des § 47 Abs. 2 GBO obsolet.[6] Dieses Problem sollte im Fall jedoch nicht aufgeworfen und durch die Prüfung der Rechtsfähigkeit bereits bei der Vertretung ausgeschlossen werden.

Vorliegend ist der Vereinszweck nichtwirtschaftlicher Art, die Rechtsfähigkeit richtet sich also nach § 21 BGB. Mit Eintragung in das Vereinsregister des AG Starnberg erlangt G somit Rechtsfähigkeit. Der Vorstand hat bei den Verhandlungen eigene Willenserklärungen im Namen des Vereins abgegeben. Die Vertretungsmacht ergibt sich aus § 26 Abs. 2 S. 1 BGB. Danach hat der Vorstand organschaftliche Vertretungsmacht.[7]

Damit liegt eine dem G zurechenbare, wirksame Willenserklärung vor.

E war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unerkannt geisteskrank. Ihre Erklärung ist daher gem. §§ 105 Abs. 1, 104 Nr. 2 BGB unwirksam.

Es liegt keine wirksame Auflassung vor, E hat ihr Eigentum nicht verloren.

*b) Eigentumsverlust an T*

E könnte ihr Eigentum aber durch Übereignung von G an T gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB verloren haben.

Eine Auflassungserklärung hat weder G noch T abgegeben, vielmehr hat für den G der Vorstand und für den T die V gehandelt.

§ 925 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt, dass die Auflassungserklärungen „bei gleichzeitiger Anwesenheit" der Vertragsparteien abgegeben werden müssen. Dabei ist aber nicht erforderlich, dass die Vertragspartner in Person erscheinen. Es handelt sich nicht um ein höchstpersönliches Geschäft, Vertretung ist zulässig.[8] G ist durch den Vorstand wirksam vertreten worden. V hat eine eigene Willenserklärung im Namen des T mit Vertretungsmacht abgegeben, ihre Erklärung ist also dem T zurechenbar gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB.

*Hinweis:* Achtung Abstraktionsprinzip! Hinsichtlich der Erklärungen auf dinglicher Ebene hat sich V an die Vorgaben des T gehalten. Bei der Abgabe der Auflassungserklärungen stellt sich die falsus procurator- Problematik nicht.

Es liegen somit auf beiden Seiten zurechenbare Auflassungserklärungen vor.

Es fehlt jedoch an der Eintragung des T, ein Eigentumserwerb des T scheidet damit aus.

*c) Eigentumsverlust an P*

E könnte ihr Eigentum jedoch durch Übereignung von G an P verloren haben.

*aa) Gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB*

Wirksame Auflassungserklärungen von G und P gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB liegen vor.

---

[2] Vgl. statt aller *Schwarz/Schöpflin*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 54 Rn. 18 ff.
[3] Vgl. *K. Schmidt*, NJW 2001, 1002.
[4] Vgl. nur *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 54 Rn. 8.
[5] BGH NJW 2009, 594.
[6] *Wicke*, GWR 2009, 336.

[7] In Abgrenzung zur rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht durch Vollmacht gem. § 167 Abs. 1 BGB entsteht die organschaftliche Vertretungsmacht mit der Bestellung des Vorstandes kraft Gesetzes, s.a. *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, Vor §§ 164-181 Rn. 7.
[8] Vgl. dazu *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, § 13 Rn. 25 mit weiteren Erläuterungen.

P ist auch im Grundbuch eingetragen gem. § 925 Abs. 1 BGB.

Im Zeitpunkt der Eintragung bestand auch die Einigung zwischen G und P fort, dass P von G Eigentum an dem Grundstück erwerben sollte.

*Hinweis:* Der Prüfungspunkt „Fortdauer der dinglichen Einigung" ergibt sich so nicht aus dem Gesetz, bei Grundstücksgeschäften aber aus einem Gegenschluss aus § 878 Abs. 2 BGB, sofern dessen Voraussetzungen nicht vorliegen.[9]

Allerdings ist G weder Eigentümer des Grundstücks, noch sonst berechtigt, über das Grundstück zu verfügen. Es fehlt daher an der Berechtigung des G zur Veräußerung des Grundstücks gem. § 873 Abs. 1 BGB.

*bb) Gem. § 892 Abs. 1 BGB*

Denkbar ist jedoch ein gutgläubiger Erwerb gem. § 892 Abs. 1 BGB.[10]

Ein Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts liegt in Form des zwischen G und P geschlossenen Kaufvertrags vor. E ist Eigentümerin, aber nicht eingetragen. Damit ist das Grundbuch unrichtig. G ist als Eigentümer eingetragen, also ergibt sich aus dem Grundbuch auch die Legitimation des Verfügenden. Des Weiteren müsste P als Erwerber gutgläubig sein. Der Erwerber ist nur dann bösgläubig, wenn er die Unrichtigkeit des Grundbuchs kennt.[11]

P hatte keine Kenntnis vom Eigentum der E. Vor allem schadet es aber auch nicht, dass zugunsten des T eine Vormerkung eingetragen war, denn auch die Kenntnis von einer Auflassungsvormerkung ist nicht geeignet, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu zerstören. Die Auflassungsvormerkung ändert nichts an der Berechtigung des Eigentümers. Sie hindert auch den Rechterwerb des Zweiterwerbers (hier: P) nicht, sondern hat gem. § 883 Abs. 2 S. 1 BGB lediglich die Wirkung, dass gegenüber dem Inhaber der Auflassungsvormerkung jede Verfügung über das Grundstück relativ unwirksam ist.[12]

Ein Widerspruch gegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs gem. § 899 BGB ist nicht eingetragen.

*2. Ergebnis*

P ist Eigentümer des Grundstücks geworden. Buchlage und wahre Rechtslage fallen somit nicht aus einander.

**II. Ergebnis**

Es besteht kein Anspruch des T gegen P auf Grundbuchberichtigung aus § 894 Abs. 1 BGB.

**B. Anspruch des T gegen P auf Zustimmung zur Löschung gem. § 888 Abs. 1 BGB**

**I. Anspruch entstanden**

Damit der Anspruch zur Entstehung gelangt, muss P ein Recht erworben haben, das aufgrund einer Vormerkung zugunsten des T dem T gegenüber unwirksam ist. Darüber hinaus müsste die Löschung des P für den Rechtserwerb des T erforderlich sein.

*1. Recht des P*

Es ist ein Recht des P im Grundbuch eingetragen, nämlich das Eigentumsrecht an dem Grundstück.

*2. Vormerkung*

Zugunsten des T müsste eine Vormerkung bestehen.

*a) Erwerb der Vormerkung gem. §§ 883, 885 BGB*

In Betracht kommt zunächst ein Erwerb der Vormerkung gem. §§ 883, 885 BGB.

*aa) vormerkungsfähiger Anspruch*

Wie sich aus dem Wortlaut des § 883 Abs. 1 BGB ergibt, ist für den Erwerb einer Vormerkung stets ein zu sichernder Anspruch erforderlich.[13] Vorliegend müsste also im Zeitpunkt der Bewilligung der Vormerkung ein Anspruch des T auf Eigentumsübertragung bestanden haben. Ein solcher Anspruch könnte sich aus einem zwischen G und T geschlossenen Kaufvertrag ergeben. Dies setzt einen wirksamen Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB voraus.

*(1) Kaufvertrag über 750.000 €*

Ein Kaufvertrag mit dem Inhalt 750.000 € ist nicht zustande gekommen. Es bestand zwar eine Einigung zwischen T und G, die gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB bei Grundstücksgeschäften erforderliche notarielle Beurkundung gem. § 128 BGB lag jedoch nicht vor, sodass der Vertrag formnichtig gem. § 125 BGB ist.

Auch eine Heilung gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB scheidet aus, denn T wurde nicht ins Grundbuch eingetragen.

*(2) Kaufvertrag über 800.000 €*

Möglich erscheint jedoch ein wirksamer Kaufvertrag mit einem Kaufpreis von 800.000 €.

T selbst hat zwar keine Erklärung abgegeben, ihm könnte aber die Erklärung der V zurechenbar sein gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Vorliegend hat V eine eigene Willenserklärung im

[9] Zu der Frage der Bindungswirkung der dinglichen Einigungserklärungen *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2007, Rn. 872-874.

[10] Zu den Voraussetzungen des § 892 Abs. 1 BGB im Einzelnen s. *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 13 Rn. 40 ff.

[11] Vertiefend dazu sowie zu den unterschiedlichen Anforderungen an den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen und Immobilien *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 23 Rn. 30.

[12] Zur Figur der relativen Unwirksamkeit s. *Brehm/Berger*, Sachenrecht, 2. Aufl. 2006, § 13 Rn. 10; zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten durch den historischen Gesetzgeber *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 20 Rn. 34.

[13] Die Vormerkung ist daher streng akzessorisches Sicherungsmittel, vgl. *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 14 Rn. 5 mit weiteren Erläuterungen.

Namen des T abgegeben. Problematisch ist jedoch, ob dies mit Vertretungsmacht geschah.

V hatte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Vollmacht für den Abschluss des Vertrags über 800.000 €, sie durfte nur ein Geschäft über 750.000 € abschließen, insoweit war ihre Vertretungsmacht beschränkt. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses handelte sie damit als falsus procurator. Durch die nachträgliche Genehmigung des T wurde ihre Auflassungserklärung jedoch zumindest nachträglich rückwirkend wirksam gem. §§ 185 Abs. 2 S. 1, 184 Abs. 1 BGB.[14] Für die Genehmigung gilt gem. § 182 Abs. 2 BGB nicht dasselbe Formerfordernis wie für den Hauptvertrag. Damit ist es vorliegend unproblematisch, dass T lediglich telefonisch gegenüber G genehmigt hat. Die gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche notarielle Form des Kaufvertrags ist gewahrt. Damit besteht letztlich rückwirkend ein wirksamer Kaufvertrag.

*(3) Bestehen eines Anspruchs im Zeitpunkt der Bewilligung*

Für die wirksame Bestellung der Vormerkung ist jedoch erforderlich, dass der Anspruch auf Übereignung im Zeitpunkt der Bewilligung gem. § 885 BGB besteht. Im Zeitpunkt der Bewilligung hatte T den Vertragsabschluss durch V jedoch noch nicht genehmigt, ein Anspruch des T bestand mangels wirksamer Vertretung noch nicht. Im relevanten Zeitpunkt war ungewiss, ob T genehmigen würde, die Entstehung des Anspruchs von T gegen G hing also von einer Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB ab. Für einen derartigen Fall bestimmt § 883 Abs. 1 S. 2 BGB, dass auch bedingte Ansprüche vormerkbar sind. [15] Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt dies ohne weitere Anforderungen.

*Hinweis:* Weitere Anforderungen ergeben sich auch nicht aus dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Dieser findet hier keine Anwendung, denn dieser gilt gerade nur bei dinglichen Rechtsgeschäften

Doch nach Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur sind über den Gesetzeswortlaut hinaus enge Anforderungen an die Vormerkbarkeit eines bedingten Anspruchs zu stellen. Diese restriktive Haltung fußt vor allem auf der Überlegung, dass eine faktische Grundbuchsperre drohe, wenn künftige und bedingte Ansprüche unbeschränkt vormerkungsfähig wären.[16] Sie lässt sich aber auch mit der sogenannten Vollwirkung der Vormerkung in der Insolvenz des Vormerkungsschuldners gem. § 883 Abs. 2 S. 2 BGB i.V.m. § 106 Abs. 1 S. 1 InsO begründen: Durch Vormerkung gesicherte Ansprüche sind insolvenzfest, d.h. der Gläubiger eines Auflassungsanspruchs, der durch eine Vormerkung gesichert ist, kann die Auflassung auch in der Insolvenz seines Vertragspartners verlangen und ist nicht auf eine Befriedigung aus der Insolvenzmasse angewiesen. Wäre jeder zukünftige Anspruch vormerkbar, würden Ansprüche wohl deswegen vorsorglich durch Vormerkung gesichert, um sich vor der Zwangsvollstreckung durch Dritte zu sichern, auch wenn die Durchführung des Vertrages zwischen den Parteien noch gar nicht feststeht. Dies würde Drittgläubiger schädigen und ist nicht hinzunehmen.

Aufgrund dieser Erwägungen hat sich die Rechtsbodentheorie entwickelt: Erforderlich ist eine feste Rechtsgrundlage. Das bedeutet, dass der Anspruch nicht mehr nur von der Willkür des Schuldners abhängt.[17] Vorliegend hängt die Wirksamkeit des Vertrags zwischen G und T ausschließlich von der Genehmigung des erwerbenden T ab. Dem G ist es nicht möglich, sich einseitig vom Vertrag zu lösen.[18] Damit besteht eine ausreichend feste Rechtsgrundlage.[19]

*bb) weitere Voraussetzungen*

Die gem. § 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB erforderliche Bewilligung setzt voraus, dass der von der Eintragung Betroffene die Eintragung einseitig erklärt.[20] Dabei gilt der aus dem Grundbuch ersichtliche Eigentümer über § 891 BGB als berechtigt.[21] Vorliegend hat G die Eintragung der Vormerkung bewilligt.

Die Eintragung gem. § 885 Abs. 1 S. 1 BGB wurde auch vorgenommen.

---

[14] *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 22 Rn. 5, s.a. *Kanzleitner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 925 Rn. 18.

[15] Von der ganz herrschenden Meinung wird der aufschiebend bedingte Anspruch als ein Unterfall des künftigen Anspruchs angesehen, s. *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2008, § 883 Rn. 176 m.w.N.; anders aber bspw. *Preuss*, AcP 201 (2001), 580 (582), der den bedingten Anspruch als „Vorstufe" zum vollen Anspruch ansieht.

[16] So BGHZ 151, 116 (121), auch *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 14 Rn. 9. Systematische Erwägungen zur Ungleichbehandlung zwischen Hypothek und Vormerkung bei den Anforderungen an die zugrunde liegenden Ansprüche: *Wilhelm* (Fn. 9), Rn. 2252. Gegen weitere Anforderungen *Wieling*, Sachenrecht, § 22 II c).

[17] Teilweise wird darüber hinausgehend gefordert, dass die Entstehung des Anspruchs ausschließlich vom Willen des Gläubigers abhängen dürfe. Vgl. zu diesem hier nicht relevanten Streitpunkt *Gursky* (Fn. 15), § 883 Rn. 185.

[18] Die grundsätzlich gegebene Möglichkeit des Widerrufs bis zur Genehmigung gem. § 178 BGB besteht hier nicht, da G von der beschränkten Vollmacht der V und deren vollmachtswidrigem Verhalten wusste, vgl. zu dieser Konstellation *Berger*, in: Festschrift Kollosser, 2004, S. 35 (44).

[19] So auch KG NJW 1971, 1319 (1320); *Böttcher*, RPfleger 2006, 293 (295); *Gursky* (Fn. 15), § 883 Rn. 193. Weiterführend zum Verhältnis des § 883 Abs. 1 S. 2 BGB zu § 925 Abs. 2 BGB *Stamm*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 4. Aufl. 2008, § 883 BGB, Rn. 46.

[20] Dabei handelt es sich um eine materiell-rechtliche, von der grundbuchrechtlichen Bewilligung verschiedene Erklärung, vgl. dazu *Kössinger*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 885 Rn. 2; *Wacke*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 885 Rn. 14; *Westermann*, Sachenrecht, 7. Aufl. 1998, § 83 II 2; *Knöpfle*, JuS 1981, 157 (160).

[21] S. dazu *Kössinger* (Fn. 20), § 885 BGB Rn. 4.

Im Zeitpunkt der Eintragung waren G und T sich auch immer noch einig bezüglich der Eintragung des T.

Zur Eintragung einer Vormerkung ist der Eigentümer des Grundstücks berechtigt. G ist vorliegend weder Eigentümer des Grundstücks gewesen, noch hat E ihn dazu ermächtigt. Es fehlt also an der Berechtigung des G.

*b) Gutgläubiger Erwerb der Vormerkung?*

Denkbar ist aber, dass T die Vormerkung gutgläubig vom Nichtberechtigten G erworben hat.

*aa) Einschlägige Gesetzesgrundlage*

Im Ergebnis herrscht Einigkeit, dass ein gutgläubiger Ersterwerb der Vormerkung möglich sein muss. Anderenfalls ergäbe sich bei dem Erwerb von einem Nichtberechtigten die absurde Situation, dass der erste Erwerber seinen Anspruch nicht sichern könnte, der Erwerber wäre also vor Zwischenverfügungen des nichtberechtigten Veräußerers nicht geschützt. So könnte der Nichtberechtigte also an einen zweiten Erwerber wirksam veräußern. Dieser Zweiterwerber stünde dann besser als bei einem Erwerb vom Berechtigten, denn in diesem Falle wäre ja eine Vormerkung eingetragen. Eine Begünstigung des zweiten Erwerbers ist aber nicht gewollt.[22]

Streit besteht nur hinsichtlich der einschlägigen Norm. Der Streit entzündet sich an der Rechtsnatur der Vormerkung, denn damit ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung über § 892 Abs. 1 BGB möglich ist, müsste es sich um ein dingliches Recht handeln.

Teilweise[23] wird ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung direkt über § 892 Abs. 1 BGB als möglich angesehen. Nach dieser Ansicht ist die Vormerkung ein dingliches Recht. Dies beruhe darauf, dass die Vormerkung durchaus dingliche Wirkungen aufweise, insbesondere über § 883 Abs. 2 BGB vor späteren beeinträchtigenden Verfügungen schütze.

Die wohl herrschende Meinung[24] sieht in der Vormerkung kein dingliches Recht, sondern ein dingliches Sicherungsmittel eigener Art. Diese Einordnung folgt aus der „Zwitterstellung" der Vormerkung: Sie knüpft an schuldrechtlichen Anspruch an, soll aber gleichzeitig mit dinglicher Wirkung den Inhaber vor der Vereitelung des Rechtserwerbs schützen. Aufgrund dieser dinglichen Wirkung wird die in der Bestellung der Vormerkung eine Verfügung über das Grundstücksrecht gesehen, wie § 893 BGB a. E. es fordert.

Teilweise[25] wird die direkte Anwendung des § 893 Alt. 2 BGB abgelehnt, die Vorschrift aber analog angewendet. Der Gesetzgeber habe den Fall nicht geregelt, durch einen Vergleich der Interessenlagen müsse man aber zu dem Ergebnis kommen, dass bei einer Vormerkung in gleichem Maße wie bei einer Verfügung über ein dingliches Recht der Erwerb im Vertrauen auf den Rechtsschein des Grundbuchs stattfinde.

Im Ergebnis ist der gutgläubige Ersterwerb der Vormerkung jedenfalls möglich.

*bb) tatbestandliche Voraussetzungen*

Ein Rechtsgeschäft iSe. Verkehrsgeschäft liegt mit dem Kaufvertrag zwischen G und T vor.

E ist noch Eigentümerin, G jedoch im Grundbuch eingetragen, das Grundbuch ist damit zugunsten des Verfügenden unrichtig.

Gutgläubigkeit des Erwerbers liegt vor, denn T hatte keine positive Kenntnis von der fehlenden Berechtigung des G zur Bewilligung der Vormerkung.

Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs gem. § 899 BGB ist nicht eingetragen.

Damit hat T gutgläubig eine Vormerkung erworben.

*3. Unvereinbarkeit mit dem Recht des T*

Das durch P erworbene Eigentum ist mit dem Anspruch des T auf Übertragung des Eigentums unvereinbar.

*4. Erforderlichkeit der Löschung*

Die Löschung der Buchposition des P müsste für den Erwerb des Grundstücks durch T erforderlich sein. Aufgrund des formellen Konsensprinzips gem. § 19 GBO ist die Bewilligung des Inhabers einer Buchposition zur Eintragung des Erwerbers im Grundbuch und damit zur Vollendung des Rechtserwerbs erforderlich. Damit T seinen Anspruch gegen G auf Eintragung durchsetzen kann, muss die Eintragung des P also gelöscht werden.

*5. Ergebnis*

Der Anspruch des T gegen P auf Zustimmung ist entstanden.

**II. Anspruch nicht erloschen**

Erlöschensgründe sind nicht ersichtlich.

**III. Anspruch durchsetzbar**

Damit der Anspruch durchsetzbar ist, muss er fällig und einredefrei sein. Vorliegend erscheint möglich, dass P dem T eine Einrede entgegenhalten kann.

[22] *Kohler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 883 Rn. 74; *Hager*, JuS 1990, 429 (437).

[23] *Wilhelm* (Fn. 9), Rn. 2264; *Wunner*, NJW 1969, 113 (116).

[24] BGHZ 60, 46 (49); *Jauernig*, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 883 Rn. 26; *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 20 Rn. 61; *Kohler* (Fn. 22), § 883 Rn. 74; *Gursky* (Fn. 15), § 883 Rn. 341; offenlassend hinsichtlich der direkten Anwendung des § 893 BGB *Medicus*, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 553.

[25] *Reinicke*, NJW 1964, 2373 (2374); Westermann (Fn. 20) § 84 IV; so auch noch *Wacke*, Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1997, § 883 Rn. 41.

*1. Mögliche Einreden*

Eigene Einreden des P direkt gegen den Anspruch aus § 888 BGB sind nicht ersichtlich.[26] Denkbar ist, dass P dem Anspruch des T auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung entgegenhalten kann, dass G gem. §§ 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB zum Rücktritt berechtigt ist, weil T nicht den gesamten Kaufpreis beglichen und somit seine Leistung nicht vollumfänglich erbracht hat.

Ob der Dritterwerber (hier: P) eine solche Einrede des G auch gegen den Anspruch des Vormerkungsinhabers auf Zustimmung geltend machen kann, ist im Gesetz nicht geregelt. Es bestehen jedoch in §§ 770 Abs. 1[27], 1137, 1211 BGB gesetzliche Regelungen, die in Drei-Personen-Verhältnissen erlauben, dass ein am Vertragsschluss nicht beteiligter Dritter die vertragliche Einreden einer der Vertragsparteien geltend macht. Möglich erscheint, aus diesen Regelungen einen Rechtsgedanken zu entwickeln, der im Rahmen des § 888 BGB analog anwendbar ist. Es müssten dazu die Voraussetzungen der Analogie vorliegen.

*Hinweis:* Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur beschränken sich die Erläuterungen auf die Frage der vergleichbaren Interessenlage, größtenteils wird sogar davon abgesehen und die Anwendbarkeit schlichtweg statuiert. Die Herausarbeitung der Voraussetzungen der Analogie bildet aber eine elementare Herausforderung in der studentischen Übungsarbeit, gerade wenn der anzuwendende Rechtsgedanke bereits im Klausursachverhalt angegeben ist. Zu den Voraussetzungen der Analogie.[28]

Es liegt wie gerade erwähnt insoweit eine Regelungslücke vor.

Diese ist auch planwidrig, denn der Gesetzgeber hat keine bewusste Unterscheidung zwischen den geregelten Fällen aus dem Bereich der Bürgschaft, der Hypothek und der Grundschuld einerseits und dem Fall der Vormerkung andererseits treffen wollen. Das Recht des Dritten, Einwendungen geltend zu machen, wurde im Gesetzgebungsprozess absichtlich offen und der Rechtsprechung und Wissenschaft zur Entwicklung überlassen.[29]

Die Interessenlage im Verhältnis zwischen Dritterwerber und Vormerkungsinhaber müsste derjenigen aus den herangezogenen Vorschriften entsprechen. Die angeführten Vorschriften bezwecken alle den Schutz eines unbeteiligten Dritten vor dem Eingriff in eines seiner Rechte. Durch die Zustimmung zur Löschung der eigenen Grundbuchposition wird auch der Dritterwerber gezwungen, einen Eingriff in seine Rechte zu dulden. Schließlich ist er im Grundsatz rechtmäßiger Eigentümer geworden, denn der durch eine Vormerkung belastete Eigentümer kann immer noch jedem Dritten wirksam Eigentum verschaffen.

Zweifel bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 770 Abs. 1, 1137, 1211 BGB auf den vorliegenden Fall bestehen, weil in allen genannten Situation der Dritte für eine fremde Schuld eintritt und diese Geldschuld inhaltlich identisch begleicht, im Fall der Bürgschaft direkt durch Zahlung, im Fall von Hypothek und Grundschuld durch Duldung der Zwangsvollstreckung. Bei § 888 BGB handelt es sich nicht um die Erfüllung der eigentlichen Hauptschuld, sondern nur um einen prozessualen Hilfsanspruch, der Hauptanspruch auf Übereignung wird weiter gegenüber dem Vertragspartner bzw. Schuldner dieser Hauptpflicht geltend gemacht. Der Dritterwerber tritt also nicht in die Position des Schuldners des Auflassungsanspruchs ein. Aber aus der Überlegung, dass es sich bei § 888 BGB lediglich um einen prozessualen Hilfsanspruch[30] handelt, folgt auch ein prozessökonomisches Gegenargument: Letztlich bleibt Ziel des Vormerkungsinhabers, Eigentümer des Grundstücks zu werden. Stehen diesem Anspruch Einreden entgegen, wird er ihn nicht durchsetzen können. Der Anspruch aus § 888 ZPO liefe dann leer. In diesem Fall ist es nur konsequent, wenn hier schon Verteidigungsmöglichkeiten, die ihren Ursprung in dem anspruchsbegründenden Vertrag haben, berücksichtigt werden.[31]

---

[26] Zu denkbaren Einreden des P selbst vgl. *Eckert*, in: Schulze/Dörner/Ebert, Nomos Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 888 Rn. 9.

[27] § 770 Abs. 1 BGB nennt den Rücktritt nicht explizit, die Vorschrift erstreckt sich aber auf dieses Recht, ganz h.M., vgl. BGHZ 165, 363 (368) sowie die Nachweise bei *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 770 Rn. 6 in Fn. 18. Im Ergebnis wird § 770 Abs. 1 BGB somit „doppelt analog" angewendet.

[28] *Bitter/Rauhut*, JuS 2009, 289 (297 f.); *Möllers*, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 4. Aufl. 2008, S. 89 ff.; *Tettinger*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 3. Aufl. 2003, Rn. 242 ff.; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, § 11 3.); sehr aufschlussreich *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, § 80.

[29] Die Reichstagskommission hielt eine Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Vormerkungsinhaber und Dritterwerber weder in die eine noch in die andere Richtung für erforderlich, vgl. *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum BGB, Nachdruck 1979, Bd. 3 Sachenrecht S. 571 f. unter F.; sehr lesenswert: RGZ 53, 28 (32). Bei genauer Lektüre der Gesetzgebungsmaterialien erscheinen gar Zweifel daran angebracht, ob überhaupt eine Lücke vorliegt, denn die Reichstagskommission geht davon aus, dass Rechtsprechung und Wissenschaft dem Dritterwerber wohl die Einreden zugestehen werden. Es liegt somit der Schluss nahe, dass der historische Gesetzgeber eine Negativregelung geschaffen hätte, wenn er dem Dritterwerber die Einreden nicht hätte zugestehen wollen. Andererseits bleibt auch im Unklaren, warum dann nicht eine entsprechende Positivregelung, die beantragt worden war, aufgenommen wurde.

[30] BGHZ 49, 263 (267); *Kössinger* (Fn. 20), § 888 Rn. 8.

[31] So auch die h.M., vgl. *Gursky* (Fn. 15), § 888 Rn. 52; *Kohler* (Fn. 22), § 888 Rn. 8.; *Jauernig,* in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2007, § 888 Rn. 3; *Eckert* (Fn. 26), § 888 Rn. 8; *Kössinger* (Fn. 20), § 888 Rn. 10; *Huhn*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2009, § 888 Rn. 6; Rechtsprechung seit RGZ 53, 28 (32); vgl. OLG Celle NJW 1958, 385, BGH WM 1966, 893 (894); BGH NJW 2000, 3496. Die Beschränkung von *Wilhelm* (Fn. 9), Rn. 2285 auf die Fälle, in denen der Schuldner des

P kann dem T damit im Ergebnis die Rücktrittsmöglichkeit des G entgegenhalten.

*2. Voraussetzungen des Rücktritts bei G*

G müsste gegenüber T zum Rücktritt berechtigt sein. Die erforderliche Rücktrittserklärung gem. § 349 BGB hat nur dann ein Rückgewährschuldverhältnis[32] zur Folge, wenn die Voraussetzungen des Rücktritts gem. § 323 Abs. 1 BGB vorliegen.

Der gem. § 323 Abs. 1 BGB gegenseitige Vertrag liegt mit dem zwischen G und T geschlossenen Kaufvertrag vor.

Bei der von T nicht erbrachten Leistung müsste es sich um eine fällige Leistung handeln. Die Zahlungsverpflichtung des T in Höhe der nicht erbrachten 50.000 € müsste also fällig sein. Fälligkeit liegt vor, wenn der Gläubiger die Leistung fordern kann. Vorliegend wurde zwischen G und T vereinbart, dass T die Scheine zu einem bestimmten Zeitpunkt zu G bringen sollte, eine Leistungszeit war damit vereinbart, die Leistung fällig.[33] Über den Wortlaut des § 323 Abs. 1 S. 1 BGB hinaus ist jedoch als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal[34] zu fordern, dass der Anspruch vollwirksam ist.

Dies bedeutet insbesondere, dass er nicht unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 bis Abs. 3 BGB sein darf.[35] Denkbar ist, dass die Geldleistung aufgrund des Diebstahls der Scheine gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden ist. Der Grundsatz, dass § 275 BGB auf die Geldschuld unanwendbar ist,[36] bedeutet lediglich, dass die Pflicht zur Geldzahlung nicht durch Vermögenslosigkeit des Schuldners unmöglich wird. Beschränkt sich hingegen die Leistungspflicht auf bestimmte Scheine, so ist mit deren Untergang die Erfüllung dieser konkretisierten Leistungspflicht unmöglich geworden. Fraglich ist, ob sich im vorliegenden Fall die Leistungspflicht des T auf bestimmte Geldscheine beschränkt.

*a) Konkretisierung gem. § 243 Abs. 2 BGB*

§ 243 BGB ist auf die Geldschuld nicht anwendbar, denn die Gattungsschuld stellt einen Unterfall der Sachschuld dar, die Geldschuld ist aber keine Sachschuld. Sie richtet sich nicht auf die Verschaffung bestimmter Sachen in Form der Geldscheine, sondern auf die Verschaffung einer Vermögensmacht in dem Umfang, der zwischen den Parteien festgelegt ist.[37] Eine Konkretisierung über § 243 Abs. 2 BGB ist damit bei Geldschulden nicht möglich.

*b) Gefahrübergang gem. § 300 Abs. 2 BGB*

Es könnte aber gem. § 300 Abs. 2 BGB die Leistungsgefahr hinsichtlich der von T ausgewählten und zum Vereinssitz von G mitgenommenen Geldscheine auf G übergegangen sein. Ist dies der Fall, so hätte G ab diesem Zeitpunkt die Gefahr zu tragen, dass die Geldscheine untergehen, auch bei Untergang müsste T dann nicht nochmals leisten. In der Folge stünde G kein Rücktrittsrecht wegen nicht erbrachter Leistung zu. § 300 Abs. 2 BGB findet auf Geldschulden zumindest analoge Anwendung.[38]

Es müssten die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs vorliegen. Gem. § 294 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn der Schuldner die Leistung ordnungsgemäß tatsächlich anbietet. Die Verpflichtung zum tatsächlichen Angebot der Leistung bedeutet, dass der Schuldner alles zu tun hat, was auf seiner Seite zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist. Nur die Annahme der Leistung durch den Vertragspartner darf zur Erfüllung der eigenen Leistungspflicht noch fehlen.[39] Vorliegend ist zwischen G und T vereinbart, dass T die 50.000 € an den Vereinssitz bringen soll.[40] Dies hat T getan, die Erfüllung seiner Leistungspflicht scheiterte daran, dass zum vereinbarten Termin niemand anwesend war. Ein tatsächliches Angebot im Sinne des § 294 BGB liegt vor.

*Hinweis:* Annahmeverzug ist auch dann anzunehmen, wenn man das Vorliegen eines tatsächlichen Angebots verneint, denn gem. § 296 BGB war das Angebot zumindest wegen der Nichteinhaltung des Übergabetermins entbehrlich.[41]

---

Hauptanspruchs die Einrede auch geltend machen will, spielt vorliegend keine Rolle, denn G hat nicht gesagt, dass er trotz ausgebliebener Teilzahlung leisten werde.

[32] Zum Begriff des Rückgewährschuldverhältnisses s. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, Vor § 322, Rn. 5.

[33] Ein Rückgriff auf die Zweifelsregel des § 271 BGB ist nicht erforderlich, da die Parteiabrede vorrangig ist, *Bittner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 271 BGB Rn. 4.

[34] Vgl. dazu ausführlich *Herresthal*, Jura 2008, 561 (562 f.).

[35] *Ernst* (Fn. 32), § 323 Rn. 47.

[36] *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 275 Rn. 2; *Löwisch/Caspers*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 275 Rn. 72; *Ernst* (Fn. 32), § 275 Rn. 13.

[37] *Grothe*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 244 Rn. 8 f.; Prütting/Wegen/Weinreich/*Schmidt-Kessel*, 4. Aufl. 2009, § 243 Rn. 5; *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 245 Rn. 12; *Toussaint*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 4. Aufl. 2008, § 243 Rn. 7, § 244 Rn. 3. Auch eine entsprechende Anwendung des § 243 Abs. 2 BGB ist wegen § 270 Abs. 1 BGB als lex specialis nicht möglich, vgl. *Schiemann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 243 Rn. 35; a.A. noch BGHZ 83, 293 (300).

[38] *Löwisch/Feldmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 300 Rn. 18; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 300 Rn. 7; *Unberath*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 300 Rn. 6.

[39] *Löwisch/Feldmann* (Fn. 38), § 294 Rn. 11.

[40] Nach § 270 Abs. 1 BGB muss Gläubiger dem Schuldner Geld an dessen Wohnsitz übergeben; die Norm ist aber bloße Auslegungsregel, Parteiabrede ist vorrangig, vgl. *Unberath* (Fn. 38), § 270 Rn. 5; zu der Frage, ob es sich bei der Geldschuld um eine Schickschuld oder eine modifizierte Bringschuld handelt, s. *Scheibengruber/Breidenstein*, WM 2009, 1393 (1396).

[41] BGH NJW-RR 1991, 267 (268).

Auch wenn nur kurzfristig niemand das Geld entgegennehmen konnte, scheitert der Annahmeverzug vorliegend nicht an § 299 BGB. Dieser setzt voraus, dass keine Leistungszeit bestimmt war, G und T haben aber vereinbart, wann T das Geld zu G bringen sollte. Es liegt somit Annahmeverzug vor. Folglich war in dem Zeitpunkt, als die Geldscheine gestohlen wurden, die Leistungsgefahr schon auf G übergegangen, G kann von T nicht nochmalige Leistung fordern. Auf den Nichterhalt der 50.000 € kann G einen Rücktritt nicht stützen.

Damit liegen die Voraussetzungen des Rücktritts gem. § 323 Abs. 1 BGB nicht vor.

*3. Entfall der Übereignungspflicht nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB*

P könnte dem T zudem den Entfall der Erfüllungspflicht des G entgegenhalten. Denkbar ist, dass G von seiner Erfüllungspflicht gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB befreit ist.

*Hinweis:* § 243 Abs. 2 BGB und § 300 Abs. 2 BGB sind Gefahrtragungsregeln, sie regeln die Frage, wer die Leistungsgefahr zu tragen hat, d.h. der Gefahr, bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes noch einmal mit einer gleichen Gattungssache leisten zu müssen; davon unabhängig ist die Frage der Gegenleistungsgefahr, d.h. der Gefahr, trotz zufälligen Untergangs des Leistungsgegenstandes zur Gegenleistung verpflichtet zu bleiben.

*a) Entfall der Leistungspflicht des Vertragspartners*

Vertragspartner des G ist der T. Dessen Pflicht zur Leistung von 50.000 € ist infolge Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB entfallen, s.o. 2. b).

*b) Teilleistung*

Vorliegend hat T 750.000 € gezahlt, er hat damit eine Teilleistung erbracht. In diesem Fall findet gem. § 326 Abs. 1 S. 1 2. HS BGB der § 441 Abs. 3 BGB entsprechende Anwendung. Das Gesetz sieht also bei Teilunmöglichkeit eine entsprechend geminderte Gegenleistung vor. Wie die Minderung bei einer unteilbaren Gegenleistung (hier: Übereignung eines Grundstücks) zu erfolgen hat, ist umstritten[42], vorliegend ist dieser Streit aber im Ergebnis irrelevant.

*c) Ausnahme gem. § 326 Abs. 2 BGB*

In Betracht kommt hier ein Behalt des Gegenleistungsrechts gem. § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB. G befand sich ab dem Zeitpunkt, in dem T das Geld am Vereinssitz übergeben wollte, in Annahmeverzug, s.o. Daher behält T seinen Anspruch auf die volle Gegenleistung.

*d) Ergebnis*

Die Leistungspflicht des G ist auch nicht entfallen. Auch dies kann P dem T also nicht entgegenhalten.

[42] Vgl. die Nachweise bei *Grothe* (Fn. 37), § 326 Rn. 32.

**IV. Ergebnis**

T hat gegen P einen Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung aus § 888 BGB.

**C. Anspruch des T gegen P auf Herausgabe der Grundbuchposition aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB**

Ein grds. denkbarer Anspruch des T gegen P auf Herausgabe der Grundbuchposition als erlangtes Etwas[43] aufgrund von Eingriffskondiktion scheitert zumindest am Vorrang der Leistungskondiktion, denn das Grundstück inkl. der Grundbuchposition wurde dem P von G geleistet.

**2. Teil: Ansprüche des T gegen B auf Beseitigung des Zauns**

**A. Anspruch des T gegen B aus § 985 BGB**

§ 985 BGB ist nicht auf Beseitigung der Beeinträchtigung eines Grundstücks gerichtet, sondern auf die Herausgabe des Besitzes an dem Grundstück. Die Norm ist daher von ihrem Anspruchsinhalt her bereits nicht geeignet.

**B. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB**

**I. Anspruch entstanden**

*1. Anspruchsberechtigung des T*

Der Wortlaut des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB ist eindeutig: Anspruchsberechtigt ist ausschließlich der Eigentümer des Grundstücks. Denkbar ist jedoch, dass T aufgrund seiner erworbenen Rechtsstellung dem Eigentümer gleichzustellen ist.

*a) Anspruchsberechtigung aufgrund Vormerkung*

Nach herrschender Meinung[44] hängt die Anspruchsberechtigung des Vormerkungsinhabers davon ab, gegen wen er die Unterlassungsansprüche geltend machen möchte. Anspruchsberechtigt soll der Vormerkungsinhaber nur dann sein, wenn er die Abwehransprüche gegenüber dem Erwerber (hier P) geltend machen will. Keine Anspruchsberechtigung soll gegenüber anderen Dritten (hier etwa B) bestehen. Dies wird zunächst mit der Wirkung der Vormerkung gem. § 883 Abs. 2 BGB erklärt: Nur im Verhältnis zum Erwerber wirke die Vormerkung, nur sein Vertrag mit dem vormaligen Eigentümer sei relativ unwirksam. Damit sei nur die Rechtsposition des Erwerbers, nicht aber die eines Dritten beeinträchtigt. Darüber hinaus sei diese Unterscheidung interessengerecht, weil der Veräußerer (hier G) Abwehransprüche gegenüber dem Erwerber nicht geltend machen werde, gegenüber einem Dritten schon. Dementsprechend sei der Vormerkungsinhaber im ersten Fall mit Ansprüchen auszustatten, im zweiten Fall nicht. Dieser Argumentationslinie folgend wird vor-

[43] *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 812 Rn. 74 mit Hinweis auf die Verfügungsbefugnis des Buchberechtigten über § 891 BGB.

[44] *Canaris*, in: Festschrift für Flume, Bd. I, 1978, S. 371 (384); *Hager*, JuS 1990, 429 (437); a.A. *Gursky* (Fn. 15), § 1004 Rn. 87; *Paulus*, JZ 1993, 555 (557).

gebracht, dass es bei Ansprüchen gegenüber Dritten zu einer Verdopplung der Zuständigkeit für die Geltendmachung (nämlich bei dem Veräußerer und dem Vormerkungsinhaber) komme, wenn beiden Ansprüche gegen den Dritten zustünden.[45]

Diese im Grundsatz zutreffende Unterscheidung kann jedoch dann nicht gelten, wenn Abwehransprüche gegen Störer geltend gemacht werden sollen, die aufgrund eines langfristigen Miet- oder Pachtvertrags mit dem Veräußerer die Störung vornehmen. Die Interessensituation ist hier eine andere als bei einem beliebigen Dritten. Es kommt zu keiner Kollision von Abwehransprüchen, weil der Veräußerer gegen die vertraglich gestattete Störung nichts unternehmen kann und will. Aus dem gleichen Grund kommt es auch zu keiner Verdopplung der Zuständigkeit. Zudem greift auch das Argument aus der Wirkweise der Vormerkung hier nicht, denn nach der ratio des § 883 Abs. 2 BGB wirkt die Vormerkung auch gegenüber den Gläubigern langfristiger Miet- und Pachtverträge.[46] Diese Argumentation ist noch durch die allgemeine Erwägung zu ergänzen, dass eine möglichst frühe Gelegenheit der Anspruchsstellung durch den Vormerkungsinhaber letztlich auch den Störer vor umfangreicher Inanspruchnahme schützt, weil er frühzeitig um die Ansprüche weiß und die störende Maßnahme stoppen kann. Dies führt dazu, dass er weniger Investitionen tätigt und gleichzeitig weniger umfangreich beseitigen muss.

Folglich ist T hier auch gegenüber B und zwar bereits aufgrund seiner Vormerkung anspruchsberechtigt.

*b) Anspruchsberechtigung aufgrund Anwartschaftsrechts*

Die Anspruchsberechtigung des T könnte sich weiter daraus ergeben, dass er ein Anwartschaftsrecht an dem Grundstück erlangt hat. Vorliegend hat T noch kein Eigentum an dem Grundstück erlangt, es fehlt an der dazu erforderlichen Eintragung. Allerdings haben G und T schon gem. § 873 Abs. 2 BGB bindende Auflassungserklärungen abgegeben und zugunsten des T ist eine Vormerkung eingetragen. Ob daraus ein Anwartschaftsrecht und damit eine Anspruchsberechtigung im Rahmen des § 1004 BGB folgt, ist umstritten.

*Hinweis:* Die Vormerkung alleine reicht unbestritten nicht aus, um ein Anwartschaftsrecht zu begründen.[47] Hier gilt es in der Falllösung zu unterscheiden: Eine Anspruchsberechtigung im Rahmen des § 1004 BGB ist über die Vormerkung unmittelbar denkbar, aber die Vormerkung alleine begründet kein Anwartschaftsrecht. Für die Anspruchsberechtigung bestehen hier also zwei parallele Argumentationslinien.

*aa) Anwartschaftsrecht mit bindender Einigung*

Teilweise wird vertreten, ein Anwartschaftsrecht an einem Grundstück entstehe bereits in dem Zeitpunkt, in dem bindende Auflassungserklärungen gem. § 873 Abs. 2 BGB vorliegen.[48] Schon in diesem Zeitpunkt bestehe eine gesicherte Rechtsposition, die dem Erwerber von dem Veräußerer nicht mehr einseitig genommen werden könne und dem Eigentum vergleichbar sei. Allein deshalb, weil ein Dritter dieses Recht über einen gutgläubigen Erwerb des Grundstücks vereiteln könne, verliere es nicht seinen Charakter als Recht. Eine dem § 161 Abs. 3 BGB bei beweglichen Sachen vergleichbar starke Sicherung des Rechts gegen Zwischenverfügungen sei nicht zu fordern.[49]

Nach dieser Ansicht ist vorliegend ein Anwartschaftsrecht entstanden.

*bb) Anwartschaftsrecht durch bindende Einigung und Vormerkung*

Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur fordern eine gewisse Verdinglichung der Rechtsposition. Dazu ist allerdings nicht das Vorliegen eines Eintragungsantrags erforderlich,[50] sondern die Eintragung einer Vormerkung reicht bereits aus.[51] Der Vormerkungsinhaber erlange vor allem über § 883 Abs. 2, 3 BGB eine dingliche Sicherung seines Anspruches, denn er ist vor Zwischenverfügungen des Veräußerers geschützt. Diese Rechtsposition kann der Veräußerer dem Erwerber auch nicht mehr einseitig nehmen.

Auch nach dieser Ansicht ist vorliegend ein Anwartschaftsrecht entstanden.

*cc) niemals Anwartschaftsrecht*

Nach wiederum anderer Ansicht besteht vor der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch niemals eine dem Eigentum vergleichbare Rechtsposition.[52] In Bezug auf die Vormerkung wird zugestanden, dass diese gewisse dingliche Wirkungen zeitige. Diese dinglichen Wirkungen träten jedoch schon allein aufgrund der Vormerkung ein, eine gleichzeitige Zuer-

[45] Ausführliche Argumentation bei *Canaris* (Fn. 44), S. 371 (385-387).
[46] Dazu genauer unter 4. c.
[47] Vgl. *Habersack*, JuS 2000, 1145 (1147); *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 13 Rn. 63.
[48] *Kanzleitner* (Fn. 14), § 925 Rn. 37; *Augustin*, in: Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 12. Aufl. 1978, §§ 925, 925a Rn. 84.
[49] *Reinicke/Tiedke*, NJW 1982, 2281 (2282).
[50] Ob dies ausreicht, ist ebenfalls umstritten. Hier erlangt insbesondere § 17 GBO eine Schlüsselrolle in der Argumentation, vgl. zu diesem Streit *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 13 Rn. 62.
[51] So *Grün*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 925 Rn. 43; *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 925 Rn. 25; *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 19 Rn. 15; *Brehm/Berger* (Fn. 12), § 11 Rn. 19; BGHZ 83, 395 (399); 89, 41 (45); 106, 108 (111) hinsichtlich der Pfändbarkeit.
[52] *Medicus* (Fn. 24), Rn. 469; *Wilhelm* (Fn. 9), Rn. 2332; *Habersack*, JuS 2000, 1145 (1147) spricht von einer unnötigen „Erhöhung" zu einem Anwartschaftsrecht; dem widerspricht *Konzen*, in: Festgabe 50 Jahre BGH Bd. I, S. 871 (886, 894) mit Hinweis auf §§ 1281, 1282 BGB.

kennung eines Anwartschaftsrechts sei nicht erforderlich. Zudem sei die Rechtsposition die der gem. § 883 Abs. 2 BGB gesicherte Erwerber mit Eintragung der Vormerkung erlange, bloß ein vom Auflassungsanspruch abhängiges, streng akzessorisches Gebilde, das dem Eigentum nicht vergleichbar sei.[53]

*dd) Streitentscheid*

Ein Anwartschaftsrecht entsteht, wenn von einem mehraktigen Erwerbstatbestand schon so viele Teilakte erfüllt sind, dass der Veräußerer diese Rechtsposition nicht mehr einseitig zerstören kann. Mit bindender Auflassungserklärung über § 873 Abs. 2 BGB kann der Veräußerer diese nicht mehr zurücknehmen. Gleichzeitig sind alle Zwischenverfügungen über § 883 Abs. 2 BGB gegenüber dem Erwerber relativ unwirksam. Die Voraussetzungen des Anwartschaftsrechts liegen somit in diesen Fällen vor. Wie die Vormerkung rechtlich einzuordnen ist, bleibt insoweit unerheblich. Gleiches gilt für die Frage, ob die Gewährung eines Anwartschaftsrechts über die Vormerkungswirkung hinaus erforderlich ist.

Es ist somit ein Anwartschaftsrecht zugunsten des T entstanden, auch darüber ist er anspruchsberechtigt im Rahmen des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB.

*2. Anspruchsgegner: Störer*

Vorliegend hat der Anspruchsgegner B den Zaun errichtet. Er ist somit Handlungsstörer.[54]

*3. Eigentumsbeeinträchtigung*

Das Eigentum muss gegenwärtig und durch menschliches Verhalten hervorgerufen sein und darf nicht in der Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes liegen.[55]

Vorliegend ist die Inbesitznahme des Grundstücks durch T problemlos möglich, nur bleibt der Zaun dabei bestehen. Es liegt somit eine Beeinträchtigung in sonstiger Weise vor.

*4. Keine Duldungspflicht*

Gem. § 1004 Abs. 2 BGB ist der Beseitigungsanspruch ausgeschlossen, wenn eine Duldungspflicht besteht. Eine Duldungspflicht könnte sich vorliegend aus Landpachtvertrag gem. §§ 581, 585 BGB ergeben, wenn der zwischen G und B geschlossene Vertrag auch den T binden würde. Denkbar ist eine solche Bindung des Erwerbers gem. §§ 581 Abs. 2, 566 Abs. 1 BGB.

*a) Vertragstyp*

Vertrag ist Pachtvertrag gem. § 581 Abs. 1 BGB, denn B soll in Abgrenzung vom Mietvertrag nicht nur zur Nutzung, sondern auch zur Fruchtziehung berechtigt sein, insbesondere Kartoffeln als unmittelbare Sachfrüchte[56] ernten können. Es liegt der Sonderfall eines Landpachtvertrages gem. § 585 Abs. 1 S. 1, 2 BGB vor, denn B will das Grundstück zur Bodennutzung verwenden. Auf einen Landpachtvertrag finden gem. § 581 Abs. 2 BGB die mietvertraglichen Vorschriften zwar im Grundsatz keine Anwendung, aber gem. § 593b BGB gilt eine Gegenausnahme für § 566 Abs. 1 BGB; Grundsatz, dass der Erwerber des Grundstücks mit der Veräußerung in die Rechte und Pflichten des Veräußerers eintritt, gilt auch hier.[57]

*b) Grundsätzliche Rechtsfolge*

Als Rechtsfolge ergibt sich aus §§ 593b, 566 Abs. 1 BGB, dass der zwischen G und B geschlossene Pachtvertrag den Rechtsnachfolger T mit Eigentumserwerb bindet. Vorliegend hat T das Grundstück zwar noch nicht erworben, die Erweiterung der Anspruchsberechtigung auf den Anwartschaftsberechtigten und Vormerkungsinhaber hat aber im Rahmen der Duldungspflichten zur Folge, dass T sich auch hier schon wie ein Eigentümer behandeln lassen muss.

Danach bestünde eine Duldungspflicht des T.

*c) Unwirksamkeit aufgrund Vormerkung?*

Denkbar ist jedoch, dass T sich aufgrund seiner Vormerkung den Abschluss des Pachtvertrags zwischen G und B nicht entgegenhalten lassen muss. Der Vertragsabschluss könnte gem. § 883 Abs. 2 BGB gegenüber T unwirksam sein. Dies ist allerdings höchst problematisch.

*aa) eine Ansicht: keine Unwirksamkeit*

Die zumindest früher herrschende Meinung verweist auf den Wortlaut des § 883 Abs. 2 S. 1 BGB. Dieser spricht von einer „Verfügung", also von einem Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf die dingliche Rechtslage einwirkt.[58] Darunter fällt der Abschluss eines Pachtvertrages nicht.[59] Pacht sei auch kein Minus, sondern als schuldrechtliches Rechtsgeschäft gerade ein Aliud zu einer Verfügung, sodass eine mit dinglichen Rechten vergleichbare Rechtslage nicht bestehe.

*Hinweis: Staake* und *Löhnig/Gietl*[60] verweisen auf die Möglichkeit der Verwertungskündigung durch den Vermieter nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB als wesentlichen Unterschied zum Nießbrauch. Dies ist freilich nicht ohne Weiteres mög-

[53] *Gursky* (Fn. 15), § 873 Rn. 184 m.w.N.
[54] Zum Störerbegriff s. a. *Brehm/Berger* (Fn. 12), § 7 Rn. 9.
[55] Im letzten Erfordernis zeigt sich das Verhältnis zu § 985 BGB: § 1004 BGB ergänzt diesen, vgl. statt aller *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 9 Rn. 4.
[56] Zu den verschiedenen Arten von Früchten vgl. *Ellenberger* (Fn. 4), § 99 Rn. 2 ff.
[57] Die Überschrift des § 566 BGB ist insoweit unglücklich, als es für den Vertragsübergang nicht auf den Abschluss des Kaufvertrags ankommt, sondern auf den Eigentumsübergang, vgl. dazu *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 566 Rn. 26.
[58] Beispiele bei *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 19 Rn. 6.
[59] *Augustin* (Fn. 48), § 883 Rn. 93 mit Verweis auf die Unterscheidung zwischen Verfügung und Vermietung/Verpachtung in §§ 1821 Nr. 1, 1822 Nr. 4 BGB.
[60] *Staake*, Jura 2006, 561 (565); *Löhnig/Gietl*, JuS 2008, 102, (104 f.).

lich.[61] Zudem passt § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB im vorliegenden Fall nicht, denn bei bereits abgeschlossenem Mietvertrag und erfolgter Eintragung einer Auflassungsvormerkung steht der Kaufpreis fest, wirtschaftliche Nachteile drohen dem Vermieter nicht mehr.[62]

Auch wertungsmäßig sei eine Sicherung des Erwerbers gegen den Mieter bzw. Pächter nicht erforderlich, denn die Beschränkung der Herrschaftsmacht des Erwerbers erfolge nicht ohne Ausgleich, weil der Erwerber den Miet-/Pachtzins erhält und darüber hinausgehenden Schaden vom Veräußerer ersetzt verlangen kann. Zudem unterliefe die Annahme einer Unwirksamkeit eines Mietvertrags die soziale Schutzfunktion, die § 566 BGB beabsichtigt und die darin besteht, dass Veräußerungen die Rechtsposition des Mieters unberührt lassen.[63] Die Rechtsprechung betont vor allem, dass sowohl der Erwerber des Grundstücks, als auch der Mieter bzw. Pächter lediglich über einen schuldrechtlichen Anspruch verfügen und es daher nicht gerechtfertigt ist, einen der beiden Anspruchsinhaber zu bevorzugen, indem der andere Vertragsabschluss für unwirksam erklärt wird.[64]

*bb) Gegenansicht: Unwirksamkeit*

Nach einer vor allem in der Literatur vertretenen Gegenansicht[65] ist § 883 Abs. 2 BGB bei langfristigen Miet- und Pachtverträgen analog[66] anzuwenden, sodass auch diese schuldrechtlichen Rechtsgeschäfte gegenüber dem Vormerkungsinhaber relativ unwirksam sind.

Eine Regelungslücke liegt vor, denn die Frage, ob auch schuldrechtliche Rechtgeschäfte im aufgrund vorher eingetragene Vormerkung unwirksam sein können, ist im Gesetz weder positiv noch negativ geregelt.

Aus der ratio legis, einschneidende Beschränkungen der späteren Rechtsausübung zu verhindern, leitet die Literatur ab, dass die Lücke auch planwidrig sei. Der Gesetzgeber wollte die Vormerkung so ausgestalten, dass sie umfassenden Erwerbsschutz gewährleistet.[67] Dies ist nur dann gesichert, wenn auch Miet- und Pachtverträge relativ unwirksam sind.[68] Zudem wirken Miet- und Pachtvertrag über § 566 Abs. 1 BGB quasi-dinglich,[69] sie binden auch den Rechtsnachfolger. Sie dann von der Wirkung des § 883 Abs. 2 BGB auszunehmen, kann nicht der Wille des Gesetzgebers sein.

Die Interessen des Vormerkungsinhabers sind in gleicher Weise wie etwa bei einem Nießbrauchsrecht beeinträchtigt, denn gerade bei langfristigen Pachtverträgen kann der Erwerber sein Grundstück über geraume Zeit nicht nutzen. Es ist zudem auch bei einem Vergleich der Rechtsstellung von Nießbrauchsberechtigtem und Pächter nicht systemkonform, dem nur schuldrechtlich Berechtigten eine stärkere Rechtsstellung einzuräumen als dem dinglich Berechtigten, dessen Recht als vormerkungswidrig unwirksam wäre.[70]

*cc) Streitentscheid*

Durch die Einforderung von Mietzins und Schadensersatz ist der Erwerber gerade nicht hinreichend geschützt. Sein Interesse besteht darin, das Grundstück unbeschränkt nutzen zu können, und nicht darin, einen finanziellen Ausgleich zu erlangen.

Der aus Wertungsgesichtspunkten beim Mietvertrag vorgebrachte soziale Schutz des Mieters greift bei dem Pachtvertrag nicht, vorliegend ist nicht der Wohnraum des Mieters betroffen.[71] Daher sprechen die besseren Argumente vorliegend für die zweite Ansicht. Der Pachtvertrag ist gegenüber T relativ unwirksam, es besteht keine Duldungspflicht.[72]

*5. Ergebnis*

Es besteht keine Duldungspflicht, der Anspruch auf Beseitigung des Zauns ist entstanden.

**II. Anspruch nicht erloschen**

Erlöschensgründe sind nicht ersichtlich.

**III. Anspruch durchsetzbar**

Der Anspruch ist fällig und einredefrei.

**IV. Ergebnis**

Es besteht ein Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB.

---

[61] Vgl. dazu die Rechtsprechungsnachweise bei *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 573 Rn. 35.

[62] Vgl. dazu OLG Stuttgart, ZMR 2006, 42. Auch *Blank*, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 573 Rn. 163 spricht von „geplantem" Hausverkauf.

[63] So *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 20 Rn. 41.

[64] So schon BGHZ 13, 1 (4); ohne weitere Begründung bestätigt in BGH NJW 1989, 451, zustimmend *Kössinger* (Fn. 20), § 883 Rn. 52.

[65] *Kohler* (Fn. 22), § 883 Rn. 54 bezeichnet diese m.w.N. als die mittlerweile herrschende Meinung; *Westermann* (Fn. 20), § 83 IV 3c nennt noch die Gegenansicht herrschend.

[66] Dass eine direkte Anwendung ausscheidet, ist heute ganz allgemeine Meinung; zur früher vertretenen Auffassung, § 883 Abs. 2 BGB sei direkt anwendbar, vgl. die Nachweise bei *Gursky* (Fn. 15), § 883 BGB Rn. 210.

[67] *Wilhelm* (Fn. 9), Rn. 2289.

[68] *Canaris* (Fn. 44), S. 371 (394); *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 20 Rn. 42; *Kohler* (Fn. 22), § 883 Rn. 54.

[69] Zu diesem Sukzessionsschutz ausführlich *Canaris* (Fn. 44), S. 371 (394); auch *Gursky* (Fn. 15), § 883 Rn. 211.

[70] *Westermann* (Fn. 20), § 83 IV 3c; *Wilhelm* (Fn. 9), Rn. 2289 sieht dagegen sowohl die Position des Pächters als auch diejenige des Vormerkungsinhabers als verdinglicht an und löst die Konkurrenzfrage über den Rang der Rechte.

[71] Infolge dessen greift auch das von *Löhnig/Gietl*, JuS 2008, 102 (104 f.) vorgebrachte Argument der Kündbarkeit nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB vorliegend nicht.

[72] Auch die von *Haedicke*, JuS 2001, 966 (972) empfohlene Abwägung der Schutzzwecke von § 883 BGB und § 566 BGB käme im Falle des Pachtvertrags wohl dazu, dass der Schutz nach § 883 BGB vorrangig sein muss.

**C. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 861 Abs. 1 BGB**

Die Anspruchsgrundlage ist von ihrem Anspruchsziel her ungeeignet, denn T verlangt nicht die Wiedereinräumung des Besitzes.

**D. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 862 Abs. 1 BGB**

Ein solcher Anspruch besteht nicht, denn T hat das Grundstück bislang nicht in Besitz genommen.

**E. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 1007 BGB**

Die Anspruchsgrundlage ist von ihrem Anspruchsziel her ungeeignet, denn T verlangt nicht die Wiedereinräumung des Besitzes.

**F. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus §§ 992, 823 Abs. 1 BGB**

**I. Anspruch entstanden**

*1. Vindikationslage*

*a) Besitz des B*

Besitz ist die tatsächliche Sachherrschaft getragen von einem Herrschaftswillen. Was für den Besitzerwerb an Grundstücken erforderlich ist, hängt von den Umständen ab. Eindeutige Nutzungshandlungen können ausreichend sein.[73] Vorliegend macht B durch die Vorbereitung des Anbaus von Kartoffeln deutlich, dass er allein das Grundstück besitzen will. B ist somit Besitzer gem. § 854 Abs. 1 BGB.

*b) Eigentum des T*

Vorliegend ist T noch nicht Eigentümer des Grundstücks, er ist jedoch Inhaber eines Anwartschaftsrechts, s.o. B. I. 1. b). Das Anwartschaftsrecht ist wesensgleiches Minus zum Eigentum und wird wie dieses behandelt.[74]

*c) Kein Besitzrecht des B*

In Betracht kommt eine Besitzberechtigung des B aufgrund des mit G abgeschlossenen Pachtvertrags, dieser ist aber gegenüber T relativ unwirksam, s.o. B. I. 4. c).

*2. Verbotene Eigenmacht*

Gem. § 992 BGB müsste B seinen Besitz durch schuldhafte[75] verbotene Eigenmacht erlangt haben. Verbotene Eigenmacht liegt gem. § 858 Abs. 1 BGB vor, wenn dem Besitzer der Besitz ohne oder gegen dessen Willen entzogen wird. Vorliegend hat B den Besitz an dem Grundstück aber von G, dem damaligen Besitzer, überlassen bekommen.

Verbotene Eigenmacht liegt damit nicht vor.

*3. Ergebnis*

Ein Anspruch aus §§ 992, 823 Abs. 1 BGB ist nicht entstanden.

**II. Ergebnis**

T hat keinen Anspruch auf Beseitigung des Zauns aus §§ 992, 823 Abs. 1 BGB.

**G. Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 823 Abs. 1 BGB**

**I. Anwendbarkeit**

Vorliegend ist eine Vindikationslage gegeben. In einer solchen Situation ist § 823 Abs. 1 BGB nur unter den Voraussetzungen des § 992 BGB anwendbar. Das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer ist über die §§ 987 ff. BGB fein austariert, es soll insoweit abschließend sein.[76] Dies ergibt sich schon aus § 993 Abs. 1 2. HS BGB, der weitergehende Ansprüche gegen den gutgläubigen unverklagten Besitzer explizit ausschließt. Darüber hinaus würde gerade bei Anwendungen der Vorschriften über unerlaubte Handlungen § 992 BGB obsolet.

*Hinweis:* Ergänzend sei nur angemerkt, dass auch die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB nicht vorliegen: B müsste die Rechtsgutsverletzung fahrlässig im Sinne des § 276 Abs. 1, 2 BGB vorgenommen haben (wichtiger Unterschied zwischen § 1004 BGB und § 823 BGB!). Vorliegend müsste B also bei Bau des Zauns die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben bezüglich des Anwartschaftsrechts des T. Anknüpfungspunkt für eine solche Pflichtverletzung ist, dass B nicht im Grundbuch nachgesehen hat, ob zugunsten des T eine Vormerkung besteht. Eine solche Pflicht besteht jedoch nicht.

**II. Ergebnis**

Es besteht kein Anspruch des T gegen B auf Beseitigung des Zauns aus § 823 Abs. 1 BGB.

[73] *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 854 Rn. 41 mit Hinweis auf RGZ 98, 279 (280) – Kiesentnahme.

[74] *Baldus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 985 Rn. 3; *Eckert* (Fn. 26), § 985 Rn. 2; *Baur/Stürner* (Fn. 1), § 59 Rn. 3; unentschlossen *Habermeier*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 4. Aufl. 2008, § 985 Rn. 4.

[75] Strittig, vorliegend aber ohne Belang. Vgl. zur Vertiefung die Nachweise bei *Vieweg/Werner* (Fn. 8), § 8 Rn. 19.

[76] *Wieling* (Fn. 17), Rn. 1341.

# Übungsfall: Streit um den Vertrag von Lissabon

Von **Patricia Sarah Stöbener**, LL.M. (King's College London) und **Mattias Wendel**, Maître. en droit (Paris I), Berlin*

**Sachverhalt**

Nach langjährigen Debatten über eine Reform der Europäischen Union (EU) und dem Scheitern des Vertrags über eine Verfassung für Europa (VVE) einigen sich die Mitgliedstaaten auf eine umfassende Änderung der bestehenden europäischen Verträge, die am 13.12.2007 in Gestalt eines Reformvertrages von den Staats- und Regierungschefs in Lissabon unterzeichnet wird.

Der EG-Vertrag wird zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Die Säulenstruktur wird aufgehoben und die EU erhält eine einheitliche Rechtspersönlichkeit. Es bleibt aber dem Inhalt nach bei der intergouvernementalen Zusammenarbeit in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP). Mit der ausdrücklichen Aufnahme eines Austrittsrechts (Art. 50 EUV n.F.) wird die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft in der EU unterstrichen.

Es wird ein Katalog eingeführt, der die bisherigen Kompetenzen ordnet. Vereinzelt werden die Kompetenzen auch zugunsten der EU erweitert, z.B. im Bereich Inneres, Außenhandel mit Dienstleistungen, Energie, sowie durch Unterstützungskompetenzen in den Bereichen Raumfahrt, Tourismus, Sport und Katastrophenschutz. Insbesondere können zur besseren Zusammenarbeit in Strafsachen nach Art. 83 AEUV nunmehr Mindestvorschriften im materiellen Strafrecht für Straftaten in Bereichen besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension erlassen werden. Überdies können in Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung auch Harmonisierungsmaßnahmen in anderen Politikbereichen Strafvorschriften enthalten (sog. Annexzuständigkeit).

Im Rahmen der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik kann die Union militärische Missionen im Ausland beschließen. Es wird eine Beistandsklausel eingeführt, die aber den besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten unberührt lässt (Art. 42 Abs. 1, 4 bzw. 7 EUV).

Was das Normgebungsverfahren auf europäischer Ebene anbelangt, werden im Rat die Mehrheitsentscheidungen ausgeweitet und zudem ein System der doppelten Mehrheit eingeführt. Damit ist für eine erfolgreiche Abstimmung im Rat nicht nur eine Mehrheit von 55% der Mitgliedstaaten, sondern zugleich von 65% der Bevölkerung erforderlich. Auch werden die Rechte des Europäischen Parlaments (EP) gestärkt, indem dieses nun in der Regel jedem Rechtsakt zustimmen muss. Die Sitzverteilung erfolgt jedoch weiterhin degressiv proportional, sodass die Sitze nicht exakt entsprechend der Bevölkerungsverteilung auf die Mitgliedstaaten verteilt werden. Durch den Lissabonner Vertrag werden zudem die nationalen Parlamente aufgewertet und in die Kontrolle der Einhaltung der Kompetenzausübungsvorschriften und damit in die europäische Rechtsetzung einbezogen. Dies reicht bis zu einem Klagerecht der nationalen Parlamente vor dem EuGH wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 3 EUV, Art. 12 lit. b), Art. 7 des Subsidiaritätsprotokolls).

In einem vereinfachten Vertragsänderungsverfahren (Art. 48 Abs. 6 EUV) können durch Beschluss des Europäischen Rates mit Zustimmung des EP die Vorschriften zu den Politikbereichen im AEUV geändert werden, soweit dies nicht zu einer Ausdehnung der Zuständigkeiten der Union führt. Ein solcher Beschluss tritt erst nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft. Überdies kann im sog. Brückenverfahren (Art. 48 Abs. 7 EUV) von der Einstimmigkeit im Rat zur qualifizierten Mehrheit übergegangen werden. Die nationalen Parlamente haben dabei ein sechsmonatiges Vetorecht. Daneben wird die sog. Vertragsabrundungskompetenz (ehemals Art. 308 EG, jetzt Art. 352 AEUV) über den Gemeinsamen Markt hinaus auf alle Ziele des Vertrags ausgedehnt, sodass ein Tätigwerden der Union auch ohne spezielle Zuständigkeit erlaubt ist, wenn dies erforderlich ist, um ein Ziel der Union zu erreichen. Neben der Einstimmigkeit im Rat ist hierfür nunmehr auch die Zustimmung des EP erforderlich. Eine Harmonisierung ist jedoch nicht erlaubt. Ebenso wenig darf die Vorschrift als Rechtsgrundlage für Maßnahmen im Bereich der GASP dienen.

In Deutschland wird zur Ratifikation des Vertragswerks der Entwurf eines *Zustimmungsgesetzes* nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG in das Gesetzgebungsverfahren eingeleitet.

Darüber hinaus soll ein *Begleitgesetz* über die Rechte des Bundestags und Bundesrats deren Beteiligung vor allem im Rahmen des Brückenverfahrens im Einzelnen festlegen. Dieses beschränkt sich auf eine Pflicht der Bundesregierung zur frühzeitigen Information von Bundestag und Bundesrat und gestaltet zudem das Vetorecht im Fall der Brückenklauseln und die Klagemöglichkeit bei der Subsidiaritätskontrolle aus.

Der Bundestag beschließt das Zustimmungsgesetz mit 515 von 574 abgegebenen Stimmen. Nur die 53 Abgeordneten der L-Fraktion sowie einzelne Abgeordnete wie der Abgeordnete G stimmen gegen das Gesetz. Auch der Bundesrat stimmt mit Zweidrittelmehrheit zu. Das Begleitgesetz wird ebenfalls formell verfassungsgemäß verabschiedet. Die Gesetze werden an den Bundespräsidenten zur Ausfertigung weitergeleitet.

Der *Abgeordnete G* hält den Reformvertrag für verfassungswidrig und legt sowohl gegen das Zustimmungsgesetz als auch gegen das Begleitgesetz Verfassungsbeschwerde ein. Er meint, der Verlust an Entscheidungskompetenzen des Bundestags, das Demokratiedefizit der EU und die Entwicklung zu einem europäischen Bundesstaat verletzten ihn – ganz unabhängig von seinem Abgeordnetenstatus – als deutschen Staatsbürger in seinem Recht zur Wahl des Bundestages, sodass er sich auch individuell dagegen wehren könne.

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht der Humboldt-Universität zu Berlin, Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. Ingolf Pernice. Für wertvolle Anregungen und Hinweise danken wir unserem Kollegen Lars S. Otto.

Der Reformvertrag überschreite den Rahmen der nach Art. 23 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG zulässigen Integration. Die seit Beginn der Integration äußerst zahlreichen Kompetenzübertragungen an die EU führten dazu, dass das deutsche Volk den Einfluss auf die Rechtsetzung verliere, zumal die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen von Mehrheitsentscheidungen überstimmt werden könne. Jedenfalls mit der Kompetenz der Union, materielle Strafrechtsvorschriften zu erlassen und damit sozialethische Grundentscheidungen zu treffen, die die persönliche Freiheit des Einzelnen beschränken, würden zentrale staatliche Befugnisse abgegeben. Durch das vereinfachte Vertragsänderungsverfahren sowie die Vertragsabrundungsklausel in ihrer Neufassung werde der Union faktisch die Möglichkeit gegeben, sich künftig selbst Kompetenzen zu schaffen. Diese Kompetenz-Kompetenz umgehe die nationalen Parlamente und beende die Stellung der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge.

Letztlich werde mit dem Vertrag von Lissabon ein europäischer Bundesstaat geschaffen und die Bundesrepublik Deutschland im Gegenzug entstaatlicht, was jedoch allenfalls durch eine neue Verfassung nach Art. 146 GG geschehen dürfe. Die Aushöhlung der Befugnisse des Bundestages könne nicht durch die Einbindung bei der Subsidiaritätskontrolle ausgeglichen werden und verletze das über Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Demokratiegebot und damit zugleich die souveräne Staatlichkeit Deutschlands. Die Stärkung des EP durch die Ausweitung seiner Mitentscheidungsrechte könne dieses Legitimationsdefizit keinesfalls ausgleichen. Zudem sei das EP selbst undemokratisch, weil der Zählwert einer Stimme von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variiere. Der Umstand, dass eine maltesische Stimme bei den Wahlen zum EP hinsichtlich des Zählwertes annähernd zwölf mal so viel wert ist wie eine deutsche, zeige, dass das EP letztlich keine echte Volksvertretung sei. Die Stärkung des EP schwäche damit sogar die demokratische Legitimation der EU durch die nationalen Regierungen im Rat, die wiederum von den nationalen Parlamenten kontrolliert werden. Ohnehin fehle es der EU an einer hinreichenden öffentlichen Meinung. Schließlich werde durch die EU-Militärmissionen und die Beistandspflicht der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt verletzt.

Das Zustimmungsgesetz sei daher verfassungswidrig. Ebenso verhalte es sich mit dem Begleitgesetz, das für vereinfachte Vertragsänderungen, die Anwendung der Brückenklauseln und der Flexibilitätsklausel ein Zustimmungserfordernis seitens des Bundestags vorsehen müsse.

Der *Deutsche Bundestag* und die *Bundesregierung* vertreten hingegen die Ansicht, dass die Verfassungsbeschwerde einer Einzelperson gegen ein Vertragsgesetz bereits unzulässig sei. Es könne nicht angehen, dass potenziell allen Wahlberechtigten in Deutschland eine Klage gegen das Zustimmungsgesetz mit dem Argument offen stehe, sie seien in ihrem Wahlrecht verletzt. Würde die Klage für zulässig erklärt, bedeutete dies eine gänzliche Umgehung des enumerativen Klagekatalogs und der jeweiligen Zulässigkeitsvoraussetzungen in Art. 93 GG. Zudem könne nicht über das Einfallstor des Wahlrechts eine objektive Prüfung des Demokratieprinzips einschließlich eines – so im Grundgesetz gar nicht verankerten, geschweige denn über Art. 79 Abs. 3 GG geschützten – Prinzips der „souveränen Staatlichkeit“ erfolgen.

Jedenfalls sei die Verfassungsbeschwerde unbegründet. Die EU werde gerade kein europäischer Bundesstaat. Das zeige nicht nur das Austrittsrecht. Es komme ferner zu keiner wesentlichen Übertragung neuer Hoheitsrechte an die EU. Vielmehr würden hauptsächlich bestehende Kompetenzen klarer festgelegt. Außerdem handle es sich bei der Konzeption des Grundgesetzes gerade um eine „offene Staatlichkeit“, die nicht nur die Übertragung von Hoheitsrechten erlaube, sondern die Mitwirkung an Europa sogar als Verfassungsziel festschreibe. Zudem erweitere die EU die Handlungsmöglichkeiten Deutschlands in einer globalisierten Welt und beschränke sie nicht. Was die Möglichkeit vereinfachter Vertragsänderungen anbelangt, so weist der Bundestag darauf hin, dass diese bereits nach dem Wortlaut des Art. 48 Abs. 6 EUV nicht zu einer Ausdehnung der Zuständigkeiten der Union führen dürften und die Brückenklauseln bereits begriffslogisch nur auf bereits übertragende Kompetenzen anwendbar seien. Auch die Vertragsabrundungskompetenz könne keinesfalls eine Kompetenz-Kompetenz begründen, da sie an enge inhaltliche und verfahrensrechtliche Voraussetzungen, wie die Einstimmigkeit im Rat und die Zustimmung des EP, geknüpft sei. Die Kompetenzen im Bereich des Strafrechts seien zudem durch die Beschränkung auf wenige schwere Straftaten mit grenzüberschreitender Dimension hinreichend begrenzt.

Was die demokratische Legitimation der supranationalen Hoheitsgewalt angehe, so sei zu berücksichtigen, dass auf die supranationale Ebene nicht einfach ungefiltert der Maßstab staatlicher Verwirklichungsformen von Demokratie angelegt werden dürfe. Auch wenn das EP in einigen Punkten von nationalen Parlamenten abweiche, so sei es in seiner spezifischen Struktur doch gerade auf eine supranationale Union ausgelegt. Seine Stärkung erhöhe die Legitimität der europäischen Rechtssetzung. Dass der Zählwert der Stimmen von Land zu Land nicht gleich ist, folge aus der Tatsache, dass die kleineren Mitgliedstaaten andernfalls nur wenige, bzw. nur einen einzigen Abgeordneten entsenden könnten, was aber nicht die politische Meinungsbildung im jeweiligen Staat ausdrücken könne. Zudem sei im Gegenzug gerade die Berücksichtigung der Bevölkerungsmehrheit im Rat ein Zugewinn an Legitimation. EP und Rat enthielten als europäischer Gesetzgeber also beide jeweils ein Bürger- und ein föderales Staatenelement. Darüber hinaus seien partizipatorische und deliberative Elemente (Bürgerbegehren, repräsentative Verbände im Wirtschafts- und Sozialausschuss) sowie die Einbindung der nationalen Parlamente im Rahmen der Subsidiaritätskontrolle zu berücksichtigen. Das Zustimmungsgesetz sei daher mit den grundgesetzlichen Vorgaben vereinbar.

Hinsichtlich der Begleitgesetze seien keine weiteren konstitutiven Zustimmungspflichten des Bundestages für Entscheidungsverfahren auf europäischer Ebene notwendig. In Bezug auf die Brückenklauseln antizipierten Bundestag und Bundesrat durch die Zustimmung zum Vertrag von Lissabon ja gerade, dass in diesen Bereichen durch Ratsbeschluss zur qualifizierten Mehrheit bzw. zum ordentlichen Gesetzge-

bungsverfahren übergegangen werden dürfte. In Bezug auf die Vertragsabrundungskompetenz sei eine parlamentarische Legitimation nicht nur mittelbar durch die parlamentarische Kontrolle des Regierungshandelns, sondern nach der Neufassung nunmehr auch unmittelbar durch das EP gegeben. Auch das Begleitgesetz sei daher mit dem Grundgesetz vereinbar.

Hat die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?

**Abwandlung**

Auch die L-Partei möchte vor das BVerfG ziehen. Ihre Bundestagsfraktion strengt daraufhin einen Organstreit gegen den Bundestag an.

Prüfen Sie die Zulässigkeit des Antrags.

**Lösung**[1]

**A. Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde**

Die Verfassungsbeschwerde des G wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

**I. Zulässigkeit**

*1. Zuständigkeit*

Das BVerfG ist für Verfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG zuständig.

*2. Beschwerdeführer*

Gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG kann „jedermann" Verfassungsbeschwerde erheben. G beruft sich nicht als Abgeordneter auf seinen verfassungsrechtlichen Status, sondern als „einfacher" Bürger auf sein Wahlrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und ist damit zulässiger Beschwerdeführer.

*3. Beschwerdegegenstand*

Beschwerdegegenstand kann gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein. Dies umfasst auch Akte der Gesetzgebung und damit sowohl das Zustimmungsgesetz als auch das Begleitgesetz. Allerdings sind diese noch nicht vom Bundespräsidenten verkündet worden und damit noch nicht in Kraft getreten. Die völkerrechtliche Verbindlichkeit des Vertrags von Lissabon für die Bundesrepublik hängt jedoch nur noch davon ab, dass der Bundespräsident die Ratifikationsurkunde ausfertigt und beim Depositar hinterlegt. Um die völkerrechtliche Bindung der Bundesrepublik an ein verfassungswidriges Gesetz zu verhindern, können Zustimmungsgesetze daher ausnahmsweise schon vor ihrem Inkrafttreten Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sein[2]. Entsprechendes gilt für die Begleitgesetzgebung, deren Inkrafttreten an das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon gekoppelt ist[3]. Damit ist ein tauglicher Beschwerdegegenstand gegeben.

*4. Beschwerdebefugnis*

*a) Möglichkeit einer Rechtsverletzung*

Nach § 90 BVerfGG muss der Beschwerdeführer behaupten und hinreichend substantiiert darlegen, in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte selbst, unmittelbar und gegenwärtig verletzt zu sein. Eine Rechtsverletzung muss also zumindest als möglich erscheinen.

In Betracht kommt eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, dessen Verletzung ebenfalls nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG gerügt werden kann. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG enthält in erster Linie das subjektive Recht, an der Wahl der Bundestagsabgeordneten teilzunehmen, welche wiederum den Wahlrechtsgrundsätzen genügen muss. Fraglich ist daher, ob aus dem Wahlrecht – wie der Beschwerdeführer G behauptet – auch ein mit der Verfassungsbeschwerde rügbarer Anspruch folgt, dass die gewählten Organe demokratischen Grundsätzen entsprechen und über hinreichende Entscheidungsbefugnisse verfügen müssen.

Dagegen spricht, dass Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG zwar die gleichberechtigte und freie Teilhabe des Einzelnen an der Ausübung der Staatsgewalt sicher stellt, das Demokratieprinzip selbst jedoch ein Verfassungsgrundsatz, ein Staatsstrukturprinzip und damit gerade kein Recht des Einzelnen ist. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG werden auch nicht als rügefähige Rechte in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannt. Vielmehr belegt die Nennung des Widerstandsrechts des Art. 20 Abs. 4 GG, dass nur, soweit dessen Voraussetzungen erfüllt sind, ein Einzelner die Verletzung der demokratischen Ordnung vor dem BVerfG geltend machen kann. Eine weite Auslegung

[1] Anmerkung: Die vorliegende Lösung ist darum bemüht, das vielschichtige Urteil des BVerfG vom 30.6.2009 (Az. 2 BvE 2/08 u.a., im Internet abrufbar unter: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html) in didaktischer Weise aufzubereiten. Sie ist primär darauf angelegt, Studierenden des Faches Rechtswissenschaft anhand eines vergleichsweise ausführlichen Gutachtens den Zugang zu den zentralen Aspekten dieser wegweisenden, aber überaus komplexen Leitentscheidung zu erleichtern. Die Lösung orientiert sich daher nicht an persönlichen Auffassungen der Autoren, sondern, soweit dies im Rahmen einer Falllösung möglich ist, an den Entscheidungsgründen des BVerfG, ohne freilich Gegenpositionen im Rahmen des Gutachtens auszusparen. Indessen wird selbstredend kein Anspruch auf wissenschaftliche Umfänglichkeit oder Vertiefung erhoben. Teilbereiche des vorliegenden Übungsfalles könnten als Klausur im ersten und zweiten juristischen Staatsexamen gestellt oder in der mündlichen Prüfung abgefragt werden. Eine Klausur wiese aufgrund der Komplexität der Materie einen hohen Schwierigkeitsgrad auf. In der Bearbeitung kommt es weniger darauf an, dem BVerfG in der rechtlichen Würdigung und hinsichtlich des Aufbaus zu folgen, als vielmehr, eine stringente, überzeugende Argumentationsführung zu präsentieren, die sich durch einen souveränen Umgang mit den bewusst ausführlich gehaltenen Argumentationslinien der Parteien im Sachverhalt auszeichnet.

[2] BVerfGE 108, 370 (385).

[3] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 170 – Lissabon-Vertrag.

des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG käme der Kreation eines Grundrechts auf substantielle Demokratie gleich.

Überdies entspräche ein solches rügefähiges Grundrecht auf Demokratie nicht dem Sinn und Zweck der Verfassungsbeschwerde. Diese dient dem Schutz individueller Rechtspositionen, nicht aber der Einhaltung objektiver Verfassungsgrundsätze durch jeden Einzelnen. Die Gewährleistung des Demokratieprinzips im Rahmen der Verfassungsbeschwerde würde diese zu einer Popularklage mit 60 Millionen potentiellen Beschwerdeführern fortentwickeln. Dies würde eine Umgehung des enumerativen Verfahrenskatalogs und der jeweiligen Zulässigkeitsvoraussetzungen in Art. 93 GG bedeuten. Materiell begehrt der Beschwerdeführer G die objektive Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Vertrags von Lissabon, welche jedoch nur im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle erfolgen kann. Diese kann allerdings allein von einem Drittel (mit den Änderungen im Zuge des Lissabon-Vertrags von einem Viertel) der Bundestagsabgeordneten, der Bundesregierung und den Landesregierungen eingeleitet werden. Damit widerspricht die Geltendmachung der Verletzung der Demokratie über Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG insoweit auch dem Repräsentationsprinzip[4].

*Für* einen aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG folgenden Anspruch auf Beachtung des Demokratieprinzips spricht jedoch, dass der Wahlakt seinen demokratischen Gehalt und Sinn verlöre, wenn der zu wählende Bundestag nicht mehr über ein hinreichendes Maß an Aufgaben und Befugnissen verfügte. Die durch die Wahl nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG bewirkte Legitimation von Staatsgewalt und Einflussnahme auf deren Ausübung darf nicht durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages auf die europäische Ebene so entleert werden, dass das Demokratieprinzip verletzt wird[5]. Zugleich ergibt sich aus dieser Überlegung, dass, soweit Hoheitsgewalt übertragen wird, auch deren Ausübung durch die europäischen Organe demokratisch legitimiert sein muss. Insofern entsteht im Zusammenspiel von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG mit Art. 20 Abs. 1 und 2, 79 Abs. 3 GG sowie Art. 23 Abs. 1 GG ein subjektiver Anspruch des Einzelnen auf Beachtung des Demokratieprinzips auf nationaler und europäischer Ebene[6]. Eine Verletzung dieses Anspruchs kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden. (a.A. gut vertretbar).

Die weiteren Kompetenzübertragungen durch den Lissabon-Vertrag etwa im Bereich des Strafrechts sowie die vereinfachte Vertragsänderung lassen es jedenfalls nicht von vornherein als gänzlich ausgeschlossen erscheinen, dass ein derartiger Verlust substantieller Befugnisse des Bundestags gegeben ist. Auch die degressive Proportionalität bei der Sitzverteilung im EP lässt eine Verletzung des Demokratieprinzips zumindest als möglich erscheinen.

Eine weitere Verletzung des Art. 38 Abs. 1. S. 1 GG könnte in Verbindung mit Art. 146 GG bestehen, wenn die Übertragung der Kompetenzen einer „Entstaatlichung" gleich käme. Spricht man dem Einzelnen ein Teilhaberecht an dem vorverfassungsrechtlichen Recht zu, sich eine Verfassung zu geben, so bedürfte es der Zustimmung des Staatsvolks, wenn durch den Lissabon-Vertrag faktisch eine neue Verfassung begründet würde[7].

Neben dem Zustimmungsgesetz könnte G auch durch das Begleitgesetz in seinen Rechten verletzt sein. Zum einen stellen beide Gesetze eine verfassungsprozessuale Einheit dar, zum anderen betreffen auch gerade die Beteiligungsrechte des Bundestags das Demokratieprinzip[8].

Folglich besteht die Möglichkeit einer Verletzung des Demokratieprinzips nach Art. 20 Abs. 1, 2; 23 Abs. 1; 79 Abs. 3 GG und damit des Art. 38 Abs. 1 GG (a.A. vertretbar)[9].

*b) Selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen*

G müsste zudem selbst, unmittelbar und gegenwärtig in seinen Rechten betroffen sein. G ist selbst in seinem Recht aus Art. 38 Abs. 1 GG betroffen. Hinsichtlich der Unmittelbarkeit der Rechtsverletzung ist zudem festzustellen, dass die Kompetenzübertragung bereits unmittelbar durch den Vertrag von Lissabon eintritt und Unmittelbarkeit damit gegeben ist. Eine gegenwärtige Beschwer ist bei internationalen Verträgen, auch wenn der Vertrag noch nicht in Kraft getreten ist, zur Vermeidung eines Widerspruchs zwischen völkerrechtlicher Bindung und verfassungsrechtlichen Vorgaben ausnahmsweise schon vor Inkrafttreten anzunehmen.

*c) Zwischenergebnis*

G ist daher beschwerdebefugt.

*5. Rechtswegerschöpfung und Rechtsschutzbedürfnis*

Gegen ein verfassungsänderndes Bundesgesetz gibt es keine andere prozessuale Möglichkeit als den Gang vor das BVerfG. Der Rechtsweg ist daher erschöpft. Die Grundrechtsverletzung kann auch auf keinerlei andere Weise beseitigt werden (Subsidiarität). Damit ist ein Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen.

[4] Zur Kritik siehe *Tomuschat*, EuGRZ 1993, 489; *Meesen*, NJW 1994, 549 (550 f.); *Gassner*, Der Staat 1995, 429; *Klein*, GS Grabitz, München 1995, S. 271 ff.

[5] BVerfGE 89, 155 (172) – Maastricht; BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 175 – Lissabon-Vertrag.

[6] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 177 – Lissabon-Vertrag. Dies und die Mobilisierung des Bürgers zur Kontrolle der Einhaltung des Rechts unterstützend u.a. *Gärditz/Hillgruber*, JZ 2009, 872.

[7] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 179 f. – Lissabon-Vertrag; in der Tendenz noch anders BVerfGE 89, 155 (180) – Maastricht.

[8] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 193 – Lissabon-Vertrag.

[9] Die Herleitung eines Rechts auf Beachtung des Demokratieprinzips aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG könnte ebenso gut im Rahmen der Zulässigkeit nur kurz angesprochen werden und ausführlich in der Begründetheit erfolgen. Hier wie das BVerfG.

*6. Form und Frist*

Von der Beachtung der Form nach § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG und der Jahresfrist gemäß § 93 Abs. 3 BVerfGG ist auszugehen.

*7. Ergebnis*

Die Verfassungsbeschwerde ist daher zulässig (a.A. vertretbar).

**II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn G in seinem Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1, 2; 79 Abs. 3 und 23 Abs. 1 GG verletzt ist, also durch den Lissabon-Vertrag das Demokratieprinzip verletzt wird[10]. Eine Verletzung könnte zum einen dann bestehen, wenn die europäische Integration nach dem Lissabonner Vertragswerk zu einer Aushöhlung des demokratischen Herrschaftssystems in Deutschland führt oder zum anderen wenn die supranationale öffentliche Gewalt nach Lissabon für sich genommen grundlegende demokratische Anforderungen verfehlt, sodass die Bürger in Deutschland dem Zugriff einer nicht hinreichend legitimierten Hoheitsgewalt ausgesetzt wären[11].

*1. Beachtung des demokratischen Prinzips auf EU-Ebene*

Die EU könnte in ihrer Ausgestaltung hinreichenden demokratischen Grundsätzen entbehren.

*a) Anforderungen des Demokratieprinzips*

Hierbei kommt es entscheidend darauf an, welcher konkrete Maßstab an die Ausgestaltung des Demokratieprinzips auf Ebene der Union überhaupt anzulegen ist.

Nach dem Demokratieverständnis des *Grundgesetzes* geht alle Staatsgewalt vom Volke aus, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Demokratie ist die „durch Wahlen und Abstimmungen betätigte Selbstbestimmung des Volkes nach dem Mehrheitsprinzip“, die „in einem Raum öffentlicher freier Meinungsbildung und im organisierten Wettbewerb politischer Kräfte im Verhältnis zwischen verantwortlicher Regierung und parlamentarischer Opposition“ wirkt. Entscheidendes Kriterium ist dabei, dass das Volk Gesetzgebung und Regierung in freier und gleicher Wahl bestimmen kann und dabei mit Mehrheit entschieden wird, die wiederum einem künftigen Wechsel offen steht[12]. Legte man diesen Maßstab an die EU an, stellte eine vom staatsanalogen Modell abweichende Ausgestaltung der Demokratie auf EU-Ebene bereits a priori einen Verstoß gegen das Grundgesetz dar.

Gegen eine derart strikte Orientierung am staatlichen Ordnungsrahmen spricht jedoch die Offenheit des Grundgesetzes für die EU. Es strebt die europäische Integration ausdrücklich an und ermächtigt den Gesetzgeber dafür zur Übertragung von Hoheitsrechten. Die Präambel betont zudem nachdrücklich den Willen, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen. Daraus folgt ein „Verfassungsauftrag zur Verwirklichung eines vereinten Europas“ und der „Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit“[13]. Die europäische Integration ist selbst Teil der staatlichen Identität Deutschlands[14].

Diese normative Ausrichtung des Grundgesetzes an der supranationalen Verwirklichung der europäischen Einigung muss für den an die Union anzulegenden Maßstab demokratischer Verwirklichung konkrete Rückwirkungen haben. Die Gestalt politischer Herrschaft in der EU kann insoweit nicht schematisch an den für einen klassischen Staat geltenden konkreten Ausprägungen des Demokratieprinzips zu messen sein. Abweichungen von den Organisationsprinzipien innerstaatlicher Demokratie, die durch die Erfordernisse einer auf dem Prinzip der Staatengleichheit gründenden und völkervertraglich ausgehandelten EU bedingt sind, müssen grundsätzlich erlaubt sein[15]. Das Grundgesetz fordert daher insbesondere in seiner Strukturicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG gerade keine gänzliche Übereinstimmung bzw. „strukturelle Kongruenz“ mit der Ausformung des Demokratieprinzips auf staatlicher Ebene. Vielmehr fordert es eine „dem Status und der Funktion der Union angemessene demokratische Ausgestaltung“[16]. Die konkreten Anforderungen hängen jeweils vom Umfang der übertragenen Hoheitsrechte und vom Grad der Verselbständigung europäischer Entscheidungsverfahren ab.

*b) Grundstruktur der EU*

Dagegen, dass bereits die Grundstruktur der EU nach dem Vertrag von Lissabon gegen diese Anforderungen verstößt, spricht zunächst, dass die EU den Demokratiegrundsatz als gemeineuropäische Verfassungstradition anerkennt, Art. 2 EUV n.F.[17]. Vor allem aber ist der doppelte Legitimationsstrang europäischer Hoheitsgewalt zu berücksichtigen, der einerseits über die nationalen Parlamente und die von ihnen getragenen Regierungen und andererseits über das unmittelbar gewählte EP läuft[18]. Dieser Verbund mit dem demokrati-

[10] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 208, 210 – Lissabon-Vertrag. Vgl. dazu auch bereits oben die Ausführungen im Rahmen der Beschwerdebefugnis.

[11] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 244, vgl. auch Rn. 273 – Lissabon-Vertrag.

[12] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 213, 270 – Lissabon-Vertrag.

[13] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 222, 225 – Lissabon-Vertrag.

[14] *Pernice*, Stellungnahme des Deutschen Bundestags zum Verfahren über den Vertrag von Lissabon, S. 97 (Veröffentlichung demnächst).

[15] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 219, 227 – Lissabon-Vertrag.

[16] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 261, 266 m.w.N., 272 – Lissabon-Vertrag.

[17] Auch das BVerfG hat bereits im Maastricht-Urteil grundsätzlich anerkannt, dass die EU demokratischen Grundsätzen genügt, auch wenn demokratische Legitimation in dieser Staatengemeinschaft anders als in einem Staat hergestellt wird, vgl. BVerfGE, 89, 155 (182 ff.) – Maastricht.

[18] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 262 f. – Lissabon-Vertrag, unter Verweis auf BVerfGE 89, 155 (184)

schen Leben in den Mitgliedstaaten[19] wird durch den Vertrag von Lissabon gerade weiter gestärkt, insbesondere durch die Anerkennung der Rolle der nationalen Parlamente und ihre Einbindung in die Subsidiaritätskontrolle auf europäischer Ebene[20].

*c) Doppelte Mehrheit im Rat*

Eine wesentliche Änderung im institutionellen Gefüge der EU sieht der Vertrag von Lissabon auch hinsichtlich der Einführung der doppelten Mehrheit im Rat vor. Fraglich ist, ob dies einen Verstoß gegen die grundgesetzlich geforderten Mindestvoraussetzungen des Demokratieprinzips auf EU-Ebene begründen kann. Dass jeder Staat im Rahmen der neuen Stimmverhältnisse im Rat unabhängig von seiner Größe nur noch eine Stimme hat, ist nicht per se undemokratisch, sondern entspricht vielmehr der Funktion des Rates, der das Vertretungsorgan der Mitgliedstaaten darstellt und dementsprechend nicht proportional repräsentativ, sondern nach dem Bild der Staatengleichheit verfasst ist[21]. Zudem wurde im Rahmen der „doppelten Mehrheit" als zweiter Punkt neben einer Mehrheit von 55% der Mitgliedstaaten gerade eine Mehrheit der Bevölkerung von 65% eingeführt, welche sicherstellt, dass die größeren Mitgliedstaaten auch im Rat ein stärkeres Gewicht haben. Die doppelte Mehrheit im Rat verstößt bei Berücksichtigung der supranationalen Architektur der EU daher nicht gegen den Demokratiegrundsatz.

*d) Stärkung des EP*

Auch die Ausweitung der Mitentscheidungsrechte des EP könnte einen Verstoß gegen die grundgesetzlich geforderten demokratischen Mindeststandards begründen. In Betracht kommt, dass die stärkere Beteiligung des EP die von den Völkern der Mitgliedstaaten ausgehende Legitimation im Rat schwächt, während das EP selbst wegen des Verstoßes gegen die Wahlgleichheit durch die degressiv proportionale Sitzverteilung undemokratisch sein könnte.

*aa) Eingriff in den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit*

Fraglich ist daher, ob die Sitzverteilung im EP einen solchen Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit darstellt. Die Gleichheit der Wahl ist wesentlicher Bestandteil einer Demokratie. Jedem Staatsangehörigen steht ein gleicher Anteil an der Ausübung der Staatsgewalt zu. Deshalb muss in einem parlamentarischen System eine Mehrheitsentscheidung im Parlament zugleich die Mehrheitsentscheidung des Volkes repräsentieren. Eine repräsentative Parlamentsherrschaft wird dabei insoweit erreicht, dass der Wählerwille in der Sitzverteilung möglichst proportional abgebildet wird[22].

Die Verteilung der Sitze im EP auf die einzelnen Mitgliedstaaten erfolgt jedoch nicht proportional zum Anteil an der EU-Bevölkerung, sondern nur gemäß dem Prinzip der degressiven Proportionalität (Art. 14 Abs. 2 UA 1 S. 3 EUV). Danach würde ein in Deutschland oder Frankreich gewählter Abgeordneter etwa zwölfmal so viele Unionsbürger vertreten wie ein maltesischer, und immerhin doppelt so viele wie ein schwedischer Abgeordneter[23]. Damit bedeutet eine Mehrheit im EP nicht zwingend eine Mehrheit der Wahlbevölkerung, sodass die Repräsentationsfunktion einer Volksvertretung unter Umständen eingeschränkt sein kann, auch bei der Wahl der Kommission. Solche Ungleichgewichte im Parlament kollidieren jedenfalls mit dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit im idealtypischen Sinne und könnten daher einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip begründen.

*bb) Rechtfertigung*

Allerdings könnte die Abweichung vom Grundsatz der idealtypischen Wahlrechtsgleichheit gerechtfertigt sein.

Die Erhöhung der Abgeordnetenzahl kleiner Länder ist eine – selbst in föderalen Gebilden wie den USA übliche[24] – Form des Ausgleichs zwischen Demokratieprinzip und Staatengleichheit, weil das Gewicht kleiner Staaten auf der Ebene des Parlaments sonst ganz wegfiele[25]. Der Einfluss der größeren Staaten bleibt trotz der fehlenden Proportionalität gleichwohl bestehen. Insofern kann das EP weniger als das Repräsentationsorgan eines europäischen Volk, sondern – insoweit äquivalent zum Rat – als eine Repräsentation der in ihren Staaten organisierten Völker Europas gesehen werden[26].

Zudem wird der nationale Legitimationsstrang europäischer Hoheitsgewalt durch das Verfahren der doppelten Mehrheit durch das Erfordernis der Repräsentation von mindestens 65% der Bevölkerung der Union stärker an die Mehrheitsverhältnisse der vertretenen Bevölkerung rückgekoppelt,

– Maastricht. Diesen Aspekt sieht *Müller-Graff*, integration 2009, 331 (344), vom BVerfG zu wenig berücksichtigt.

[19] *Wahl*, in: FS Hasso Hofmann, Berlin 2005, S. 139 (147).

[20] Überdies ist in struktureller Hinsicht zu berücksichtigen, dass die Entscheidungsfindung auf europäischer Ebene klassischerweise mehr auf inter-institutioneller Zusammenarbeit, Konsens und Kompromissbereitschaft, als auf Mehrheitsentscheidungen und Politikgegensätzen beruht, vgl. *Mayer*, Stellungnahme des Deutschen Bundestags zum Verfahren über den Vertrag von Lissabon, S. 55 (Veröffentlichung demnächst).

[21] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 271 – Lissabon-Vertrag.

[22] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 214 – Lissabon-Vertrag.

[23] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 285 – Lissabon-Vertrag.

[24] Vgl. *Tomuschat*, GLJ 2009, 1259 (1260); *Schönberger*, GLJ 2009, 1201 (1215 f.).

[25] Entweder es gäbe nur einen Abgeordneten pro Land, was eine effektive Vertretung der Interessen seiner Landsleute unmöglich machen und auch nicht die Mehrheitsverhältnisse im Land widerspiegeln würde, oder aber die großen Staaten bekämen so viele Sitze, dass das EP zu groß und damit arbeitsunfähig würde.

[26] So jedenfalls BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 286 – Lissabon-Vertrag. An dieser Auffassung bestehen jedoch begründete Zweifel. Jedenfalls zahlreiche Abgeordnete des EP sehen das EP im Ansatz des BVerfG nicht angemessen dargestellt.

wenngleich der Bezug auf die von der Hoheitsgewalt Betroffenen die Wahlgleichheit beim Wahlakt nicht gänzlich ersetzen kann[27]. Auch die Rolle der nationalen Parlamente auf europäischer Ebene wird gestärkt[28].

Hinzu kommen Elemente partizipatorischer Demokratie. Insbesondere die Möglichkeit für Unionsbürger und repräsentative Verbände, in geeigneter Weise ihre Ansichten einzubringen (etwa im Wirtschafts- und Sozialausschuss) sowie Formen assoziativer und direkter Demokratie schaffen neue Wege der demokratischen Beteiligung, selbst wenn man ihnen nur eine ergänzende und keine tragende Funktion bei der Legitimation europäischer Hoheitsgewalt zumisst[29].

Kann der Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit somit zwar nicht vollumfänglich durch die genannten Ausgleichsmechanismen ausbalanciert werden (a.A. vertretbar), so ist gleichwohl festzuhalten, dass die EU jedenfalls den geringeren, weil *gerade nicht staatsanalogen* Anforderungen an Demokratie genügt. Eine staatsanaloge Ausgestaltung ist jedenfalls solange entbehrlich, wie die europäische Zuständigkeitsordnung nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in kooperativ ausgestalteten Entscheidungsverfahren und unter Wahrung hinreichender staatlicher Integrationsverantwortung besteht[30].

Das EP kann dabei als unmittelbar von den Unionsbürgern gewähltes Vertretungsorgan der Völker der Mitgliedstaaten auf supranationaler Ebene verstanden werden und muss insoweit nicht ein europäisches Volk als Ganzes repräsentieren. Es ist eine eigenständige, allerdings *neben der staatlichen* eine lediglich *ergänzende* Quelle für demokratische Legitimation[31]. Die Sitzverteilung nach dem Grundsatz der degressiven Proportionalität ist unter diesen Rahmenbedingungen somit zulässig. Auch die Stärkung der Rechte des EPs verstößt insoweit nicht gegen das Demokratieprinzip[32].

*e) Ergebnis*

Die EU selbst erfüllt also hinreichende, wenngleich nicht staatsanaloge, demokratische Anforderungen; ein Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG scheidet insoweit aus. Allerdings muss eine ausreichende demokratische Rückbindung durch die Mitgliedstaaten gegeben sein.

*2. Verstoß gegen das Demokratieprinzip auf nationaler Ebene*

Indes könnte das demokratische Herrschaftssystem des Mitgliedstaates Deutschland gerade durch das Lissabonner Vertragswerk ausgehöhlt werden.

*a) Grenze souveräner Staatlichkeit und Integrationsverantwortung der Verfassungsorgane*

Absolute Grenzen sind der deutschen Integrationsgewalt durch Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG dort gezogen, wo der änderungsfeste Identitätskern des Grundgesetzes beginnt. Fraglich ist allerdings, wo genau die durch die Kernbereiche des Demokratieprinzips gezogene Grenze verläuft und ob, wie G vorträgt, die souveräne Staatlichkeit Deutschlands von diesem Schutz umfasst ist.

Führte man die Legitimation der Unionsgewalt unmittelbar auf die einzelnen Unionsbürger zurück[33], so ergäbe sich ein spezifischer Schutz „souveräner Staatlichkeit“ Deutschlands oder gar das Verbot der Teilnahme der durch das Grundgesetz verfassten Bundesrepublik an einem europäischen Bundesstaat jedenfalls nicht aus Art. 79 Abs. 3 GG[34].

Geht man demgegenüber davon aus, dass die Quelle der verfassten Unionsgewalt letztlich die in ihren Staaten verfassten Völker Europas sind und der genuin europäische Legitimationsstrang lediglich ergänzende Funktion hat, so folgt daraus, dass es sich bei der Unionsrechtsordnung um eine lediglich „abgeleitete Grundordnung“ handelt[35]. Für die Annahme eines solchen Ableitungszusammenhangs spricht neben dem (freilich bloß empirischen) Umstand, dass eine nicht unbeachtliche Zahl mitgliedstaatlicher Höchst- und Verfassungsgerichte von einer solchen Konstruktion ausgeht, mittlerweile auch der Wortlaut der Art. 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 5 Abs. 2 EUV n.F., worin nicht nur das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bekräftigt, sondern, anders als im VVE, die Mitgliedstaaten als Ausgangspunkt der Kompetenzübertragung verhandelt werden. Nach diesem Verständnis verbleiben die Mitgliedstaaten weiterhin „Herren der Verträge“.

Gerade auch weil der genuin europäische Legitimationsstrang für sich genommen den staatsanalogen Anforderungen an Demokratie nicht genügt (s.o.), muss die Struktur der

[27] Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 292 – Lissabon-Vertrag.

[28] Hier könnte man einwenden, dass die Schaffung von Beteiligungsrechten im EP den Verlust politischer Selbstbestimmungsrechte der Mitgliedstaaten durch die Verminderung von Einstimmigkeitsentscheidungen und die Supranationalisierung der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen nicht völlig ausgleichen kann, BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 293 – Lissabon-Vertrag.

[29] So BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 295 – Lissabon-Vertrag.

[30] So BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 272 – Lissabon-Vertrag.

[31] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 271 f. – Lissabon-Vertrag; vgl. BVerfGE 89, 155 (184 f.).

[32] Vgl. auch *Di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, Tübingen 2001, S. 89.

[33] In diesem Sinne *Pernice*, VVDStRL 60, 148 (166).

[34] Vgl. *Pernice*, in: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 92; *Kirchner/Haas*, JZ 1993, 760 (762); *Sommermann*, Offene Staatlichkeit in: Ius Publicum Europaeum Bd. 2, 2008, § 14 Deutschland, Rn. 36. Die Möglichkeit des Beitritts zu einem europäischen Bundesstaat noch offen lassend BVerfGE 89, 150 (188) – Maastricht.

[35] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 231 – Lissabon-Vertrag. Dies unterstützen etwa *Gärditz/Hillgruber*, JZ 2009, 872 (875), die den souveränen Staat des deutschen Volkes als eine die Identität des Grundgesetzes prägende Grundentscheidung ansehen.

supranationalen Rechtsordnung bereits *von Verfassung wegen* – und nicht erst aufgrund des Unionsrechts – nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung[36] und unter Achtung der verfassungsrechtlichen Identität als Mitgliedstaaten erfolgen. Demnach darf Deutschland als Mitgliedstaat der EU nach dem Grundgesetz jedenfalls seine Fähigkeit zu selbstverantwortlicher politischer und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse nicht verlieren. Die Übertragung von Hoheitsrechten steht insoweit unter der Bedingung, dass die „souveräne Staatlichkeit" gewahrt bleibt[37] (a.A. in Bezug auf die Souveränitätskonzeption gut vertretbar).

Aus alledem folgt spiegelbildlich eine „Integrationsverantwortung" der deutschen Verfassungsorgane. Diese müssen insbesondere bei der Übertragung von Hoheitsrechten dafür Sorge tragen, dass das politische System der Bundesrepublik Deutschland weiterhin demokratischen Grundsätzen entspricht. Dabei müssen auch geeignete Sicherungen zur effektiven Wahrnehmung dieser Integrationswahrnehmung getroffen werden[38].

*b) Fortbestand souveräner Staatlichkeit*

Fraglich ist zunächst, ob durch das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon noch die souveräne Staatlichkeit Deutschlands im soeben umrissenen Sinne gewahrt bleibt. Dazu müssten drei Elemente erfüllt bleiben: ein Staatsvolk, das auf einem Staatsgebiet einer Staatsgewalt unterliegt[39].

Das Staatsgebiet wird durch den Vertrag von Lissabon nicht berührt. Der räumliche Anwendungsbereich des EU-Rechts ist akzessorisch zum Staatsgebiet der Mitgliedstaaten. Auch das deutsche Staatsvolk besteht weiter fort. Wie bereits festgestellt tritt kein Unionsvolk als neues Legitimationssubjekt an die Stelle der Völker der Mitgliedstaaten. Auch die Unionsbürgerschaft bleibt akzessorisch zur nationalen Staatsangehörigkeit[40]. Problematisch ist hingegen, ob die Bundesrepublik nach Inkrafttreten des Reformvertrages noch souveräne Staatsgewalt ausüben kann. Die Wahrung der souveränen Staatlichkeit und die Integrationsverantwortung der nationalen Verfassungsorgane untersagt gerade, Hoheitsrechte derart zu übertragen, dass aus ihrer Ausübung heraus eigenständig weitere Zuständigkeiten für die EU im Sinne einer „Kompetenz-Kompetenz"[41] begründet werden können[42]. Die Begründung von Kompetenzen muss insoweit voraussehbar und durch den Übertragungsakt sachlich begrenzt und hinreichend bestimmt sein[43].

*aa) Begrenzte Übertragung von Hoheitsrechten und Subsidiarität*

Fraglich ist, ob das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als Schutzmechanismus zur Erhaltung mitgliedstaatlicher Verantwortung nach dem Regelwerk des Reformvertrages noch hinreichend gewährleistet ist.

Durch diesen werden die Kompetenzen der EU weiter ausgedehnt. Allerdings wird gerade das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung im Vertrag von Lissabon beibehalten und in systematischer Hinsicht sogar stärker betont. Der neue Kompetenzkatalog erhöht zudem die Transparenz. Überdies werden materiellrechtliche Ausübungsschranken ausgebaut. Die nationale Identität der Mitgliedstaaten, der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz werden bestätigt oder sogar textlich präzisiert. Der Subsidiaritätsgrundsatz wird durch die Beteiligung der nationalen Parlamente bei der Kontrolle seiner Einhaltung im Rahmen des sog. Frühwarnsystems und ihr Klagerecht vor dem EuGH gestärkt[44]. Damit wird erstmals den Organen, die durch die Ausübung europäischer Kompetenzen in ihrem Gestaltungsfreiraum beschränkt werden, ein Kontrollrecht eingeräumt. Auch wenn es selten zu einem Verfahren vor dem EuGH kommen sollte, so wird doch die verbesserte Information der nationalen Parlamente und Möglichkeit einer Klage zu einer intensiveren politischen Debatte im Vorfeld und damit zu einer stärkeren Beachtung der Kompetenzvorschriften durch die europäischen Rechtssetzungsorgane führen, welche die föderale Balance zwischen innerstaatlicher Zuständigkeit und Handlungsbefugnissen der Union sichert[45]. Damit bleibt es auch unter dem Lissabon-Vertrag grundsätzlich bei der begrenzten Übertragung von Hoheitsrechten.

*bb) Vereinfachte Vertragsänderung*

Allerdings könnten das vereinfachte Vertragsänderungsverfahren, das Brückenverfahren und die Ausweitung der Flexibilitätsklausel als „Blankettermächtigungen" zur Übertragung der Kompetenz-Kompetenz auf die EU führen und damit die Souveränität Deutschlands und das Demokratieprinzip verletzen.

*(1) Art. 48 Abs. 6 EUV*

Mit dem vereinfachten Änderungsverfahren wird eine Veränderung des Primärrechts möglich, die – wenngleich einstimmig – maßgeblich durch Organe der Union erfolgt. Zwar darf dies nicht zu einer Ausdehnung der Zuständigkeiten der Union führen. Die konkreten Änderungen, die alle Politikberei-

[36] Vgl. bereits BVerfGE 89, 155 (191 f.) – Maastricht; nun BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 234, 301 – Lissabon-Vertrag.
[37] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 226 – Lissabon-Vertrag.
[38] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 236 ff., 245 ff. – Lissabon-Vertrag.
[39] *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1905, S. 381 ff.
[40] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 344 ff. – Lissabon-Vertrag.
[41] Vgl. schon BVerfGE 89, 155 (187 f., 192, 199) – Maastricht.
[42] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 231, 233, 239 – Lissabon-Vertrag.
[43] BVerfGE 89, 155 (187 f.) – Maastricht; BVerfGE 104, 151 (Rn. 117 f.) – NATO-Konzept; BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 236 – Lissabon-Vertrag.
[44] Art. 5 Abs. 3 EUV, Art. 12 lit. b), Art. 7 des Subsidiaritätsprotokolls; BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 304 f. – Lissabon-Vertrag.
[45] *Pernice*, Stellungnahme (Fn. 14), S. 90 f.

che des AEUV betreffen können, sind jedoch jetzt noch nicht hinreichend bestimmbar und vorhersehbar. Neben der Bundesregierung, die im Rat oder Europäischen Rat beteiligt ist, kommt hierbei vor allem den gesetzgebenden Körperschaften eine Integrationsverantwortung zu. Ihre Mitwirkung muss innerstaatlich den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 S. 2 und S. 3 GG genügen, wonach Hoheitsrechte nur *durch Gesetz* und mit Zustimmung des Bundesrates übertragen werden können. Soll der Schutzzweck dieses Gesetzesvorbehaltes nicht unterlaufen werden, so muss konsequent jede Veränderung der textlichen Grundlagen des europäischen Primärrechts darunter fallen. Auch im vereinfachten Vertragsänderungsverfahren ist daher stets ein Gesetz erforderlich[46]. Art. 48 Abs. 6 EUV nimmt jedoch auf die jeweiligen mitgliedstaatlichen Besonderheiten bei den Erfordernissen für weitere Integrationsschritte Bezug, indem es die Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften verlangt. Es lässt also auch den Gesetzesvorbehalt nach Art. 23 Abs. 1 2 und 3 GG unberührt. Damit sind der Vertrag von Lissabon und das entsprechende Zustimmungsgesetz insofern verfassungsgemäß.

*(2) Art. 48 Abs. 7 EUV*

Hinsichtlich des allgemeinen Brückenverfahrens ist festzustellen, dass der Wechsel von der Einstimmigkeit zur qualifizierten Mehrheit zwar den europäischen Organen keinen Gestaltungsspielraum wie die vereinfachte Vertragsänderung verleiht, jedoch der Einfluss des deutschen Regierungsvertreters abnimmt. Dies betrifft vor allem Bereiche der ehemaligen 3. Säule aus der Rechts- und Innenpolitik, die besonders grundrechtsrelevant sind. Die Vereinbarung der Brückenklausel im Lissabon-Vertrag trifft bereits die Grundsatzentscheidung über den Übergang zur qualifizierten Mehrheit, auch wenn sie noch von der Bedingung einer Einigung im Europäischen Rat abhängt und durch ein Veto eines nationalen Parlaments verhindert werden kann, sodass eine Legitimation durch den deutschen Gesetzgeber mit dem Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon und mit dem Kontrollrecht des Gesetzgebers im Einzelfall an sich gegeben ist[47]. Die Integrationsverantwortung von Bundestag und Bundesrat und die für eine Vertragsänderung erforderliche demokratische Legitimation verlangen jedoch, dass bei der Vereinbarung solcher Mechanismen auch für Einzelfälle das Ausmaß des Verlusts des deutschen Einflusses vorhersehbar und hinreichend bestimmt ist. Dies kann jedoch zum Zeitpunkt der Ratifikation nicht der Fall sein. Deshalb müssen Bundestag und Bundesrat jeweils im Einzelfall entscheiden, ob nach dem Verlust der Einstimmigkeit noch ein ausreichendes Legitimationsniveau besteht. Das bloße Ablehnungsrecht der gesetzgebenden Körperschaften ist unter Gesichtspunkten der demokratischen Legitimation insoweit kein ausreichendes Äquivalent zum Ratifikationsvorbehalt. Daher ist auch innerstaatlich ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 und ggf. S. 3 GG erforderlich[48]. Der Vertrag von Lissabon schließt solche stärkere Anforderungen allerdings nicht ausdrücklich aus[49] und ist daher nicht verfassungswidrig.

*(3) Art. 352 AEUV*

Problematisch könnte auch die neugefasste Vertragsabrundungskompetenz sein. Die Vorschrift kann nunmehr nicht mehr nur im Rahmen des Gemeinsamen Marktes, sondern nahezu im gesamten Anwendungsbereich des Primärrechts eine Zuständigkeit schaffen, die ein Handeln auf europäischer Ebene ermöglicht. Allerdings wird die große Reichweite teilweise durch verfahrensrechtliche Absicherungen kompensiert. So setzt der Gebrauch einen einstimmigen Beschluss des Rates voraus, dem nun auch das EP zustimmen muss. Außerdem findet die Subsidiaritätskontrolle der nationalen Parlamente Anwendung (Abs. 2). Ein Rechtsakt darf überdies nicht mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften harmonisieren, wenn die Verträge im Übrigen eine solche Harmonisierung ausschließen (Abs. 3). Sowohl das BVerfG[50] als auch der EuGH[51] haben festgestellt, dass die Auslegung des Art. 308 EG a.F. nicht einer „Vertragserweiterung“ gleichkommen dürfe.

Gleichwohl könnte Art. 352 AEUV bei uferloser Auslegung rein theoretisch die Gefahr einer Blankettermächtigung begründen, die eine substantielle Änderung der Vertragsgrundlagen ohne Zustimmung der nationalen Parlamente erlaubte und damit das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung lockerte. Auch wenn es sich formell nur um die Ausübung einer Kompetenz und nicht die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz handelt, erfordert ihre Inanspruchnahme deshalb in Anbetracht der Unbestimmtheit möglicher Anwendungsfälle verfassungsrechtlich – anders als bisher – ein Gesetz[52] (a.A. mit Blick auf die bisherige unbeanstandete Rechtslage sehr gut vertretbar).

*(4) Rechtsfolge in Bezug auf das Begleitgesetz*

Auch wenn der Vertrag von Lissabon selbst den innerstaatlichen Gesetzesvorbehalt nicht berührt und daher verfassungsgemäß ist, stellt sich jedoch die Frage, ob diese für die verfassungsmäßige Anwendung des Reformvertrags in Deutschland notwendigen Verfahrensmodi nicht gesetzlich festgehalten werden müssten. Das Begleitgesetz über die Rechte des Bundestags und Bundesrats, welches das Verfahren im Einzelnen festlegt und nur ein Ablehnungsrecht vorsieht, enthält jedenfalls keine entsprechenden Gesetzesvorbehalte. Damit nutzt es den durch den Reformvertrag belassenen Spielraum

[46] Dies bedarf sogar der Zweidrittelmehrheit in beiden Kammern, wenn das GG seinem Inhalt nach geändert wird; BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 243 f., 311 f. – Lissabon-Vertrag.

[47] *Classen*, JZ 2009, 881 (885).

[48] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 317 ff. – Lissabon-Vertrag.

[49] *Classen*, JZ 2009, 881 (886), meint jedoch, dem Sinn und Zweck des Vetorechts werde so widersprochen.

[50] BVerfGE 89, 155 (210) – Maastricht.

[51] EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759, Rn. 29 ff. – EMRK-Beitritt.

[52] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 326-328, 417 – Lissabon-Vertrag.

nicht hinreichend aus, um seine verfassungsgemäße Anwendung in Deutschland zu gewährleisten. Daher ist das Begleitgesetz insofern verfassungswidrig[53].

*cc) Austrittsrecht*

Der Grundsatz souveräner Staatlichkeit verlangt auch, dass Integrationsschritte prinzipiell widerruflich sein müssen (a.A. vertretbar). Dies ist durch das Recht zum Austritt nach Art. 50 EU gesichert, das unabhängig vom Abschluss eines Abkommens über die Einzelheiten nach zwei Jahren wirksam wird und damit nicht von anderen Mitgliedstaaten oder der autonomen Unionsgewalt unterbunden werden kann. Der Bundestag kann also, wenn er seine Aufgaben und Befugnisse substantiell bedroht sieht, den Austritt der Bundesrepublik beschließen. Dieses Recht wird insbesondere durch seine bloße Existenz eine kompetenzsichernde Wirkung haben[54]. Das Austrittsrecht unterstreicht damit jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt die Souveränität der Mitgliedstaaten[55].

*dd) Kontrolle und Letztentscheidungsrecht des BVerfG*

Darüber hinaus ist fraglich, ob die Einhaltung der Grenzen der Integrationsermächtigung allein den europäischen Organen obliegen darf. Zwar ist nach Art. 263 und 267 AEUV (ex-Art. 230 und 234 EG) grundsätzlich der EuGH zuständig für die Kontrolle der Beachtung der Verträge. Eine solche zentrale Kontrollinstanz ist in der europäischen Rechtsgemeinschaft für die einheitliche Anwendung des EU-Rechts und die Sicherung des Vorrangprinzips erforderlich. Ein alleiniges Letztentscheidungsrecht des EuGH über die Auslegung des Integrationsprogramms würde ihm jedoch die Verfügungsbefugnis über das Vertragsrecht geben und damit die Souveränität der Mitgliedstaaten untergraben. Daher könnte im Fall von „ersichtlichen Grenzüberschreitungen bei Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch die Europäische Union“ (sog. Ultra-vires-Akte) und „zur Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes“ die Notwendigkeit einer Kontrolle des BVerfG bestehen[56].

Der erste Fall der Ultra-vires-Kontrolle bzw. ausbrechenden Rechtsakte wurde bereits durch den Kloppenburg-Beschluss[57] und das Maastricht-Urteil[58] vorgezeichnet und betrifft die Einhaltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und des Subsidiaritätsprinzips. Zu prüfen wäre demnach, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aber eine vertragsausdehnende Auslegung der Verträge durch die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit vorliegt, die einer unzulässigen autonomen Vertragsänderung gleichkommt[59]. Daneben könnte zudem ein Prüfungsvorbehalt dahingehend verlangt werden, dass der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt bleibt[60]. Ein solches Letztentscheidungsrecht könnte freilich gegen das vom EG-Vertrag vorgesehene Streitbeilegungsverfahren vor dem EuGH sowie den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts verstoßen[61]. Dieser besteht nach Auffassung des EuGH uneingeschränkt auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht[62].

Aus Sicht vieler nationaler Verfassungsgerichte, insbesondere des BVerfG, gilt der Vorrang indessen nur kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung und daher auch nur soweit wie der Rechtsanwendungsbefehl der Mitgliedstaaten reicht[63]. Mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten kann nach diesem Verständnis nicht die Verantwortung für die Grenzen ihrer verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung und der Wahrung der unverfügbaren Verfassungsidentität genommen werden. Die von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten seien bei fortschreitender Integration anders nicht zu wahren[64]. Jedenfalls unter Annahme dieses Sicherungsmechanismus ergibt sich aus dem Lissabon-Vertrag *kein Verstoß* gegen den Fortbestand der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland[65].

---

[53] BVerfG, Lissabon, Rn. 406 ff., a.A. mit dem Argument gut vertretbar, dass entsprechende Verfahrensmodi unmittelbar einer entsprechenden Auslegung von Art. 23 Abs. 1 GG entnommen werden könnten. Aufbautechnisch könnte die Prüfung des Begleitgesetzes auch getrennt erfolgen (vgl. BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 406 ff. – Lissabon-Vertrag). Allerdings ergibt sich die Rechtsfolge aus den Überlegungen zum innerstaatlichen Gesetzesvorbehalt. Eine Verknüpfung erscheint daher sinnvoll.

[54] *Mayer* (Fn. 20), S. 149.

[55] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 233, 329 f. – Lissabon-Vertrag.

[56] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 240 f. – Lissabon-Vertrag.

[57] BVerfG, 75, 223 (235, 242) – Kloppenburg.

[58] BVerfG, 89, 155 (188) – Maastricht.

[59] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 338 – Lissabon-Vertrag, unter Verweis auf BVerfGE 58, 1 (30 f.); 75, 223 (235, 242); 89, 155 (188, 210).

[60] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 240, 339 – Lissabon-Vertrag; vgl. BVerfGE 113, 273 (296). Beides könne nach dem BVerfG in den bestehenden Verfahren oder einem neu zu schaffenden speziellen Verfahren geprüft werden (BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 241 – Lissabon-Vertrag). Dies unterstützend *Gärditz/Hillgruber*, JZ 2009, 872 (874).

[61] So unter vielen z.B. *Classen*, JZ 2009, 881 (888).

[62] Vgl. EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (1269 f.) – Costa/ENEL; EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (Rn. 3 f.) – Internationale Handelsgesellschaft; EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629 (Rn. 17 ff.) – Simmenthal II.

[63] Aus rechtsvergleichender Perspektive *Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, Kapitel 10 und 11 (in Vorbereitung).

[64] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 240 – Lissabon-Vertrag, a.A. gut vertretbar.

[65] Allerdings sollte Europarecht nur dann vom BVerfG für in der deutschen Rechtsordnung unanwendbar erklärt werden, wenn Rechtsschutz auf der europäischen Ebene nicht erlangt wurde. Das BVerfG sollte daher zuvor die Rechtsfrage dem

*ee) Ergebnis*

Die souveräne Staatlichkeit der Bundesrepublik wird durch den Vertrag von Lissabon nach dieser Auslegung nicht beeinträchtigt. Allerdings ist im Rahmen der Begleitgesetzgebung der Gesetzesvorbehalt des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG hinsichtlich der vereinfachten Vertragsänderung, des Brückenverfahrens und der Vertragsabrundungsklausel zu beachten.

*c) Fortbestand von Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht*

Die Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages durch das Volk erfüllt nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG im Übrigen nur dann ihre tragende Rolle, wenn der Bundestag und die von ihm getragene Bundesregierung einen hinreichenden gestaltenden Einfluss auf die politische Entwicklung in der Bundesrepublik behalten. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Bundestag eigene Zuständigkeiten „von substantiellem politischem Gewicht" entweder behält oder die ihm politisch verantwortliche Bundesregierung weiterhin maßgeblichen Einfluss auf europäische Entscheidungsverfahren ausüben kann[66]. Zwar ist das Ausmaß der Integration eine politische Frage, die grundsätzlich durch die politischen Institutionen zu entscheiden ist[67], aus dem Grundgesetz folgt jedoch eine Grenze, deren Beachtung vom BVerfG kontrolliert wird.

Diese Grenze könnte vorliegend überschritten sein. Dabei kann zwar nicht verlangt werden, dass eine von vornherein bestimmbare Summe von Hoheitsrechten in der Hand des Staates verbleiben müsste. Allerdings lässt sich aus der Forderung nach einer hinreichenden Wahrnehmung der Integrationsverantwortung durch die Verfassungsorgane ableiten, dass insbesondere Themen, die spezifisch vom national und kulturell geprägten Diskurs leben, angesichts einer noch begrenzten europaweiten öffentlichen Meinungsbildung auf mitgliedstaatlicher Ebene zu regeln sind und die Möglichkeit der Übertragung der entsprechenden Gesetzgebungskompetenzen deshalb begrenzt ist. Darunter können zum einen Sachbereiche gefasst werden, welche den von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit der Bürger prägen. Zum anderen können solche politische Entscheidungen darunter gefasst werden, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind[68].

Die Übertragung weiterer Kompetenzen könnte gegen das Demokratieprinzip und die souveräne Staatlichkeit verstoßen, wenn sie sich in exzessiver Weise auf einen oder mehrere der genannten Bereiche erstreckt.

*aa) Strafrecht*

Problematisch erscheint insbesondere die EU-Zuständigkeit für Strafvorschriften. Die Sicherung des Rechtsfriedens durch das Strafrecht ist eine zentrale Aufgabe staatlicher Gewalt und stellt einen der intensivsten Eingriffe in die individuelle Freiheit dar. Jede Strafnorm enthält ein sozialethisches Unwerturteil, das maßgeblich durch kulturelle, historisch gewachsene, ggf. auch sprachlich geprägte Vorverständnisse geprägt ist und insoweit nur in begrenztem Umfang aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar ist[69].

Andererseits sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, überstaatliches Recht im eigenen Verantwortungsbereich zur Geltung zu bringen, auch gegenüber Einzelnen und soweit erforderlich auch durch Strafvorschriften. Eine Übertragung von Hoheitsrechten an die EU muss daher jedenfalls insoweit zulässig sein, als sie speziell auf grenzüberschreitende Sachverhalte abzielt. Allerdings muss eine solche Angleichung restriktiv gehandhabt werden und den Mitgliedstaaten grundsätzlich substantielle Handlungsfreiräume belassen.

Daraus folgt, dass die Verfassungsmäßigkeit einer solchen Übertragung an das Erfordernis einer verfassungskonformen, d.h. engen Auslegung der Kompetenzgrundlagen geknüpft sein muss[70]. Diese kann etwa dahingehend konkretisiert werden, dass nur die grenzüberschreitende Dimension, hingegen nicht der vollständige Deliktsbereich geregelt werden darf. Zudem kann mit Blick auf die Ausübung der Annexzuständigkeit der Nachweis gefordert werden, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit vorliegt, das nur durch die Strafandrohung beseitigt werden kann[71]. Unter Beachtung entsprechender Grenzen ist die Kompetenzübertragung verfassungsgemäß (a.A. vertretbar).

---

EuGH im Wege der Vorabentscheidung vorlegen und ihm die Möglichkeit einer Korrektur geben. So ein Aufruf namhafter Europarechtler, abrufbar unter http://www.europa-union.de/fileadmin/files_eud/Appell_Vorlagepflicht_BVerfG.pdf

[66] Vgl. BVerfGE 89, 155 (207) – Maastricht sowie BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 246 – Lissabon-Vertrag.

[67] Vgl. überzeugend *Schönberger*, GLJ 2009, 1201 (1210); *Classen*, JZ 2009, 881 (887); *Müller-Graff*, integration 2009, 331 (341): Die Grenzen der europäischen Union könnten nicht durch die Judikative verfassungsänderungsfest festgestellt werden kann.

[68] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 249 – Lissabon-Vertrag. Zu diesen wesentlichen Bereichen rechnet das BVerfG die demokratische Gestaltung der Staatsbürgerschaft, das zivile und militärische Gewaltmonopol, Einnahmen und Ausgaben einschließlich der Kreditaufnahme sowie intensive Grundrechtseingriffe wie der Freiheitsentzug in der Strafrechtspflege, aber auch kulturelle Fragen wie die Verfügung über die Sprache, die Gestaltung der Familien- und Bildungsverhältnisse, die Ordnung der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit oder der Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis (ebd. Rn. 249 ff.).

[69] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 253, 355 – Lissabon-Vertrag.

[70] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 253, 357 ff. – Lissabon-Vertrag.

[71] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 362 f. – Lissabon-Vertrag.

*bb) Weitere Kompetenzbereiche*

Die weiteren Kompetenzerweiterungen etwa in den Bereichen Energie, Handel mit Dienstleistungen, Raumfahrt, Tourismus, Sport und Katastrophenschutz betreffen nicht die o.g. zentralen Kompetenzbereiche. Im Gegenteil bleiben die für die Bürger relevantesten Themen wie Arbeitsmarktpolitik, Sozialsysteme, Gesundheit und Steuern weiterhin in nationaler Zuständigkeit und auch in der inneren und äußeren Sicherheit werden nur begrenzt Zuständigkeiten übertragen, die gerade bei der Außen- und Verteidigungspolitik intergouvernementaler Natur bleiben.

Überdies führen die neuen „geteilten" Zuständigkeiten nicht zu einem automatischen Zuständigkeitsverlust der Mitgliedstaaten. Zum einen darf die EU von diesen Kompetenzen nur unter der Beachtung des Subsidiaritätsprinzips Gebrauch machen, sodass die Union nur dort handelt, wo die Mitgliedstaaten selbst die gemeinsamen Ziele nicht effektiv erreichen können. Zum anderen treten Einschränkungen der gesetzgeberischen Handlungsfreiheit erst und nur soweit auf, wie die Union ihre Zuständigkeit ausübt. Die europäischen Regelungen sind aber nur selten abschließend und damit die Mitgliedstaaten berechtigt, die europäischen Vorgaben ebenso wie eigene Gestaltungsspielräume auszufüllen[72]. Auch handelt es sich zumeist um bloße Koordinierungs-, Ergänzungs- und Unterstützungskompetenzen, die neben die nationalen Kompetenzen der Mitgliedstaaten treten und deren Handlungsmöglichkeiten erweitern aber kaum die nationalen Spielräume beeinträchtigen. Die weiteren Kompetenzübertragungen sind daher nicht verfassungswidrig[73].

*cc) Einsätze der Bundeswehr*

Problematisch könnten aber die Ermächtigung der Union zu militärischen Missionen außerhalb der Union sowie die Beistandspflicht im Rahmen der gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik sein. Der Auslandseinsatz der Bundeswehr ist von der Zustimmung des Deutschen Bundestags konstitutiv abhängt[74]. Wegen des Friedens- und Demokratiegebots des Grundgesetzes ist eine Supranationalisierung dieser Entscheidung daher ausgeschlossen.

Auch nach einem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon besteht der konstitutive Parlamentsvorbehalt für den Auslandseinsatz der Streitkräfte jedoch fort. Der Vertrag von Lissabon überträgt der EU keine Zuständigkeit, auf die Streitkräfte der Mitgliedstaaten ohne Zustimmung des jeweils betroffenen Mitgliedstaates oder seines Parlaments zurückzugreifen. Es bedarf eines einstimmigen Beschlusses des Europäischen Rates, und der Vertrag von Lissabon verweist ausdrücklich auf die verfassungsrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten. Die Beistandspflicht lässt den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Art des Beistands und lässt etwa die Neutralität einiger Mitgliedstaaten unberührt. Der Vertrag von Lissabon ändert also nichts an der Erforderlichkeit der Zustimmung des Bundestags und verstößt daher nicht gegen den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt[75].

*dd) Ergebnis*

Damit verbleiben dem Bundestag substantielle eigene Kompetenzen.

*3. Ergebnis*

Der Vertrag von Lissabon und das Zustimmungsgesetz sind verfassungsgemäß. Das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der EU entspricht dagegen nicht den Anforderungen aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 GG, verletzt den G also in seinen seinem Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und muss deshalb vor Ratifizierung des Vertrags in verfassungsgemäßer Weise neu gefasst werden[76].

**B. Zulässigkeit des Organstreits der L-Fraktion**

**I. Zuständigkeit**

Der Antrag richtet sich auf einen Organstreit, für den das BVerfG nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG zuständig ist.

**II. Beteiligtenfähigkeit**

*1. Antragssteller*

Die L-Fraktion müsste parteifähig sein. Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 BVerfGG können nur oberste Bundesorgane oder andere Beteiligte, die im Grundgesetz oder in den Geschäftsordnungen der obersten Bundesorgane mit eigenen Rechten ausgestattet sind, Antragsteller oder Antragsgegner sein. Fraktionen sind Teile des Bundestags und gem. §§ 10 ff. GOBT, §§ 45 ff. AbgG mit eigenen Rechten ausgestattet[77]. Somit ist die L-Fraktion aktiv parteifähig.

*2. Antragsgegner*

Antragsgegner ist der Bundestag, der als oberstes Staatsorgane passiv parteifähig ist.

**III. Antragsgegenstand**

Es müsste eine rechtserhebliche Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners Bundestag gerügt werden, § 64 Abs. 1 BVerfGG. Das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon hat rechtserhebliche Folgen und ist daher zulässiger Antragsgegenstand nach § 64 Abs. 1 BVerfGG. Wegen der

[72] *Mayer* (Fn. 20), S. 123.

[73] Die Problematik der Justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen und der Handelspolitik wird hier aus Platzgründen nicht behandelt, s. dazu BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 367 ff., 370 ff. – Lissabon-Vertrag.

[74] Vgl. BVerfGE 90, 286 (381 ff.).

[75] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 254 f., 381 ff. – Lissabon-Vertrag.

[76] Vgl. nunmehr das Integrationsverantwortungsgesetz (IntVG), BT-Drs. 16/13923.

[77] Vgl. BVerfGE 1, 351 (359).

andernfalls bestehenden völkerrechtlichen Verbindlichkeit kann es bereits vor seinem Inkrafttreten gerügt werden.

**IV. Antragsbefugnis**

Zu prüfen ist ferner, ob die L-Fraktion antragsbefugt ist. Dafür müsste sie geltend machen, dass sie oder das Organ, dem sie angehört – der Bundestag – durch den Antragsgegenstand in seinen durch das Grundgesetz übertragenen Rechten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist, § 64 Abs. 1 BVerfGG, d.h. es müsste die Möglichkeit einer Verletzung dieser Rechte bestehen. Zwischen Antragsteller und Antragsgegner müsste also ein verfassungsrechtliches Rechtsverhältnis bestehen, aus dem sich die geltend gemachten Rechte und Pflichten ergeben, die verletzt worden sein könnten[78].

Die Verletzung von *eigenen* Rechten der L-Fraktion durch das Zustimmungsgesetz ist nicht ersichtlich. Es geht nicht um Statusfragen und die Fraktion hat auch kein subjektives Recht auf ein rechtmäßiges Handeln des Bundestags[79], was sich auch daraus ergibt, dass die Fraktion als solche nicht zu den Antragsberechtigten in der abstrakten Normenkontrolle gehört.

Jedoch könnten Rechte des Bundestages verletzt sein, die die L-Fraktion als Minderheit für den Bundestag prozessstandschaftlich rügen könnte. Dieses Vorgehen ist anerkannt bei Klagen gegen andere Organe[80]. Ein Organstreit einer Fraktion *gegen den Bundestag selbst* und damit die Geltendmachung der Rechte gegen den Rechtsinhaber erscheint jedoch fraglich[81]. Der Minderheitenschutz, dem die Geltendmachung von Rechten des Bundestags gegenüber anderen Organen dient, kann nicht dazu führen, dass eine Minderheit, die sich politisch nicht durchsetzen konnte, dem Bundestag durch einen Verfassungsprozess ihren Willen aufzwingt und damit eine faktische Umkehrung der Mehrheitsverhältnisse im Bundestag verursacht[82]. Allerdings wird hier die Verletzung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts geltend gemacht. Es geht damit gerade um die Kontrolle der die Bundesregierung tragenden Bundestagsmehrheit durch die Parlamentsminderheit, sodass ein Insichprozess zulässig sein muss. Die L-Fraktion ist daher insofern antragsbefugt[83] (a.A. gut vertretbar).

Hinsichtlich der Verletzung des Demokratieprinzips dagegen fehlt ein subjektives Recht des Bundestags. Der Organstreit dient nicht der Kontrolle der abstrakten Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes[84].

**VI. Rechtsschutzbedürfnis**

Problematisch ist im Übrigen auch das Rechtsschutzbedürfnis der L-Fraktion. Der Sache nach begehrt sie eine objektive Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes. Dafür steht grundsätzlich das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle zur Verfügung. Der Organstreit dagegen dient der Abgrenzung von Kompetenzen von Verfassungsorganen, dem Schutz ihrer Rechte im Verhältnis zueinander, nicht aber der objektiven Verfassungsmäßigkeitskontrolle eines Organhandelns[85]. Die L-Fraktion erreicht für einen Normenkontrollantrag mit ihren nur 53 Abgeordneten aber nicht die erforderliche Zahl von früher einem Drittel (nunmehr einem Viertel) der Mitglieder des Bundestags, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG. Der hier angestrengte Organstreit dient folglich der Umgehung der Voraussetzungen der Antragsberechtigung für die abstrakte Normenkontrolle. Aus diesem Grund ist an sich das Rechtsschutzbedürfnis nicht gegeben. Speziell hinsichtlich der Frage der Umgehung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts geht es jedoch auch um den Schutz der oppositionellen Minderheit gegenüber der die Bundesregierung tragenden Bundestagsmehrheit, sodass insofern das Rechtsschutzbedürfnis besteht.

**V. Ordnungsgemäßer Antrag und Frist**

Von der Einreichung eines schriftlichen und begründeten Antrags nach § 23 Abs. 1 BVerfGG entsprechend der Formvorgaben des § 64 Abs. 2 BVerfGG innerhalb der sechsmonatigen Frist gemäß § 64 Abs. 3 BVerfGG ist auszugehen.

**VII. Ergebnis**

Der Antrag ist hinsichtlich der Frage eines Verstoßes des Art. 42 Abs. 4 EUV gegen den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts zulässig, im Übrigen aber unzulässig.

[78] BVerfGE 2, 143 (152); 84, 290 (297 ff.).
[79] BVerfGE 2, 143 (167).
[80] Seit BVerfGE 1, 351 (359).
[81] *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 93 Rn. 11; vgl. BVerfGE 100, 266 (269).
[82] Vgl. die Argumentation des Bundestags in der Stellungnahme v. 22.8.2008, S. 14.
[83] So BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 204 f. – Lissabon-Vertrag
[84] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 206 – Lissabon-Vertrag.
[85] BVerfGE 68, 1 (73); 100, 266 (268); 104, 151 (194).

# Übungsfall: „Grenzgänger“ – Autobahnblockade im Spiegel deutscher und europäischer Grundrechte und Grundfreiheiten

Von Prof. Dr. **Lothar Michael** und Dr. **Heiko Sauer**, Düsseldorf*

**Sachverhalt**

Die Autobahn A 15 von Cottbus Richtung Osten endet an der polnischen Grenze und wird dort als Landstraße weitergeführt. Wegen des ansteigenden Verkehrs soll diese Strecke auf deutscher wie auf polnischer Seite zu einer durchgehenden dreispurigen Autobahn verbreitert bzw. ausgebaut werden. Das Projekt soll mit EU-Mitteln finanziell unterstützt werden, da es sich bei der Strecke um eine der zentralen Transitrouten für den europäischen Güterverkehr handelt. Die Planungen sind abgeschlossen, alle rechtlichen Hürden genommen und mit den Bauarbeiten kann begonnen werden.

Es bildet sich eine grenzüberschreitende Initiative („Grenzgänger: Rettet die Neiße“) von deutschen und polnischen Naturschützern. Sie kritisiert, dass durch diesen Ausbau die Schönheiten der Neiße-Landschaft an der deutsch-polnischen Grenze weiter zerstört würden und fordert eine alternative Streckenplanung. Der Initiative ist es aber bislang nicht gelungen, ihrem Anliegen den nötigen Nachdruck und überregionale Aufmerksamkeit zu verschaffen.

Nun organisiert die Initiative unter dem Motto „Europa als Naturraum statt als Verkehrszone“ eine demonstrative Blockade der Strecke im Grenzbereich. Die Aktion soll an dem letzten Sonntag starten, bevor mit den Bauarbeiten begonnen werden soll. Auf einer Strecke von je 500 Metern dies- und jenseits der Staatsgrenze sollen Bürgerinnen und Bürger für zwei Tage (48 Stunden von Sonntagmittag bis Dienstagmittag) demonstrieren. Dazu soll eine Sitzblockade mit je 100 Menschen quer über die gesamte Fahrbahn an den beiden Rändern der Strecke gebildet werden, die nur Fußgänger und Fahrradfahrer durchlassen soll. Auf dem Streifen dazwischen werden vielfältige Veranstaltungen geplant: In der Mitte der Strecke, d.h. dort, wo die Fahrbahn die Grenze kreuzt, soll z.B. ein Team stündlich Wandergruppen zusammenstellen und geführte Wanderungen in die direkte Umgebung der Autostrecke mit Informationen über die drohenden Naturzerstörungen vor Ort durchführen. Neben einer Groß-Kundgebung ist für den Montagnachmittag auch eine „Podiumsdiskussion auf der Autobahn“ geplant, zu der je ein Parlamentarier aus Deutschland, aus Polen und aus dem EU-Parlament zugesagt haben.

Zweck der Veranstaltung ist es, den Beginn der Bauarbeiten zwei Tage lang zu verhindern und dadurch das Projekt nicht nur zu verzögern, sondern die Politik im letzten Moment zu bewegen, das Projekt zu überdenken, und darüber hinaus in ganz Europa das Bewusstsein für das Thema „Naturzerstörung durch Autobahnausbau“ zu schärfen.

Die Initiative hat den Behörden in Polen und Deutschland einen detaillierten Aktionsplan vorgelegt. In Polen signalisieren die Behörden, der Versammlungsfreiheit Rechnung tragen zu wollen. Man gedenke daher nicht gegen die Demonstration einzuschreiten. Vielmehr soll der Verkehr für die Dauer der Blockade umgeleitet werden (der Umweg beträgt 70 km). In Deutschland hingegen wird die Versammlung zwei Wochen vorher untersagt mit der Begründung, auf Autobahnen seien Demonstrationen grundsätzlich aus Sicherheitsgründen verboten. Außerdem seien Blockaden per se nicht schutzwürdig, jedenfalls aber nicht gegenüber dem grenzüberschreitenden Verkehr. Es könne schließlich auch nicht angehen, dass so genannte Demonstranten die Verhinderung eines Bauvorhabens erzwängen. Ob man den Verkehr aus Gründen der auf polnischer Seite geplanten Aktion sowie wegen der beginnenden Bauarbeiten absperren müsse, sei eine davon unabhängige Frage.

1. Verletzt die polnische Behörde Unionsrecht, wenn sie letztlich nicht einschreitet?

2. Verletzt das Versammlungsverbot der deutschen Behörde deutsche Grundrechte der deutschen bzw. der polnischen Organisatoren der Aktion?

**Lösungshinweise**

**Frage 1**

**A. Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit**

In Betracht kommt hier ein Verstoß der polnischen Behörden gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV (ex-Art. 28 EG) durch die Sperrung der europäischen Transitroute. Die Grundfreiheiten sind anwendbar, wenn keine sekundärrechtlichen Spezialregeln einschlägig sind, was hier nicht der Fall ist.

**I. Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit**

*1. Ware*

Eine Ware ist jeder körperliche Gegenstand, der einen Geldwert hat und daher Gegenstand eines Handelsgeschäfts sein kann[1]. Bei der Strecke, die infolge der Demonstration gesperrt wird, handelt es sich um eine der zentralen Transitrouten für den europäischen Güterverkehr, d.h. täglich werden zahlreiche Waren über diese Route von Deutschland nach Polen bzw. umgekehrt verbracht. Damit ist der Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit eröffnet.

*2. Verkehr der Ware mit grenzüberschreitendem Bezug*

Das Unterlassen der polnischen Behörden hat wegen seines Bezugs auf den Güterverkehr zwischen Deutschland und Polen auch einen grenzüberschreitenden Bezug, wie es für die Anwendung der Grundfreiheiten allgemein erforderlich ist.

* Der Erstautor lehrt Öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf; der Zweitautor ist Habilitand an der Fakultät. Der Fall wurde in abgewandelter Form im Sommersemester 2009 als Schwerpunktbereichsklausur gestellt.

[1] S. nur EuGH, Rs. 7/68, Slg. 1968, 634 (642) – Kommission/Italien.

*3. Ergebnis*

Die Warenverkehrsfreiheit ist betroffen.

**II. Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit**

*1. Staatliche Maßnahme bzw. Zurechnung*

Zunächst müsste die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit auf eine Maßnahme eines EU-Mitgliedstaats zurückgehen bzw. einem Mitgliedstaat zugerechnet werden können. Die eigentliche Beeinträchtigung für den Warenverkehr geht hier von den Demonstranten und nicht von den polnischen Behörden aus; die polnischen Behörden leiten den Verkehr nur um, weil die Transitroute von den Demonstranten blockiert wird. Allerdings ist eine unmittelbare Drittwirkung von Grundfreiheiten nur für die Arbeitnehmerfreizügigkeit anerkannt[2]; im Übrigen bleibt es im Grundsatz dabei, dass nur die Mitgliedstaaten Adressaten der Grundfreiheiten sind[3].

Also ist hier die Frage aufgeworfen, ob die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit dem polnischen Staat zugerechnet werden kann. Das könnte deshalb der Fall sein, weil die Behörden gegen die Streckensperrung der Demonstranten nicht eingeschritten sind. Damit stellt sich die Frage, ob die Warenverkehrsfreiheit neben einem Verbot beschränkender staatlicher Maßnahmen auch ein Gebot enthält, bei Beeinträchtigungen durch Private schützend einzugreifen und Maßnahmen zugunsten der Warenverkehrsfreiheit zu treffen, ob also die Warenverkehrsfreiheit auch eine Schutzpflichtdimension hat. In der Entscheidung über andauernde – und vor allem auch gewaltsame – Proteste französischer Landwirte gegen ausländische Obst- und Gemüseimporte, gegen die die französischen Behörden längerfristig nicht eingeschritten waren, hat der EuGH erstmals festgestellt, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um in ihrem Gebiet die Beachtung der Warenverkehrsfreiheit sicherzustellen; dabei liegt es grundsätzlich im Ermessen der Mitgliedstaaten, welche Maßnahmen ergriffen werden[4]. Dies leitet der Gerichtshof aus der zentralen Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit für den Binnenmarkt her. Die Loyalitätspflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV (ex-Art. 10 EG) umfasse auch die Pflicht, gegebenenfalls dann einzuschreiten, wenn Behinderungen von Grundfreiheiten von Privaten ausgehen. Angesichts der staatlichen Schutzpflicht zugunsten der Warenverkehrsfreiheit kann das Unterlassen der polnischen Behörden, gegen die Demonstration einzuschreiten, möglicherweise eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit darstellen.

*2. Beschränkung*

Eine solche Beschränkung kann nach dem Wortlaut des Art. 34 AEUV in mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen oder in Maßnahmen gleicher Wirkung bestehen. Eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne einer Kontingentierung liegt hier nicht vor. Es könnte aber eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegen, die in der Rechtsprechung des EuGH seit der Dassonville-Entscheidung weit verstanden wird: Danach liegt eine Maßnahme gleicher Wirkung vor, wenn der „innerunionale“ (früher: „innergemeinschaftliche“[5]) Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell beeinträchtigt wird[6]. Mit diesem weiten Verständnis hat der Gerichtshof den Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit zu einem umfassenden Beschränkungsverbot ausgebaut[7]. Deshalb stellt das Nichteinschreiten gegen die Demonstration durch die polnischen Behörden eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 34 AEUV dar. Denn weil die polnischen Behörden die Demonstranten gewähren lassen, ist eine der zentralen europäischen Transitrouten für 48 Stunden unbefahrbar. Zwar ist es weiterhin möglich, Waren über die deutsch-polnische Grenze zu verbringen, doch ist hierfür ein Umweg von 70 km in Kauf zu nehmen. Darin liegt zumindest eine potenzielle Beschränkung des innerunionalen Handels, denn es ist – sei es aus Kostengründen, sei es aufgrund einer Überlastung der Nebenstrecken – gut möglich, dass der grenzüberschreitende Warentransport behindert wird.

**3. Tatbestandsausnahme nach der Keck-Rechtsprechung des EuGH**

Zu prüfen ist aber, ob möglicherweise eine Tatbestandsausnahme im Sinne der Keck-Rechtsprechung des EuGH einschlägig ist. In Reaktion auf den durch die Dassonville-Entscheidung sehr weit erstreckten Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit hat der Gerichtshof mit der Entscheidung in Sachen Keck[8] bestimmte (!) nicht diskriminierende staatliche Maßnahmen vom Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit ausgenommen, wenn es sich lediglich um vertriebs- bzw. verkaufsbezogene Regelungen handelt. Entscheidend hierfür ist nicht die wenig plastische Differenzierung zwischen sog. produktbezogenen und sog. vertriebsbezogenen Regelungen. Es kommt aufgrund der Funktion der Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte vielmehr darauf an, ob die beanstandete

[2] So für die Arbeitnehmerfreizügigkeit: EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139 Rn. 30, 36 – Angonese; kritisch: *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459; *Ehlers*, Allgemeine Lehren, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 52 f.; *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, § 4 Rn. 17; vermittelnd: *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2008, Rn. 480; zum Ganzen *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000.

[3] S. nur EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 30 ff. – Angonese; näher zur Adressatenfrage: *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 28-30 Rn. 104 ff.

[4] EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Rn. 32 ff. – Kommission/Frankreich; näher dazu etwa *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.) (Fn. 2), § 7 Rn. 35.

[5] Beachten Sie, dass mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon die „Europäische Gemeinschaft“ in der „Europäischen Union“ aufgegangen ist. Das ist in der europarechtlichen Terminologie zu berücksichtigen.

[6] EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rn. 5 – Dassonville.

[7] Instruktiv hierzu *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.) (Fn. 2), § 7 Rn. 28 f. m.w.N.

[8] EuGH, verb. Rs. C-267 u. C-268/91, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 f. – Keck.

Maßnahme sich negativ auf den Marktzutritt von Waren auswirken kann oder ob sie lediglich den Vertrieb eines Produkts nach seinem Zutritt zum Markt in einem anderen EU-Mitgliedstaat betrifft[9].

Hier handelt es sich jedenfalls um eine Maßnahme, die sich auf den Transport von Waren nach Polen und damit auf ihren Markteintritt auswirkt. Damit kann eine Tatbestandsausnahme nach den Grundsätzen der Keck-Rechtsprechung hier nicht greifen, sodass letztlich offen bleiben kann, ob das formal diskriminierungsfreie Unterlassen der polnischen Behörden auch keine materielle Diskriminierung darstellt[10].

*4. Ergebnis*

Eine Beschränkung des Warenverkehrs liegt vor.

**III. Rechtfertigung**

*1. Rechtfertigung nach Art. 36 AEUV*

Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit können gerechtfertigt werden. Der Vertrag selbst enthält geschriebene Rechtfertigungstatbestände in Art. 36 S. 1 AEUV (ex-Art. 30 EG), die hier jedoch nicht einschlägig sind.

*2. Rechtfertigung durch „zwingende Gründe im Allgemeininteresse"*

Nach der Rechtsprechung des EuGH, begonnen mit der Entscheidung in Sachen Cassis de Dijon, kommt eine Rechtfertigung von Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit über die relativ eng gefassten geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV hinaus auch durch sog. zwingende Erfordernisse im Allgemeininteresse in Betracht[11]. Auch diese Erweiterung der Rechtfertigungstatbestände ist letztlich eine Folge des weiten Tatbestandsverständnisses im Sinne der Dassonville-Entscheidung. Aus der kasuistisch geprägten Rechtsprechung des Gerichtshofs geht allerdings nicht hervor, welche Voraussetzungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, damit ein bestimmtes Interesse zu einer ungeschriebenen Schranke der Grundfreiheiten werden kann[12]. Als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt sind etwa eine wirksame steuerliche Kontrolle, der Verbraucherschutz oder der Umweltschutz. Hier könnte man insofern an eine Rechtfertigung aus Gründen des Umweltschutzes denken, als die Demonstration, die auf der Autobahn stattfinden soll, auf die Naturzerstörung durch den Autobahnausbau hinweisen will. Allerdings ist der Umweltschutz nur Gegenstand und Zielrichtung der Demonstration. Das Nichteinschreiten der polnischen Behörden gegen die Demonstranten soll nicht dem Umweltschutz dienen. Vielmehr wollen die Behörden der Versammlungsfreiheit Rechnung tragen. Folglich kommt eine Rechtfertigung nach Cassis-Grundsätzen hier nicht in Betracht.

*3. Rechtfertigung aus Gründen des Grundrechtsschutzes*

*a) EU-Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten*

Das Verhalten der polnischen Behörden könnte aber dadurch gerechtfertigt sein, dass es dem Schutz der Versammlungsfreiheit als einem möglichen Grundrecht der Demonstranten dient. Dann müsste die Versammlungsfreiheit als Schranke der Warenverkehrsfreiheit in Betracht kommen. Dass die Versammlungsfreiheit als nationales Grundrecht gewährleistet wird, ist hierfür jedenfalls kein hinreichender Grund. Denn das Europarecht beansprucht Anwendungsvorrang vor nationalem Recht und d.h. auch vor dem nationalen Verfassungsrecht. Der Anwendung der Warenverkehrsfreiheit steht somit nicht im Sinne eines Vorbehaltes der Schutz nationaler Grundrechte entgegen. Die Versammlungsfreiheit kommt als Schranke der europäischen Grundfreiheiten vielmehr nur dann in Betracht, wenn und soweit sie auch auf der Ebene des Unionsrechts als europäisches Grundrecht anerkannt ist. Das ist der Fall und ergibt sich seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 nunmehr auch unmittelbar aus dem geschriebenen Unionsrecht. Die Versammlungsfreiheit ist in Art. 12 EU-Grundrechte-Charta (GRC)[13] gewährleistet. Die GRC ist nach Art. 6 Abs. 1 EUV rechtsverbindlich geworden. Nach Art. 6 Abs. 1 EUV gelten die EU-Grundrechte damit ausdrücklich „gleichrangig" mit den Verträgen und d.h. mit den Grundfreiheiten des AEUV. Was daraus im Falle des Konfliktes zwischen einer Binnenmarktfreiheit und einem EU-Grundrecht folgt, regelt freilich weder der EUV noch die GRC selbst. Art. 52 Abs. 2 GRC regelt nicht den Kollisionsfall, sondern nur die umgekehrten Konstellationen, in denen Rechte der GRC und Rechte der Verträge parallel gewährleistet werden, sich also entsprechen. Immerhin sagt Art. 52 Abs. 3 und Abs. 4 GRC etwas über die Auslegung der GRC selbst. Danach sollen die EU-Grundrechte im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ausgelegt werden. Damit verweist die GRC auf die Genese der EU-Grundrechte, die bis 2009 nach und nach von der Rechtsprechung des Gerichtshofs als ungeschriebene Rechtsgrundsätze anerkannt worden sind[14]. Diese Rechtsgrundsätze hat der EuGH in wertender Rechtsvergleichung aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten hergeleitet[15]. Diese „Rechtserkenntnisquellen" für die EU-Grundrechte bleiben also auch in Zu-

[9] Dazu anschaulich *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 864; s. zuletzt auch EuGH, verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, Slg. 2006, I-8135, Rn. 19 – Alfa Vita Vassilopoulos; und zum Hintergrund dieser Aussage die diesbezüglichen Schlussanträge von Generalanwalt *Poiares Maduro*, Rn. 24 ff.

[10] Zur Bedeutung der Diskriminierung im Rahmen der Tatbestandsausnahme *Epiney*, Freiheit des Warenverkehrs, in: Ehlers (Hrsg.) (Fn. 2), § 8 Rn. 45.

[11] EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rn. 8– Cassis de Dijon.

[12] Lesenswert hierzu *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) (Fn. 3), Art. 28-30 Rn. 81 ff.

[13] Speziell hierzu nochmals *Jarass* (Fn. 2), S. 7 ff., 13 ff.

[14] S. etwa EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 77 ff. – Schmidberger.

[15] Zur Herleitung der EU-Grundrechte s. z.B. *Jarass* (Fn. 2), S. 13 ff. m.w.N.

kunft relevant und sind zudem „als allgemeine Grundsätze" sogar „Teil des Unionsrechts" nach Art. 6 Abs. 3 EUV. Bei diesen Rechtserkenntnisquellen spielt auch eine Rolle, inwieweit sich ein Grundrecht in die europäische Rechtsordnung einpasst[16].

Mit der GRC werden also nicht erstmalig EU-Grundrechte gewährleistet. Und die GRC ist auch kein ganz neuer Text, sondern wurde auf einem Grundrechte-Konvent 1999 ausgearbeitet und von der EU bereits 2000 feierlich „proklamiert". Die GRC und ihr jetziges Inkrafttreten mag zwar der europäischen Grundrechtsentwicklung auch neue Impulse geben. Die GRC hat aber vor allem den Sinn, die bisherige Rechtsprechung des EuGH auf einen Text zu bringen. Daraus ergibt sich, dass umgekehrt bei der Auslegung der GRC auf diese Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann. Mit dem Vertrag von Lissabon soll die Geltung und Bedeutung der EU-Grundrechte bestärkt werden und darf jedenfalls nicht hinter dem Schutzniveau zurückbleiben, das bereits bisher vom EuGH anerkannt wurde.

Insoweit spielt es für den Fall im Ergebnis auch keine entscheidende Rolle, dass die GRC auf Polen – ebenso wie auf das Vereinigte Königreich – nach Maßgabe des Protokolls über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich zum Vertrag von Lissabon[17] nur sehr eingeschränkt Anwendung findet. Denn diese beiden Staaten wollten eine allzu progressive Grundrechtsentwicklung insbesondere im Bereich sozialer Rechte (s. Art. 1 Abs. 2 des Protokolls über die Anwendung der GRC) und eine Ausweitung von Befugnissen der EU auf der Grundlage der Charta vermeiden, sich aber nicht vom grundrechtlichen status quo abkoppeln, was unionsrechtlich auch gar nicht zulässig wäre (vgl. Art. 6 Abs. 3 EU). Deshalb findet der EU-Grundrechtsschutz, wie er bis zum 1.12.2009 galt, auch für Polen und das Vereinigte Königreich Anwendung; der Unterschied besteht lediglich darin, dass für diese beiden Staaten nicht unmittelbar auf die GRC, sondern – wie bislang – auf die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze und als wesentliche Rechtserkenntnisquelle auf die EMRK zurückzugreifen ist. Gerade in einer Fallkonstellation wie der Vorliegenden wird deutlich, dass die Anerkennung von EU-Grundrechten Spielräume der Mitgliedstaaten nicht nur begrenzt, sondern auch eröffnet. Es wäre geradezu widersinnig, würde man Polen unterstellen, eine solche Geltung der EU-Grundrechte abwehren zu wollen.

Tatsächlich hat der EuGH anerkannt, dass die mitgliedstaatliche Beschränkung einer Grundfreiheit auch auf Grundrechte gestützt werden kann, wenn das im konkreten Fall zu schützende Grundrecht – den mitgliedstaatlichen Behörden wird es im Regelfall um den Schutz nationaler Garantien gehen – eine Entsprechung in den EU-Grundrechten hat[18]. Das ist hier wie dargestellt für die Versammlungsfreiheit grundsätzlich der Fall, und zwar unabhängig von der Protokollerklärung Polens zur GRC, wobei sich allerdings die Frage stellt, ob die Blockade der Autobahn unter den Schutz der europäischen Versammlungsfreiheit fällt. Das könnte insoweit fraglich sein, als mit der Demonstration eine Blockade und damit eine Zwangswirkung verbunden ist, die Dritte möglicherweise so stark beeinträchtigt, dass der Schutzbereich des Grundrechts überdehnt wird. Der Gerichtshof hat jedoch in der Schmidberger-Entscheidung, die eine 28 Stunden andauernde völlige Blockade der Brenner-Autobahn betraf, in deren Folge der Transitverkehr über die Europabrücke völlig zum Erliegen kam, den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit als betroffen angesehen. Daraus ist zu folgern, dass die mit der Blockade verbundene Zwangswirkung europäischen Grundrechtsschutz nicht ausschließt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Verständnis der deutschen Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG möglicherweise strenger ist (s. dazu unten Frage 2, A.I.2.a.).

*b) Verhältnismäßiger Ausgleich*

Kommt eine Rechtfertigung der Beschränkung des Warenverkehrs zugunsten der Versammlungsfreiheit grundsätzlich in Betracht, ist schließlich zu prüfen, ob im konkreten Einzelfall die Freiheit des Warenverkehrs und die Versammlungsfreiheit in einen verhältnismäßigen Ausgleich gebracht worden sind. Da sich hier im Rahmen der Schutzpflicht des polnischen Staats die Frage stellt, ob die polnischen Behörden Maßnahmen zum Schutz der Warenverkehrsfreiheit hätten ergreifen müssen, geht es um eine Prüfung des Untermaßverbots.

*aa) Kontrolldichte*

Der Gerichtshof hat in der Schmidberger-Entscheidung festgestellt, dass die Mitgliedstaaten über ein weites Ermessen hinsichtlich der Frage verfügen, ob das rechte Gleichgewicht zwischen den Interessen gefunden wurde[19]. Das hat zwei Gründe: Zum einen ist es zumindest auch eine Frage des nationalen Verfassungsrechts, inwieweit die Mitgliedstaaten der Versammlungsfreiheit Rechnung tragen. Art. 53 GRC betont, dass europäischer Grundrechtsschutz einen weitergehenden nationalen Grundrechtsschutz konzeptionell nicht ausschließt. Zum anderen geht es um eine Schutzpflichtkonstellation, in der das Ermessen der Mitgliedstaaten über die Frage, wie sie ihrer Schutzpflicht nachzukommen haben, beachtlich ist. Insofern müsste die Verhältnismäßigkeitsprüfung eine gewisse Evidenz für eine Verletzung des Untermaßverbots ergeben, um von unionsrechtswidrigem Verhalten der polnischen Behörden ausgehen zu können.

*bb) Zwecksetzung der Beschränkung*

Die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch die polnischen Behörden diente hier allein dem Zweck, der Versammlungsfreiheit der Demonstranten Rechnung zu tragen. Zu prüfen ist im Folgenden, ob zwischen dieser Zwecksetz-

[16] Anschaulich *Calliess*, in: ders./Ruffert (Hrsg.) (Fn. 3), Art. 1 GRC Rn. 2.

[17] ABl. EU 2007, C 306, S. 156.

[18] S. etwa EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 74 – Schmidberger.

[19] EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 81 f. – Schmidberger.

zung und den Auswirkungen des unterbliebenen Schutzes des Warenverkehrs ein angemessenes Verhältnis besteht[20].

*cc) Geeignetheit*

Das Nichteinschreiten gegenüber den Demonstranten war in der Lage, die Versammlungsfreiheit der Demonstranten zu fördern und damit geeignet.

*dd) Größere Effektivität alternativer Mittel*

Beim Untermaßverbot ist weiter nach der Effektivität zu fragen. Es geht also statt um mildere, gleich effektive Maßnahmen (so die Erforderlichkeitsprüfung beim Übermaßverbot) um effektivere, gleich milde Mittel:[21] Fraglich ist also, ob sich die polnischen Behörden auch in einer Weise hätten verhalten können, die der Versammlungsfreiheit gleichermaßen Rechnung getragen, aber der Warenverkehrsfreiheit effektiver zur Geltung verholfen hätte.

So hätten die Behörden möglicherweise die Demonstration auf die Nebenstrecke verlagern und so die Transitroute freihalten können. Allerdings hätten sie so der Versammlungsfreiheit nicht in gleicher Weise Rechnung getragen. Die Wahl des Versammlungsorts ist wesentlich von der Versammlungsfreiheit umfasst. Es soll nicht Sache der Behörden sein, zu entscheiden, wo eine Versammlung stattfindet, um Dritte möglichst wenig zu stören. Auch deshalb ist ein Genehmigungsvorbehalt für Versammlungen verfassungsrechtlich ausgeschlossen. Vielmehr sollen die Veranstalter Zeit und Ort so wählen können, dass sie bei möglichst vielen Menschen Aufmerksamkeit erregen können. Hier will sich die Initiative gerade gegen die Naturzerstörung durch Autobahnausbau wenden und ihrem Anliegen durch eine Demonstration auf der auszubauenden Strecke Aufmerksamkeit verschaffen. Verlegte man nun die Demonstration auf die Nebenstrecke, so könnte diese das Ziel, die Öffentlichkeit in letzter Minute aufzurütteln, jedenfalls nicht mehr in gleicher Weise erreichen.

Auch eine zeitliche Beschränkung der Versammlung – etwa auf 24 Stunden – wäre zwar aus Sicht der zu schützenden Warenverkehrsfreiheit effektiver. Aber auch insofern gilt, dass die Blockade ihre besondere Aufmerksamkeit gerade auch aus der Dauer von zwei Tagen und den im Gesamtzeitraum geplanten vielfältigen Aktionen wie den Wanderungen, der Podiumsdiskussion etc. bezieht. Die Frage der Dauer der Blockade ist also allenfalls eine Frage der Angemessenheit[22].

*ee) Angemessenheit*

Fraglich ist aber, ob das Nichteinschreiten gegenüber der 48 Stunden andauernden Demonstration auch im engeren Sinne verhältnismäßig war. Abstrakt betrachtet sind die betroffenen Rechtsgüter gleichrangig und gleichwertig. So ist einerseits die Warenverkehrsfreiheit für die Verwirklichung des Binnenmarkts von herausragender Bedeutung, andererseits haben die EU-Grundrechte mittlerweile ihrerseits eine besondere Bedeutung in der europäischen Rechtsordnung erlangt, unter denen die Versammlungsfreiheit als eines der klassischen Bürgerrechte einen besonderen Rang einnimmt.

Es stellt sich also die Frage, ob im konkreten Fall ein angemessener Ausgleich zwischen den kollidierenden Rechtsgütern erreicht wurde. Die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit wird hier dadurch abgemildert, dass der grenzüberschreitende Verkehr nicht vollständig lahm gelegt wird, sondern über eine Nebenstrecke weiterlaufen kann, auch wenn dies durch einen Umweg von 70 km erhebliche Unannehmlichkeiten mit sich bringt. Vor dem Hintergrund, dass auch der geplante Autobahnausbau voraussichtlich noch für eine lange Zeit die Transitroute blockieren wird bzw. diese nur eingeschränkt nutzbar sein wird, lässt sich gut argumentieren, dass die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit nicht übermäßig schwer wiegt. Auf der Seite der Versammlungsfreiheit ist zu beachten, dass die Demonstranten ein Anliegen von allgemeinpolitischem Interesse verfolgen, indem sie auf die Naturzerstörung durch Autobahnausbau aufmerksam machen wollten. Insofern ist die Versammlungsfreiheit auch funktional in ihrer Bedeutung zur Herausbildung einer europäischen Öffentlichkeit zu betrachten, die ihrerseits Voraussetzung für eine europäische Demokratie i.S.d. Art. 9 ff. EUV ist. Für eine solche Demokratie im europäischen Rahmen ist gerade auch die Versammlungsfreiheit in Fällen von europapolitischem Gewicht von konstituierender Bedeutung. Es handelt sich bei dem Autobahnprojekt um eine grenzüberschreitende und auch aus EU-Mitteln finanzierte Transitroute und somit um eine europäische Angelegenheit, zu der die grenzüberschreitende Initiative ihre Meinung kundtun will. Hinzu kommt, dass die Versammlungsinitiatoren eng mit den Behörden zusammengearbeitet und diesen einen detaillierten Aktionsplan vorgelegt haben, um die Blockade ankündigen zu können und so die Auswirkungen auf den Verkehr so gering wie möglich zu halten[23]. Wenn man zudem berücksichtigt, dass der Gerichtshof den Mitgliedstaaten wie dargestellt beim Schutz der Grundrechte im Rahmen der Güterabwägung einen Einschätzungsspielraum einräumt, spricht vieles dafür, die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit für angemessen zu halten. Das muss umso mehr bei dem auch im nationalen Verfassungsrecht sehr eingeschränkten Kontrollumfang beim Untermaßverbot gelten[24]. (Ein

[20] Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung bei EU-Grundrechten allgemein etwa *Jarass* (Fn. 2), S. 80 ff.

[21] S. zu den verschiedenen Argumentationsstrukturen der Verhältnismäßigkeit *Michael*, JuS 2001, 148; *ders.*, JuS 2001, 765.

[22] Vgl. insoweit auch EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 90 – Schmidberger.

[23] Dies hat auch der EuGH bei der Brenner-Blockade betont, s. EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 87 – Schmidberger. Zu Kooperationsobliegenheiten der Versammlungsleiter nach deutschem Verfassungsrecht BVerfGE 69, 315 (358 ff.) – Brokdorf; kritisch: *Waechter*, Der Staat 38 (1999), 279 (281); ausführlich hierzu *Buschmann*, Kooperationspflichten im Versammlungsrecht, 1990.

[24] Zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit beim Untermaßverbot und zur Kontrolldichte *Michael/Morlok* (Fn. 2), Rn. 627 ff.

anderes Ergebnis ist mit entsprechenden Argumenten vertretbar).

*ff) Ergebnis*

Die polnischen Behörden haben einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen Warenverkehrsfreiheit und Versammlungsfreiheit gefunden.

*c) Ergebnis*

Die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit ist mit Blick auf die Versammlungsfreiheit gerechtfertigt.

**IV. Ergebnis**

Die polnischen Behörden haben nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoßen.

**B. Konkurrierende Grundfreiheiten**

Mit Blick auf möglicherweise konkurrierend einschlägige Grundfreiheiten sind mehrere Lösungen möglich. Gut vertretbar ist es, hier den Schwerpunkt der Beeinträchtigung bei der Warenverkehrsfreiheit zu sehen und unter Verweis darauf festzustellen, dass die Tatbestände der anderen Grundfreiheiten nicht eröffnet sind oder im Konkurrenzwege verdrängt werden[25]. Vertretbar ist es auch, mit Blick auf die Waren transportierenden Unternehmen konkurrierend eine Betroffenheit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV (ex-Art. 49 EG) anzunehmen (dagegen erscheint eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit eher fernliegend). Hier würde es sich gegebenenfalls anbieten, zur Vermeidung von Wiederholungen kurze Ausführungen zur so genannten Konvergenz der Grundfreiheiten[26] zu machen und anzunehmen, dass auch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auf die EU-Grundrechte gestützt werden kann und dass auch insoweit von einem verhältnismäßigen Ausgleich auszugehen ist. Für ein besonderes Gewicht der Betroffenheit anderer Grundfreiheiten, das gegebenenfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen wäre, gibt es nach dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

**Frage 2**

**A. Verstoß gegen die Versammlungsfreiheit**

Das Verbot der Demonstration durch die deutsche Behörde könnte gegen die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG verstoßen.

**I. Schutzbereich**

*1. Persönlicher Schutzbereich*

Bei der Versammlungsfreiheit handelt es sich um ein Deutschen-Grundrecht, auf das sich Deutsche im Sinne des Grundgesetzes (Art. 116 GG) berufen können, sodass der persönliche Schutzbereich für den deutschen Organisator der Versammlung eröffnet ist. Fraglich ist, ob das auch für den polnischen Organisator der Versammlung, also für einen EU-Ausländer, gilt. Eine Gleichstellung von Deutschen und EU-Ausländern im Bereich des innerstaatlichen Grundrechtsschutzes, also eine Inländergleichbehandlung, kann unionsrechtlich gefordert sein. Das gilt aber nicht pauschal, sondern nur insoweit das Unionsrecht Gleichbehandlung fordert und mit dieser Forderung Anwendungsvorrang beansprucht. Das setzt also voraus, dass ein unionsrechtliches Diskriminierungsverbot im konkreten Fall einschlägig ist[27].

Es kommt nicht nur darauf an, ob der konkrete Fall überhaupt einen europarechtlichen Bezug hat. Zunächst ist klarzustellen, dass die Einschlägigkeit der Warenverkehrsfreiheit (s.o.) insoweit irrelevant ist. Denn die Demonstranten, die den Warenverkehr behindern, können sich gerade nicht auf das Gleichbehandlungsgebot dieser Binnenmarktfreiheit berufen. In Betracht kommt das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV (ex-Art. 12 EG), wonach im Anwendungsbereich des Vertrages jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Allerdings setzt auch dieses voraus, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts zugunsten der Demonstranten eröffnet ist. Die europäische Dimension der Demonstration sowie die Finanzierung des Projekts, gegen das demonstriert werden soll, durch EU-Mittel reichen dafür nicht aus. Trotz des teilweise weiten Verständnisses des früheren Art. 12 EG in der Rechtsprechung des EuGH[28] dürfte es den Anwendungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbots überdehnen, diesen nur aufgrund einer letztlich faktischen europäischen Dimension des Autobahnausbaus und der dagegen gerichteten Demonstration für eröffnet zu halten (andere Ansicht vertretbar). Aus dem gleichlautenden Art. 21 Abs. 2 GRC ergibt sich nichts anderes, weil dieser nach Art. 51 Abs. 2 GRC nicht weiter reichen soll als Art. 18 AEUV. Auch auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 GRC kann nicht zurückgegriffen werden, weil bezüglich der Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit die Gewährleistung des Art. 21 Abs. 2 GRC speziell ist und ihre eben aufgezeigten Grenzen auch nicht mit dem allgemeinen Gleichheitssatz unterlaufen werden dürfen.

Eine speziellere Gewährleistung politischer Gleichheit aller Unionsbürgerinnen und Unionsbürger ergibt sich allerdings aus Art. 9 Abs. 1 EUV. Damit ist nicht nur – wenn überhaupt primär[29] – die Gleichheit bei Wahlen gemeint. Auch aus Art. 11 Abs. 1 EUV ergibt sich, dass sich die in Art. 9 ff. EUV geregelten „demokratischen Grundsätze“ in

[25] Vgl. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) (Fn. 3), Art. 28-30 Rn. 30.

[26] S. etwa *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) (Fn. 3), Art. 28-30 Rn. 1.

[27] S. im Einzelnen *Bauer/Kahl*, JZ 1995, 1077.

[28] Näher dazu etwa *Kingreen*, Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, in: Ehlers (Hrsg.) (Fn. 2), § 13 Rn. 7 ff.

[29] Beachten Sie, dass es bei den Wahlen zum Europäischen Parlament anders als bei den Wahlen zum Bundestag gerade keine Erfolgswertgleichheit der Stimmen gibt. Wahlgleichheit verlangt das europäische Primärrecht nur nach Maßgabe von Art. 22 AEUV (ex-Art. 19 EG), also für die Wahl zum Europäischen Parlament sowie für die Kommunalwahlen in den Mitgliedstaaten (vgl. Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG).

einem weiten Sinne auch auf die öffentliche Meinungsbildung beziehen. Politische Gleichheit einer europäischen Öffentlichkeit ist zumindest das Ziel dieses Demokratiekonzeptes. Deshalb liegt es nahe, auch die politischen Grundrechte und insbesondere die Versammlungsfreiheit im Lichte dieser Gewährleistungen auszulegen. Denn nicht nur die Meinungsfreiheit[30], sondern auch die Versammlungsfreiheit wäre von konstituierender Bedeutung für eine so verstandene europäische Bürgerdemokratie.

Allerdings richten sich die Art. 9 ff. EUV unmissverständlich nur an die Union selbst und binden ausdrücklich nur deren Organe. Deshalb ist es unionsrechtlich jedenfalls nicht geboten, hieraus die Konsequenz zu ziehen, dass Art. 8 GG nunmehr für alle EU-Ausländer gelten soll, wenn es um politische Fragen von europäischer Bedeutung geht. Eine entsprechende europafreundliche Auslegung (dazu noch ausführlich sogleich unter 2.a.) des deutschen Verfassungsrechts wäre zwar denkbar (und ist also gut vertretbar). Es handelt sich dabei aber um eine Frage des Demokratiekonzeptes im deutschen Verfassungsrecht. Legt man die Auffassung des BVerfG im Lissabon-Urteil zugrunde, ist und bleibt demokratische Legitimation indes allein auf den Staatsbürger bezogen[31]. Damit dürfte aber eine europarechtsfreundliche Auslegung des GG nicht ausgeschlossen sein[32].

Im Folgenden werden beide Lösungen weiterverfolgt. Wer vertritt, dass eine Inländergleichbehandlung nicht unionsrechtlich geboten ist, muss die Konsequenz ziehen, dass es für den polnischen Organisator bei Grundrechtsschutz nach Maßgabe der allgemeinen Handlungsfreiheit verbleibt (s. unten B.).

Wer indes davon ausgeht, dass sich die Demonstration bereits im Anwendungsbereich des Unionsrechts befindet und deshalb Gleichbehandlung geboten ist, muss zusätzlich die Frage beantworten, wie die Inländergleichbehandlung im Rahmen des Art. 8 GG herzustellen ist[33]. Denn das Unionsrecht gebietet nur eine Gleichbehandlung im Ergebnis. Für die dogmatische Begründung ist eine Lösung innerhalb des nationalen Verfassungsrechts zu suchen. Vertretbar ist – mit dem Argument des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG – eine analoge Anwendung von Art. 8 GG auf EU-Ausländer. Allerdings lässt sich die „Lücke“ auch auf traditionelle Weise schließen: Danach können sich auch EU-Ausländer stets nur auf das Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen, wobei dem Gebot der Inländergleichbehandlung durch Übertragung der Schutzintensität und der Schranken der Versammlungsfreiheit auf die allgemeine Handlungsfreiheit Rechnung getragen wird.

*2. Sachlicher Schutzbereich*

*a) Versammlungsbegriff*

Da es hier um eine Großdemonstration geht, kommt es nicht auf den Streit an, ob an einer Versammlung zwei, drei oder – in Anlehnung an §§ 56, 73 BGB für den Verein – mindestens sieben Personen teilnehmen müssen[34]. Vielmehr ist herauszuarbeiten, worin die spezifische Bedeutung des geschützten Sich-Versammelns liegt. Art. 8 GG schützt nicht die bloße Ansammlung von Menschen. Der Versammlungsfreiheit geht es vielmehr um ein gemeinschaftliches Element, das eine innere Verbindung zwischen den zusammen gekommenen Menschen herstellt und erst dadurch die Ansammlung zu einer Versammlung werden lässt. Hier verfolgen die Versammlungsteilnehmer den gemeinsamen politischen Zweck einer öffentlichen Großdemonstration. Deshalb kann auch der Streit dahinstehen, ob die Versammlungsfreiheit nur Foren des Meinungsaustauschs bzw. der Meinungskundgabe schützt[35] oder ob Art. 8 GG nicht nur ein rein politisches Grundrecht ist, sondern als allgemeines Grundrecht auf Sozialität auch andere Begegnungen zum Zwecke gemeinsamen Erlebens umfasst[36].

Problematisch ist jedoch, dass im Rahmen der Demonstration auch eine Sitzblockade auf der Autobahn stattfinden soll, die nur Fußgänger und Fahrradfahrer passieren lassen soll und so – durch eine Verhinderung des Autoverkehrs – die gesamte Veranstaltung erst ermöglichen soll.

Zunächst stellt sich die Frage, ob Autobahnen per se versammlungsfreie Orte sind, weil sie nach § 1 Abs. 3 FStrG ausschließlich dem Autoverkehr gewidmet sind und die Benutzung für Fußgänger und Radfahrer verboten ist[37]. Allerdings würde dann das einfache Gesetz systemwidrig bereits den Schutzbereich des Grundrechts beschränken. Deshalb steht ein straßenrechtliches Verbot nicht von vornherein der Eröffnung des Schutzbereichs der verfassungsrechtlichen Versammlungsfreiheit entgegen[38].

Die Frage, ob und wann Sitzblockaden vom Schutz der Versammlungsfreiheit gedeckt sind und wann es sich gegebenenfalls sogar um strafbare Nötigungen nach § 240 StGB handelt, hat die deutschen Gerichte in den letzten Jahrzehnten

[30] BVerfGE 7, 198, 208 – Lüth; EGMR EuGRZ 1977, 38 (42), Rn. 49 – Handyside; EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 79 – Schmidberger.

[31] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Leitsatz 1 (dazu in diesem Heft).

[32] Zu den weitreichenden Konsequenzen, die der für das Versammlungsrecht zuständige Erste Senat des BVerfG aus einem solchen Verständnis zieht, s. BVerfG, Beschl. v. 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07, Rn. 88 – Betriebliche Hinterbliebenenversorgung (abrufbar unter http://www.bverfg.de).

[33] S. etwa *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 131 m.w.N.

[34] S. etwa *Pieroth/Schlink* (Fn. 33), Rn. 755.

[35] BVerfGE 104, 92 (104).

[36] Wie hier die wohl h.L.: *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2008, Art. 8 Rn. 26 f.; *Gusy* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 8 Rn. 17; *Höfling* in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 8 Rn. 13a; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 8 Rn. 17 ff.; *Poscher*, NJ 1998, 105 (107); *Ladeur* in: Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, Kommentar zum Versammlungsrecht, 1. Aufl. 1992, Art. 8 Rn. 17; *Kloepfer*, Versammlungsfreiheit, in: HStR Bd. 7, 3. Aufl., § 164 Rn. 28; *Michael/Mor-lok* (Fn. 2), Rn. 269 ff.; *Pieroth/Schlink* (Fn. 33), Rn. 749 ff.

[37] So OVG Lüneburg NZV 1994, 332.

[38] So VGH Kassel NJW 2009, 312.

verschiedentlich beschäftigt. Die Frage wurde mit wechselnden Prämissen und Ergebnissen beantwortet und kann nicht undifferenziert bejaht oder verneint werden; vielmehr kommt es auf die näheren Umstände an[39].

Das BVerfG hat in einer jüngeren Entscheidung ausgeführt, dass Art. 8 GG die Teilhabe an der Meinungsbildung schütze, nicht aber die zwangsweise oder sonst wie selbsthilfeähnliche Durchsetzung von Forderungen[40]. Geht es der Versammlung also nicht darum, für ein bestimmtes Ziel durch Erzielen öffentlicher Aufmerksamkeit oder durch Protest einzutreten, sondern dieses Ziel durch die Versammlung unmittelbar zwangsweise durchzusetzen (sog. Erzwingungshandlung), handelt es sich nicht mehr um eine grundrechtlich geschützte Versammlung.

An eine Erzwingungshandlung könnte man hier insoweit denken, als es der Aktion zumindest auch darum geht, die Bauarbeiten an dem Autobahnausbau für zwei Tage zu verhindern. Allerdings geht es den Demonstranten dabei letztlich um das Fernziel, die Politiker durch die Protestaktion in letzter Minute zu einem Umsteuern zu bewegen. Insofern erscheint die zwangsweise Verzögerung der Bauarbeiten hier mehr als Mittel zum Zweck, Aufmerksamkeit zu erregen, als dass sie das Gepräge einer Erzwingungshandlung hätte[41]. Es geht um eine symbolische Protestaktion, zumal die Blockade der Autobahn die vielfältigen Veranstaltungen, mit denen die Demonstranten für ihre Ziele werben wollen, erst ermöglichen soll. Auch dass die über den Sonntag hinausgehende Blockade den Beginn der Bauarbeiten verzögert, steht dem nicht entgegen. Denn es handelt sich hier um eine – im Vergleich zur Gesamtdauer der Bauarbeiten – nur sehr kurze Verzögerung. Die Demonstranten wollen nicht die Baustelle „besetzen", um sich den Bauarbeiten körperlich entgegenzustellen, bis sie weggetragen werden.

Dafür spricht auch eine Auslegung des Grundgesetzes im Lichte des Europarechts: Denn der EuGH hat in Sachen Schmidberger eine 30 Stunden andauernde Brenner-Blockade als vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst angesehen. Allerdings besteht hier keine unionsrechtliche Verpflichtung zu einer Schutzbereichserweiterung im Rahmen nationalen Grundrechtsschutzes, selbst wenn gegebenenfalls das EU-Grundrecht hier noch weiter gehen sollte. Befinden sich Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts, sind zwar nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC die EU-Grundrechte anwendbar. Aber hier ist wiederum zu beachten, dass die Warenverkehrsfreiheit, die die Anwendbarkeit des Unionsrechts eröffnet, hier mit dem Grundrecht kollidiert. So wenig sich mit der Warenverkehrsfreiheit die Erstreckung des Art. 8 GG auf EU-Ausländer begründen lässt, so wenig greift der Vorrang des Unionsrechts hinsichtlich der Unionsgrundrechte. In der EuGH-Entscheidung ging es darum, den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, der Versammlungsfreiheit Rechnung zu tragen. Inwieweit das die Mitgliedstaaten tun, ist zunächst Frage des nationalen Verfassungsrechts. Die Anerkennung des EU-Grundrechts der Versammlungsfreiheit ist hierfür lediglich die Grenze. Nicht jede Anerkennung eines EU-Grundrechts in einer solchen Konstellation zwingt alle anderen Mitgliedstaaten dazu, dieses Grundrecht in demselben Maße zu gewährleisten. Es verstößt nicht gegen Unionsrecht, wenn ein Mitgliedstaat demgegenüber der Warenverkehrsfreiheit den Vorzug gibt, die ja nicht weniger, sondern sogar originär ein unionsrechtliches Rechtsgut ist. Eine „unionsrechtskonforme" Auslegung in Anlehnung an die Schmidberger-Entscheidung ist also insoweit nicht geboten[42].

Eine andere Frage ist freilich, ob eine „unionsrechtsfreundliche" Schutzbereichserweiterung in Anlehnung an Impulse aus der EuGH-Rechtsprechung nicht zumindest möglich ist. Das BVerfG berücksichtigt inzwischen Impulse des europäischen Grundrechtsschutzes auch dort, wo dies nicht zwingend geboten ist[43]. Eine solche Schutzbereichserweiterung ist, sofern sie nicht eine Grundrechtskollision im Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Maßstäben auflöst, denkbar und ließe sich hier etwa damit begründen, dass es um eine Demonstration mit einem genuin europapolitischen Thema geht und insoweit die nationale Versammlungsfreiheit gerade auch der Herstellung einer europäischen Öffentlichkeit dient (vgl. Art. 11 EU).

Die Aktion steht deshalb grundsätzlich unter dem Schutz von Art. 8 GG (andere Ansicht gut vertretbar). Dem steht auch nicht entgegen, dass die Aktion für 48 Stunden andauert, sich also gerade nicht auf ein geringes Maß der Beeinträchtigung der Freiheit anderer beschränkt, das erforderlich ist, um der Veranstaltung überhaupt Aufmerksamkeit zu verschaffen. Hierbei handelt es sich um eine Frage des Güterausgleichs, nicht um eine Frage des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit.

*b) Friedlich und ohne Waffen*

Art. 8 Abs. 1 GG schützt nur Versammlungen, die friedlich und ohne Waffen stattfinden. Hier sind weder ein unfriedlicher Verlauf der Demonstration noch das Mitführen von Waffen zu befürchten. Die bereits erörterte Frage nach dem grundrechtlichen Schutz von Sitzblockaden gehört nach hier vertretener Auffassung zum Versammlungsbegriff und stellt keine Frage der Friedlichkeit dar[44].

*3. Ergebnis*

Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit ist jedenfalls für den deutschen Organisator der Versammlung eröffnet.

**II. Eingriff**

In dem behördlichen Verbot der Versammlung liegt ein klassischer zielgerichteter Eingriff in die Versammlungsfreiheit.

[39] S. dazu im Einzelnen *Kloepfer* (Fn. 36), Rn. 68; *Michael/Morlok* (Fn. 2), Rn. 271.
[40] BVerfGE 104, 92 (105).
[41] Vgl. hierzu auch BVerfGE 104, 92 (104 f.), bei der das BVerfG den Schutz der Versammlungsfreiheit für die symbolische Einstellung der Bauarbeiten an der Wiederaufbereitungsanlage in Wackersdorf angenommen hat.
[42] *Michael/Morlok* (Fn. 2), Rn. 271, 849.
[43] S. bereits Fn. 32.
[44] Vgl. insoweit auch BVerfGE 73, 206 (248); 104, 92 (106); *Michael/Morlok* (Fn. 2), Rn. 277.

**III. Rechtfertigung**

*1. Beschränkbarkeit des Grundrechts (Schrankenbestimmung)*

Der Eingriff in die Versammlungsfreiheit könnte aber gerechtfertigt sein. Für Versammlungen unter freiem Himmel enthält Art. 8 Abs. 2 GG einen Gesetzesvorbehalt. Versammlungen unter freiem Himmel zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht seitlich abgegrenzt, sondern öffentlich zugänglich sind und dadurch ein erhöhtes Gefährdungspotenzial aufweisen. Nach diesen Maßgaben handelt es sich hier um eine Versammlung unter freiem Himmel, sodass das Grundrecht aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann.

*2. Gesetzliche Grundlage des Eingriffs (Schrankenziehendes Gesetz)*

Schrankenziehendes Gesetz ist im konkreten Fall § 15 Abs. 1 VersG, der Versammlungsverbote bei unmittelbarer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ermöglicht. Dieser Tatbestand lässt sich bei der geplanten Anwesenheit von Hunderten von Menschen auf einer Autobahn unproblematisch bejahen. Gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes als solches bestehen keine Bedenken.

*3. Verfassungskonforme Konkretisierung der Schranke im Einzelfall (Verhältnismäßigkeit)*

Die Grundrechtsschranke müsste aber auch im konkreten Einzelfall verfassungskonform konkretisiert worden sein, d.h. der Grundrechtseingriff müsste auch verhältnismäßig sein.

*a) Zwecksetzung*

Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass die deutsche Behörde mit dem Verbot der Versammlung drei Zwecksetzungen verfolgt: Das Verbot der Demonstration auf der Autobahn dient der öffentlichen Sicherheit, dem Schutz der Warenverkehrsfreiheit und der unbehinderten Durchsetzung des rechtmäßig geplanten Autobahnbaus[45].

*b) Geeignetheit*

Das Verbot der Versammlung ist dann geeignet, wenn es wenigstens einem der genannten Zwecke dient, d.h. überhaupt förderlich ist.

Das Verbot der Versammlung führt dazu, dass die Bauarbeiten wie geplant stattfinden können. Die Frage, ob hierzu auch ein erst an Montag geltendes Versammlungsverbot ausgereicht hätte, ist eine Frage der Erforderlichkeit. Das Demonstrationsverbot ist schon deshalb geeignet.

Es ist weiter zu prüfen, ob die Maßnahme auch den weiteren Zwecken dient, weil diese nur dann in die weitere Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen sind[46]. Das ist deshalb fraglich, weil ein Stattfinden der Demonstration auf polnischer Seite dazu führt, dass die Polizei die Autobahn spätestens kurz vor der Grenze sperren müsste, um so die Sicherheit zu gewährleisten. Denn sonst würde der Verkehr ungebremst auf die Grenze und die dort stattfindende Blockade auffahren. Die Demonstration auf polnischer Seite würde den Verkehr ohnehin blockieren, so dass auch ein Versammlungsverbot auf deutscher Seite auch der Warenverkehrsfreiheit nicht zu dienen scheint. Um der Warenverkehrsfreiheit Rechnung zu tragen, wäre dann vielmehr eine Umleitung des Verkehrs spätestens ab der letzten Ausfahrt vor der Grenze einzig dienlich. Allerdings ist zunächst einmal das Verhalten der deutschen Behörden in dem von ihnen beherrschten Hoheitsbereich für sich genommen zu betrachten. Es besteht schließlich die Möglichkeit, dass die polnischen Behörden die Demonstration letztlich doch verhindern. Das deutsche Versammlungsverbot ist deshalb geeignet, auch der Sicherheit auf der Autobahn und dem Warenverkehr zu dienen. Die Eignung muss freilich zu jedem Zeitpunkt vorliegen. Die Eignung entfällt aber auch nicht etwa mit Beginn der Demonstration auf polnischer Seite, da auch nicht auszuschließen ist, dass diese noch aufgelöst wird. Die Folgen einer Demonstration in Polen strahlen nicht auf die Eignung des Versammlungsverbotes in Deutschland aus.

Das Versammlungsverbot ist also geeignet und dient sogar allen drei Zwecken.

*c) Erforderlichkeit*

Das Versammlungsverbot müsste auch erforderlich gewesen sein, um die behördlichen Zwecke zu erreichen. Eine Maßnahme ist nicht erforderlich und deshalb verfassungswidrig, wenn es alternativ ein milderes, d.h. weniger eingriffsintensives Mittel gäbe, das geeignet wäre, allen Zwecken mindestens gleichermaßen zu dienen[47].

Alternativ hätten die deutschen Behörden die Demonstration dulden und hierzu die Autobahn sperren können. Dies wäre ein milderes Mittel, das der Versammlungsfreiheit voll zur Geltung verhilft. Allerdings wären dadurch die Bauarbeiten verzögert worden. Der Zweck der unbehinderten Durchset-

[45] Beachten Sie, dass Sie die Zwecksetzung so konkret wie möglich nach den Angaben im Sachverhalt bestimmen. Dies ist die entscheidende Weichenstellung für die folgende Verhältnismäßigkeitsprüfung; denn diese fragt danach, ob die Auswirkungen einer Maßnahme auf das beschränkte Grundrecht in einem angemessenen Verhältnis zur Zwecksetzung der Maßnahme stehen!

[46] In Fällen mehrerer in Betracht kommender Zwecke führt die gestufte (Geeignetheit/Erforderlichkeit/Angemessenheit) Verhältnismäßigkeitsprüfung also gegebenenfalls zu einer Abschichtung der Argumente. Wer z.B. bereits die Geeignetheit hinsichtlich des Sicherheitsschutzes bezweifelt, würde bereits auf der Stufe der Erforderlichkeit nur noch die Zwecke des Schutzes der Warenverkehrsfreiheit und des Beginns der Bauarbeiten prüfen.

[47] Beachten Sie weiter, dass eine Maßnahme, die mehreren Zwecken dient, nicht schon verfassungswidrig ist, wenn sie wegen einzelner Zwecke nicht erforderlich ist. Vielmehr ist eine Maßnahme dann verhältnismäßig, wenn sie (wenigstens) einem Zweck dient und insofern erforderlich und angemessen ist. Wenn es ein milderes Mittel gibt, das zumindest einzelnen Zwecken gleich gut dient, bleiben diese wiederum i.S. einer gestuften Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der Stufe der Angemessenheit außer Betracht.

zung der Baumaßnahme würde so verfehlt. Auch die Warenverkehrsfreiheit wäre so betroffen. Deutschland könnte sich nicht darauf berufen, dass durch die Parallelentscheidung der polnischen Behörden der Warenverkehr ohnehin aufgehalten würde. Außerdem ist auch die Ermöglichung zügiger Bauarbeiten funktional auf den freien Warenverkehr bezogen. Die von der Behörde drittens verfolgte Zwecksetzung, die Sicherheit der Kraftfahrer und Versammlungsteilnehmer zu gewährleisten, hätte allerdings auch durch eine Sperrung der Autobahn erreicht werden können. Stellt man allein auf den Zweck der Sicherheitsgewähr ab, ist somit ein milderes und weniger eingriffsintensiveres Mittel ersichtlich. Das bedeutet, dass bei der weiteren Prüfung der Verhältnismäßigkeit nur noch die Zwecksetzungen zu betrachten ist, den grenzüberschreitenden Warenverkehr zu schützen und den Baubeginn zu ermöglichen.

Denkbar wäre es grundsätzlich auch gewesen, den Ort oder die Dauer der Versammlung zu modifizieren. Zwar umfasst die Versammlungsfreiheit gerade auch die Wahl des Ortes und der Zeit, aber eine diesbezügliche Beschränkung würde möglicherweise weniger tief in die Versammlungsfreiheit eingreifen. Insofern könnte man hier an eine Genehmigung für den Zeitraum zwischen Sonntagmittag und Montagvormittag denken, bei der die Bauarbeiten wie geplant am Montag beginnen könnten. Doch abgesehen von der Frage, ob dabei sichergestellt wäre, dass die Demonstranten ihre Blockadeaktion freiwillig rechtzeitig beenden würden, kann man unter den konkreten Umständen eine solche verkürzte Genehmigung nicht als milderes Mittel ansehen. Denn die Demonstranten verfolgen hier ein Gesamtkonzept, bei dem es auf die Dauer der Blockade und die vielfältigen geplanten Aktionen entscheidend ankommt. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass ein Kernpunkt der Aktion, die Podiumsdiskussion auf der Autobahn, erst für Montagnachmittag geplant ist und bei einer Genehmigung nur bis zum Beginn der Bauarbeiten nicht stattfinden könnte. Damit hätte eine solche verkürzte Genehmigung hier nicht das Gepräge einer Teilgenehmigung, sondern eher der Genehmigung einer anderen Veranstaltung. Unabhängig von der Frage, ob die Behörde zum Erwägen solcher Alternativen verpflichtet ist, wäre damit hier jedenfalls das Gesamtkonzept der Veranstaltung nicht realisierbar, sodass eine verkürzte Genehmigung nicht als weniger eingriffsintensiv angesehen werden kann und damit letztlich nicht als milderes Mittel in Betracht kommt. Eine Verlegung des Ortes schließlich – z.B. in einen Abschnitt der Autobahn jenseits der geplanten Baumaßnahmen – hätte zu (gegebenenfalls sogar weiteren) Behinderungen des Warenverkehrs geführt.

Die Erforderlichkeit des Versammlungsverbotes wird durch die denkbaren Alternativen also nicht berührt. Jedoch bleibt bei der Angemessenheitsprüfung der Zweck der Sicherheitsgewährleistung außer Betracht.

*d) Angemessenheit*

Schließlich müsste das Verbot der Versammlung im konkreten Fall auch angemessen gewesen sein. Bei der abstrakten Gewichtung der involvierten Rechtsgüter kann auf die Ausführungen im Rahmen zu Frage 1 verwiesen werden (oben Frage 1, A.III.3.b.ee.). So ist die Warenverkehrsfreiheit, deren Schutz die deutsche Behörde bezweckt hat, für die Verwirklichung des europäischen Binnenmarkts von herausragender Bedeutung. Auch der rechtzeitige Beginn eines rechtmäßig geplanten Bauvorhabens ist von öffentlichem Interesse. Von besonderer Bedeutung ist aber auch das Grundrecht der Versammlungsfreiheit als eines der klassischen Bürgerrechte mit seiner Korrektivfunktion innerhalb des demokratischen Gemeinwesens. Wie bereits ausgeführt, ist im konkreten Fall die Versammlungsfreiheit auch funktional in ihrer Bedeutung zur Herausbildung einer europäischen Öffentlichkeit zu betrachten, weil das kritisierte Autobahnprojekt eine grenzüberschreitende und aus EU-Mitteln finanzierte Transitroute ist.

Im konkreten Fall wiegt das komplette Verbot der Versammlung schwer. Die Demonstration kann auf deutscher Seite gar nicht stattfinden, die Teilnehmer erhalten nicht die Möglichkeit, ihren spezifischen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung über den Autobahnausbau auf ihre Weise zu leisten. Dabei kann auch die europäische Dimension der Gewährleistung der Versammlungsfreiheit berücksichtigt werden. Um eine europäische Öffentlichkeit erreichen zu können, verdienen gerade auch „große Gesten“ mit starker, überörtlicher Symbolkraft – z.B. Demonstrationen auf Transitstrecken – verfassungsrechtlichen Schutz. Dass die Kehrseite solchen Schutzes in einer gesteigerten Behinderung Dritter besteht, ist der Versammlungsfreiheit immanent. Ein höheres Kollisionspotential steht einer europarechtsfreundlichen Auslegung der Versammlungsfreiheit also nicht entgegen.

Fraglich ist, ob dieser schwere Eingriff in die Versammlungsfreiheit durch die Ermöglichung der Warenverkehrsfreiheit gerechtfertigt werden kann. Daran bestehen erhebliche Zweifel. Zu berücksichtigen ist erstens, dass die Warenverkehrsfreiheit zwar 48 Stunden lang beeinträchtigt wird, dass aber die blockierte Strecke nicht die einzige Möglichkeit darstellt, Waren von Deutschland nach Polen bzw. in umgekehrter Richtung zu transportieren, sondern dass es eine Ausweichroute gibt. Der Umweg ist mit 70 km zwar nicht gering zu veranschlagen, aber es muss berücksichtigt werden, dass eine gravierende Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit nicht in Rede steht. Zweitens hätte bei dem Anliegen, die Warenverkehrsfreiheit zu schützen, die Entscheidung des EuGH in Sachen Schmidberger beachtet werden müssen. Hier hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit, die eine 30 Stunden andauernde Blockade der Brennerautobahn mit sich brachte, aus Gründen der Versammlungsfreiheit der Demonstranten gerechtfertigt werden konnte. Überträgt man diese Rechtsprechung auf den hier gegebenen Fall, bestand – wie die Prüfung zu Frage 1 gezeigt hat – zumindest keine europarechtliche Verpflichtung, die Versammlung zu verbieten. Das bedeutet zwar nicht, dass die Güterabwägung in einem Mitgliedstaat, der zudem in nationale Grundrechte und nicht in EU-Grundrechte eingreift, nicht anders ausfallen könnte. Doch nimmt infolge der Schmidberger-Rechtsprechung zumindest das Gewicht der Warenverkehrsfreiheit im konkreten Fall ab.

Weiter stellt sich hier die Frage, wie die zugleich direkte wie symbolische Behinderung des Verkehrs und Verzögerung der Baumaßnahme durch die Blockadeaktion zu bewerten ist. Es lässt sich vertreten, dass die Schutzwürdigkeit der Versammlung in dem Maße abnimmt, in dem Rechte Dritter zielgerichtet beeinträchtigt werden, um Aufmerksamkeit zu erregen. Erreichen aber diese Beeinträchtigungen ein besonders intensives Maß, das vom Versammlungszweck zudem nicht zwingend geboten erscheint, wird die Eingriffsschwelle abgesenkt, d.h. können die Beeinträchtigungen zum Anlass genommen werden, gegen die Versammlung einzuschreiten. Ein solcher abgeschwächter Schutz der Versammlung ließe sich hier mit der besonders langen Dauer der Veranstaltung von insgesamt zwei Tagen vertreten, wobei allerdings auch zu berücksichtigen ist, dass die Versammlungsinitiatoren eng mit den Behörden zusammengearbeitet und diesen einen detaillierten Aktionsplan vorgelegt haben, um die Blockade ankündigen zu können und so die Auswirkungen auf den Verkehr so gering wie möglich zu halten. Die kurze Verzögerung der Baumaßnahme ist zwar tatsächlich und finanziell relevant, fällt aber im Hinblick auf die Gesamtdauer- und Gesamtkosten einer solchen Maßnahme nicht erheblich ins Gewicht.

Im Ergebnis erscheinen angesichts dieser Sachlage beide Lösungen gleichermaßen gut vertretbar.

*e) Ergebnis*

Je nach dem Ergebnis zur Angemessenheitskontrolle ist das Versammlungsverbot hier entweder verhältnismäßig oder unverhältnismäßig. Dabei ist zu beachten, dass der verfassungsrechtliche Maßstab der Verhältnismäßigkeit i.e.S. so zu verstehen ist, dass nur solche Maßnahmen verfassungswidrig sind, gegen die in der Abwägung erhebliche Bedenken sprechen. Wer also zu diesem Ergebnis kommt, muss die Argumente in diese Richtung entsprechend stark herausarbeiten.

### IV. Ergebnis

Das Verbot verstößt (nicht) gegen die Versammlungsfreiheit.

## B. Verletzung des polnischen Organisators in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG

Der polnische Organisator könnte durch das Verbot der Versammlung in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sein.

### I. Schutzbereich

Der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG ist betroffen, wenn man dieses Grundrecht mit der h.M.[48] als Auffang-Freiheitsrecht begreift, durch das jegliche Betätigung grundrechtlich gegen staatliche Eingriffe geschützt ist. Danach „schützt" das Auffanggrundrecht gerade keinen spezifischen (Lebens-)„Bereich", hat also i.e.S. gar keine Schutzbereichsgrenzen. Vielmehr hat das Auffanggrundrecht eine Lückenfüllungsfunktion. Darauf kann zurückgegriffen werden, wenn bzw. soweit ein Verhalten unter keinen Schutzbereich eines speziellen Grundrechts fällt. Vorliegend kann sich der polnische Organisator nicht auf das spezielle Freiheitsrecht des Art. 8 GG berufen[49], weil er nicht vom persönlichen Schutzbereich dieses Grundrechts erfasst wird (s. oben A.I.1.: Das gilt sowohl dann, wenn man wie hier vertreten ein unionales Gleichbehandlungsgebot ablehnt als auch dann, wenn man letzteres annimmt und es innerhalb einer Prüfung des Art. 2 Abs. 1 GG umsetzen möchte).

Nach einer engeren Auffassung[50] schützt Art. 2 Abs. 1 GG die „Persönlichkeit" und sollte nicht banalisiert werden. Diese Auffassung richtet sich erstens dagegen, dass Banalitäten verfassungsrechtlich „geadelt" werden. Darauf, warum die Gewährleistung der Freiheit gerade auch in alltäglichen Dingen nicht banal, sondern die liberale Konsequenz einer umfassenden Grundrechtsgeltung ist, braucht hier nicht eingegangen zu werden, weil eine Demonstration keine solche Banalität ist. Die engere Auffassung möchte aber zweitens auch vermeiden, dass die Schutzbereichsgrenzen spezieller Grundrechte sinnlos werden, indem über das Auffanggrundrecht letztlich doch alles staatliche Handeln an den Grundrechten zu messen sind. Das ist hier insofern relevant, dass nicht auszuschließen ist, dass mit der Beschränkung des persönlichen Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit auch gewollt sein könnte, dass sich Ausländer als Demonstranten überhaupt nicht auf Grundrechte sollen berufen können. Dem ist allerdings entgegenzuhalten[51], dass die speziellen Grundrechte ihren Sinn darin haben und behalten, dass sie qualifizierte Schranken und ein höheres Schutzniveau haben. Die Differenzierung zwischen Ausländern und Deutschen hinsichtlich der Versammlungsfreiheit behält ihren Sinn, auch wenn sie nicht über das „Ob" sondern nur über das „Wie" des Grundrechtsschutzes entscheidet. Schließlich wird drittens gegen die h.M. funktionellrechtlich eingewandt, dass über den „Hebel" eines Auffanggrundrechts und der daraus folgenden Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG objektivrechtliche Fragen des Staatsorgani-

[48] St. Rspr. BVerfGE 80, 137 – Reiten im Walde; grundlegend: BVerfGE 6, 32 – Elfes; aus der Literatur: *Cornils*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. 7, 3. Aufl. 2005, § 168 Rn. 1.

[49] Gut vertretbar wäre freilich, hier vorrangig (d.h. systematisch vor dem Auffangrundrecht) die Meinungsfreiheit zu prüfen, da Art. 5 Abs. 1 GG nicht im persönlichen Schutzbereich beschränkt ist. Allerdings richtet sich das Versammlungsverbot nicht gegen bestimmte Meinungsinhalte, sondern gegen die Form der Versammlung. Den Ausländern wird nicht versagt, eine bestimmte Meinung zu äußern, sondern dies in der Form einer Demonstration zu tun. Die vom Grundgesetz gewollte Differenzierung zwischen Deutschen und Ausländern in Art. 8 Abs. 1 GG würde umgangen, wenn man in all diesen Fällen die Meinungsfreiheit prüfen würde, zumal diese sogar besonders hohen Hürden der Rechtfertigung unterliegt.

[50] *Peters*, BayVBl. 1965, 37; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 428; BVerfGE 80, 137 (166) – Sondervotum *Grimm*.

[51] *Cornils*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) (Fn. 48), § 168 Rn. 64 ff.

sationsrechts (etwa der Gesetzgebungskompetenz) grundrechtlich „subjektiviert“ werden und dass sich das BVerfG durch seine Rechtsprechung die Zuständigkeit verschafft habe, alle belastenden staatlichen Maßnahmen an der Wertungsfrage der Verhältnismäßigkeit zu messen. Auch gegen diese Bedenken lässt sich einwenden, dass ein umfassender Grundrechtsschutz gerade die rechtsstaatliche Stärke des Grundgesetzes ist und dass die starke Stellung des BVerfG und die praktische Bedeutung der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG gewollt sind. Schließlich spricht auch eine „völkerrechtsfreundliche“ (bzw. „unionsrechtsfreundliche“) Auslegung des Grundgesetzes dafür, dass Lücken, die „Deutschen-Grundrechte“ im persönlichen Schutzbereich aufreißen, auf Verfassungsebene geschlossen werden können. So ist es nach der h.M. möglich, im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit die in Art. 11 EMRK geschützte Versammlungsfreiheit auch für Ausländer jedenfalls grundsätzlich und auf dem Niveau der EMRK zu schützen.

### II. Eingriff

Ein direkter, klassischer Eingriff liegt vor, weil dem Grundrechtsträger ein grundrechtlich geschütztes Verhalten unmöglich gemacht wird.

### III. Rechtfertigung

*1. Beschränkbarkeit des Grundrechts (Schrankenbestimmung)*

Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit könnte gerechtfertigt sein. Als Grundrechtsschranken nennt Art. 2 Abs. 1 GG die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz. Von der Schrankentrias ist nur die verfassungsmäßige Ordnung von praktischer Bedeutung. Sie umfasst nämlich alle formell und materiell verfassungsmäßigen Regelungen[52]. Legitime Zwecke sind danach alle öffentlichen und privaten Interessen – die „Rechte anderer“ und die „Sitten“ sind nur Beispiele.

Der Sache nach steht die allgemeine Handlungsfreiheit damit unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt.

*2. Gesetzliche Grundlage des Eingriffs (Schrankenziehendes Gesetz)*

Schrankenziehendes Gesetz ist auch hier § 15 Abs. 1 VersG.

*3. Verfassungskonforme Konkretisierung der Schranke im Einzelfall (Verhältnismäßigkeit)*

Die Grundrechtsschranke müsste im konkreten Fall auch verfassungskonform konkretisiert worden sein, d.h. der Grundrechtseingriff müsste auch verhältnismäßig sein. Da Versammlungen von Ausländern nicht unter Art. 8 GG fallen, sondern „nur“ von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt werden, stehen sie unter einem geringeren verfassungsrechtlichen Schutz. Allerdings muss dieser Schutz dem Mindeststandard der EMRK entsprechen. Wie groß und relevant der Unterschied im Schutzniveau ist, soll hier nicht vertieft werden[53].

Wichtig ist, an dieser Stelle konsequent im Verhältnis zu den obigen Ausführungen zu Art. 8 GG zu sein. Der Maßstab des Art. 2 Abs. 1 GG darf jedenfalls nicht strenger sein als der des Art. 8 Abs. 2 GG. Es wäre ein Wertungswiderspruch, den Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG als unverhältnismäßig anzusehen, wenn man im Rahmen der Versammlungsfreiheit des deutschen Veranstalters zu einer Eingriffsrechtfertigung gekommen ist. Andererseits ist es auch nicht zwingend, zu unterschiedlichen Ergebnissen bei Art. 2 Abs. 1 GG und bei Art. 8 Abs. 2 GG zu kommen: Wer den Eingriff in die Versammlungsfreiheit der Deutschen als unverhältnismäßig angesehen hat, muss daraus für die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit der Ausländer nicht unmittelbar etwas ableiten. Es sollte allerdings auch nicht pauschal auf die Abwägung verwiesen werden, da diese zum selben Ergebnis führen kann, aber nicht muss. Es ist vielmehr im Rahmen der Angemessenheitsprüfung in eine erneute Güterabwägung einzusteigen. Unterschiede im Schutzniveau könnten sich gegebenenfalls in der Verhältnismäßigkeit i.e.S. auswirken. Dabei ist darzustellen, ob, warum und in welchem Maße die politische Betätigung von Ausländern in geringerem Maße verfassungsrechtlich geschützt ist. Dabei ist wie oben dargestellt auch gut vertretbar, aufgrund des Europarechts eine Gleichbehandlung von EU-Ausländern bei der Wahrnehmung ihrer Versammlungsfreiheit im Zusammenhang mit politischen Themen von grenzüberschreitender Bedeutung zu fordern.

### IV. Ergebnis

Je nach Ihrer Argumentation ist damit Art. 2 Abs. 1 GG (nicht) verletzt.

[52] Beachten Sie den Unterschied zu dem Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ in Art. 9 Abs. 2 GG.

[53] Vgl. zu dieser Fragestellung den „Konkordanz-Kommentar“ von *Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG, 2006; hinsichtlich der Versammlungsfreiheit dort die Ausführungen von *Bröhmer* in Kapitel 19.

i

# Übungsfall: Ein Jurist auf Abwegen

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

*Die Klausur wurde im WS 2008/2009 an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität in Greifswald als 180-minütige Abschlussklausur im Rahmen des sog. Vertiefungskurses gestellt. Sie thematisiert vor allem Fragen aus dem Bereich der Urkundsdelikte, des Betruges sowie des Diebstahls.*

**Sachverhalt**

T hat an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität in Greifswald studiert und sodann in Mecklenburg-Vorpommern die Große Juristische Staatprüfung abgelegt. Inzwischen ist er auf der Suche nach einem angemessenen und gut dotierten Arbeitsplatz.

Bedauerlicherweise sind die Ergebnisse der Prüfungen nicht so überragend ausgefallen, wie T es sich gewünscht hat. Da T auch keine Referendariatsstationen in einer der renommierten Großkanzleien absolviert hat, hofft er nunmehr, seine Bewerbungschancen bei eben einer jener Kanzleien zu erhöhen, indem er die Note seines zweiten Staatsexamens von 6,44 auf 11,44 Punkte anhebt. Dazu fertigt er mit seinem Computer eine „11" in der Schriftart des Examenszeugnisses an und druckt diese auf einem weißen Etikett aus. Die „11" schneidet er aus dem Etikett aus und klebt sie so auf das Zeugnis, dass die „6" nicht mehr zu sehen ist. Zuvor hat T das Etikett mit einem Föhn angewärmt, damit es sich später leicht wie ein Post-it wieder entfernen lässt. Aufgrund des erhitzten Klebstoffs wäre die „11" ohnehin nach kurzer Zeit von ganz allein abgefallen. Danach kopiert er das „beklebte" Zeugnis mit einem Farbkopierer. Die Kopie ist vom Original nicht mehr zu unterscheiden. Sogar der Stempel des Prüfungsamtes sowie die Unterschriften des Prüfungsvorsitzenden wirken täuschend echt. T ist entzückt über seine kreative Arbeit. Doch die Freude währt nicht lang. Schnell fällt T auf, dass eine tägliche Arbeitszeit von 14 bis 16 Stunden, die insbesondere eine Anwesenheit vor Ort erfordert, nicht zu seinem Lebensstil passt. Daher vernichtet er die Fälschung und sieht von einer Bewerbung in einer Großkanzlei ab.

Nach einigen glücklosen juristischen „Gehversuchen" verdient sich T seinen Lebensunterhalt, indem er Zeitschriften-Abonnements vertreibt. Zu diesem Zweck klingelt er an der Tür des E, erzählt diesem wahrheitswidrig, er sei gerade aus der Haft entlassen worden und bittet um Abnahme eines Jahresabonnements einer Fernsehzeitschrift. Der gutgläubige E unterschreibt den Abonnementvertrag mit einem marktüblichen Wert von 100 €, um einen armen Häftling zu unterstützen. Sodann erzählt T dem E wahrheitswidrig, er erhalte die darauf entfallende Prämie erst Wochen später und habe heute keinen Pfennig Geld, um sich etwas zum Essen kaufen zu können. Der mitleidige E schenkt T daher 20 €, die T sofort „verspielt".

Auf dem Weg nach Hause will T noch eine DVD im Media-Markt kaufen. Bei der Gelegenheit steckt er schnell die neue CD von Bruce Springsteen („Working On A Dream") in seinen Rucksack. Dabei wird er vom Ladendetektiv L beobachtet. An der Kasse legt er die DVD des Films „Keinohrhasen" auf das Transportband und zahlt. Die CD bezahlt er hingegen, wie von Anfang an beabsichtigt, nicht. Daraufhin hält L dem T an der Kasse das Einstecken der CD vor. Sodann flieht T, wobei L versucht, sich T in den Weg zu stellen und ruft lauthals durch den Supermarkt: „Haltet den Dieb!". Daraufhin verpasst T dem L einen Tritt vor das rechte Schienbein und flieht endgültig, um keine „Scherereien" mit der Polizei zu bekommen und die CD kostengünstig behalten zu können.

Strafbarkeit des T nach dem StGB? Alle ggf. erforderlichen Strafanträge sind gestellt. Die §§ 123, 268 StGB ist nicht zu prüfen.

**Lösung**

**1. Handlungsabschnitt: Das Examenszeugnis**[1]

**A. Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB**[2] **durch Herstellen der Kopiervorlage**

T könnte sich einer Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 2 schuldig gemacht haben, indem er die „11" über die „6" klebte.[3]

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

*a) Urkunde*

Voraussetzung ist zunächst, dass das Originalexamenszeugnis eine Urkunde ist. Eine Urkunde ist – nach ganz überwiegender Ansicht – jede dauerhaft verkörperte Gedankenerklärung (Perpetuierungsfunktion), die im Rechtsverkehr zum Beweis bestimmt und geeignet ist (Beweisfunktion) und ihren Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion).[4] Eine Gedankenerklärung liegt hier in der Mitteilung, welche Punktzahl T in der Großen Juristischen Staatsprüfung erreicht hat. Die Erklärung ist auch stofflich fixiert und damit ausreichend verkörpert. Weiterhin muss das Zeugnis zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet sein. Ein Examens-

[1] Diese Lösung ist keine Musterlösung, wie man sie von den Studierenden in der 180-minütigen Bearbeitungszeit erwarten kann. Die Lösung ist vielmehr im Interesse der Wiederholung und Vertiefung ausgearbeitet.

[2] §§ im Folgenden ohne nähere Bezeichnung sind solche des StGB.

[3] Wichtig ist, dass zwischen der Strafbarkeit wegen des Herstellens der Kopiervorlage und des Herstellens der Farbkopie differenziert wird.

[4] BGHSt 4, 284 (285); 24, 140 (141); *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 267 Rn. 2; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 267 Rn. 2; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 32. Aufl. 2009, Rn. 790; kritisch *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 267 Rn. 16 ff.; *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 267 Rn. 16 ff.

zeugnis dient im Rechtsverkehr dem Zweck, Beweis darüber zu erbringen, dass die betroffene Person die Prüfung erfolgreich absolviert hat und mit welcher Note dies geschah. Beweiseignung und Beweisbestimmung sind damit gegeben. Schließlich muss die Gedankenerklärung den Aussteller erkennen lassen. Im vorliegenden Fall bekennt sich das Justizprüfungsamt in Vertretung des unterzeichnenden Prüfers zu der Erklärung über die absolvierte Staatsprüfung, so dass die Ausstellererkennbarkeit anzunehmen ist. Eine Urkunde liegt daher vor.

*b) Echte Urkunde*

Echt ist eine Urkunde, wenn der tatsächliche und der scheinbare Aussteller identisch sind.[5] Das Justizprüfungsamt ist sowohl der echte als auch der scheinbare Aussteller des Originalzeugnisses, so dass es sich hierbei um eine echte Urkunde handelt.

*c) Verfälschen einer echten Urkunde*

T müsste diese Urkunde verfälscht haben, indem er die „6“ mit der „11“ überklebte. Das Verfälschen einer Urkunde liegt vor, wenn der Täter den gedanklichen Inhalt einer echten Urkunde ändert, so dass er den Eindruck erweckt, als habe der Aussteller diese Erklärung in der Form abgegeben, wie sie nun erscheint.[6]

Im vorliegenden Fall hat T auf den ersten Blick den gedanklichen Inhalt über das Ergebnis der Prüfungsleistung verändert, indem er die „6“ mit der „11“ überklebte. Fraglich ist allerdings, wie der Umstand zu bewerten ist, dass das Etikett nur vorübergehend (zum Zwecke der Anfertigung einer Fotokopie) aufgeklebt wurde und damit nicht dauerhaft auf dem Original verbleiben sollte und aufgrund des angetrockneten Klebstoffs auch nicht konnte. Der Vorteil einer Urkunde – etwa im Vergleich zu einer Zeugenaussage – besteht darin, dass die Gedankenerklärung dauerhaft verkörpert und damit jederzeit zu Beweiszwecken reproduzierbar ist.[7] Das bedeutet, dass der Inhalt einer Urkunde auch nur dann verändert werden kann, wenn eine dauerhafte Einwirkung auf den Urkundenkörper selbst vorgenommen wurde.[8] Hier ist zwischen dem Etikett und dem Urkundenkörper keine dauerhafte Verbindung entstanden. Der Urkundenkörper selbst erfuhr damit keine Veränderung. Die Urkunde wurde damit nicht verfälscht.

Dieses Ergebnis wird auch durch folgende Kontrollüberlegung bestätigt: Das Produkt einer Urkundenfälschung muss immer die Voraussetzungen einer Urkunde erfüllen, ansonsten sind die Voraussetzungen des § 267 Abs. 1 Var. 2 nicht erfüllt.[9] Es käme allenfalls eine Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 in Betracht. Die zusammengeklebte Kopiervorlage erfüllt jedenfalls nicht das Merkmal der Beweiseignung. Sie diente lediglich dem „Beschicken“ des Kopierers.

*2. Zwischenergebnis*

Der objektive Tatbestand ist folglich nicht erfüllt.

### II. Ergebnis

T hat sich keiner Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 2 schuldig gemacht, indem er die „11“ über die „6“ klebte.

## B. Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 durch Herstellen der Kopie

T könnte sich jedoch dadurch einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 1 schuldig gemacht haben, dass er die täuschend echte Farbkopie herstellte.

### I. Tatbestand

*1. Objektiver Tatbestand*

*a) Urkunde*

Dies setzt voraus, dass die Fotokopie eine Urkunde darstellt. Dies ist umstritten.

Die Rechtsprechung und überwiegende Ansicht in der Literatur lehnen die Urkundenqualität von Fotokopien – wie bei einfachen Abschriften – grundsätzlich ab.[10] Zunächst wird eingewendet, dass Fotokopien das Merkmal der „verkörperten Gedankenerklärung“ nicht erfüllen könnten.[11] Der Kopiervorgang schaffe aufgrund eines Kausalgesetzes einen Abgleich des Originals, auf dessen Entstehung der Fotokopierende keinen Einfluss habe. Insoweit liege keine menschliche Gedankenerklärung vor, bei der die Verlässlichkeit der Erklärung ausschließlich von der Zuverlässigkeit des Ausstellers abhänge. Vielmehr gebe die Fotokopie lediglich Auskunft darüber, was in einem anderen Schriftstück – dem Original – verkörpert sei. Darüber hinaus wird gegen die Urkundenqualität von Fotokopien vorgebracht, dass sie den Aussteller nicht erkennen lassen und ihnen insoweit keine Garantiefunktion zukommt.[12] Der Hersteller des Originals garantiere nicht für die Richtigkeit einer Kopie. Die Fotokopie selbst weise keinen Aussteller aus. Vielmehr sei lediglich der Aussteller des Originals erkennbar. Neben diesen dogmatischen Gründen werden auch kriminalpolitische Argumente gegen eine Ausdehnung des Schutzes des § 267 auf Fotokopien

---

[5] *Wessels/Hettinger* (Fn. 4), Rn. 821.

[6] BGHSt 9, 235 (238); OLG Köln NJW 1983, 769; *Cramer/Heine* (Fn. 4), § 267 Rn. 20; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2009, § 33 Rn. 21.

[7] *Samson*, JA 1979, 526 (527).

[8] *Cramer/Heine* (Fn. 4), § 267 Rn. 65.

[9] *Wessels/Hettinger* (Fn. 4), Rn. 842; *Rengier* (Fn. 6), § 33 Rn. 22; *Weidemann*, in: Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand 1.10.2009, 10. Edition, § 267 Rn. 24.

[10] BGHSt 24, 140 (141); OLG Düsseldorf NJW 2001, 167; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 267 Rn. 16; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 267 Rn. 12b; a.A. *Mitsch*, NStZ 1994, 88 (89); *Puppe* (Fn. 4), § 267 Rn. 50.

[11] *Cramer/Heine* (Fn. 4), § 267 Rn. 42a; *Erb* (Fn. 4), § 267 Rn. 97; *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 320.

[12] BGHSt 24, 140 (141); *Beck*, JA 2007, 423 (424).

bemüht. Aufgrund der Manipulationsgefahr sei der Inhaber einer Kopie weniger schutzbedürftig als der Inhaber des Originals. Sicherheitshalber könne sich der Empfänger auch immer das Original oder eine beglaubigte Fotokopie, die nach einhelliger Ansicht eine Urkunde darstellt, vorlegen lassen.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Kopien keine Urkunden darstellen, wird jedoch grundsätzlich dann zugelassen, wenn die Fotokopie den Anschein einer Originalurkunde erweckt und sie als eine vom angeblichen Aussteller herrührende Urschrift ausgegeben wird.[13] Grund hierfür ist der Umstand, dass eine Fotokopie, die aufgrund ihrer hohen Wiedergabequalität den Anschein erweckt, das Original zu sein, über die gleiche Perpetuierungsleistung wie das (gefälschte) Original verfügt. Das Vertrauen des Rechtsverkehrs, dass diese vermeintliche verkörperte Gedankenerklärung von dem Aussteller stammt, ist bei einer täuschend echten Farbkopie im gleichen Umfang schützenswert, wie beim Original. Da die Fotokopie im vorliegenden Fall den Anschein erweckt, das Original zu sein, stellt sie eine Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 dar.

*b) Herstellen einer unechten Urkunde*

Weiterhin müsste T eine unechte Urkunde hergestellt haben. Das ist der Fall, wenn scheinbarer und tatsächlicher Aussteller auseinander fallen.[14] Scheinbarer Aussteller ist derjenige, der sich aus der Urkunde ergibt.[15] Das ist im vorliegenden Fall das Justizprüfungsamt, vertreten durch den Prüfungsvorsitzenden. Tatsächlicher Aussteller ist derjenige, von dem die Gedankenerklärung tatsächlich herrührt. Die in der Kopie enthaltende Gedankenerklärung hat T abgegeben, mit der Folge, dass scheinbarer und tatsächlicher Aussteller auseinander fallen. Damit hat T eine unechte Urkunde hergestellt.

*2. Subjektiver Tatbestand*

*a) Vorsatz*

Ferner müsste T vorsätzlich gehandelt haben. Hier kannte T alle Umstände, die das Herstellen einer unechten Urkunde begründen. T handelte damit vorsätzlich.[16]

*b) Täuschungsabsicht*

Schließlich müsste T zum Zeitpunkt der Tathandlung mit Täuschungsabsicht gehandelt haben. Nach überwiegender Ansicht ist es ausreichend, wenn der Täter hinsichtlich der Täuschung im Rechtsverkehr mit Vorsatz in Form des dolus directus 2. Grades agierte.[17] Da er sogar beabsichtigte, dass ein anderer die Urkunde für echt hält, ist diese Voraussetzung erfüllt.

Fraglich ist allerdings, wie der Umstand zu bewerten ist, dass T sich später von seinem Vorhaben und Motiv distanzierte und die hergestellte unechte Urkunde später vernichtete, ohne diese verwendet zu haben. § 267 ist ein Delikt mit einer materialen Versuchsstruktur, d.h. es ist ausreichend, dass der Täter zum Zeitpunkt der Tathandlung mit Täuschungsabsicht agierte. Diese ist kein objektives Tatbestandsmerkmal und muss daher objektiv nicht in Form eines Gebrauchens umgesetzt werden. Aus diesem Grund ist die spätere Aufgabe des Plans für die Bestrafung nach § 267 Abs. 1 Var. 1 unerheblich. T handelte also mit Täuschungsabsicht.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Schließlich handelte T auch rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

Er hat sich somit einer Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 1 schuldig gemacht.

**C. Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 durch das Vernichten der Farbkopie**

Eine Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 durch das Vernichten der Farbkopie scheitert daran, dass die Urkunde ausschließlich dem T gehörte. Niemand außer ihm besaß ein Beweisführungsrecht an dieser Urkunde.

**2. Handlungsabschnitt: Das Zeitschriftenabonnement**

**Betrug gem. § 263 Abs. 1**

T könnte sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 gegenüber und zum Nachteil des E schuldig gemacht haben, indem er dem E vorspiegelte, er sei gerade aus der Haft entlassen worden und habe kein Geld, um sich etwas zu essen zu kaufen, woraufhin der mitleidige E dem T 20 € schenkte.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

*a) Täuschung und Irrtum*

T hat ausdrücklich darüber getäuscht, dass er erst kürzlich aus der Haft entlassen sei. Das hat ihm E geglaubt und sich damit geirrt.

*b) Vermögensverfügung*

Ferner müsste E über sein Vermögen verfügt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.[18] Indem E den Abonnementvertrag unterschrieb, hat er einen Zahlungsanspruch gegen sich begründet und damit sein Vermögen gemindert. Eine weitere Vermögensminderung ist eingetre-

[13] OLG Stuttgart NStZ 2007, 158; *Fischer* (Fn. 10), § 267 Rn. 12c; *Wittig*, in: Satzger/Schmitt/Wittmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 267 Rn. 59; *Eisele,* Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2008, Rn. 1172.

[14] BGHSt 33, 159 (160); 40, 203 (204).

[15] *Samson*, JA 1979, 658 (659).

[16] Der Sachverhalt gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass T einem vorsatzausschließenden Irrtum i.S.d. § 16 oder einem Verbotsirrtum i.S.d. § 17 unterlegen ist.

[17] *Wittig* (Fn. 13), § 267 Rn. 83; *Fischer* (Fn. 10), § 267 Rn. 25.

[18] BGHSt 14, 170 (171); OLG Celle NJW 1974, 2326 (2327); *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 32. Aufl. 2009, Rn. 514; *Kindhäuser/Nikolaus*, JuS 2006, 193 (197).

ten, indem E dem T 20 € auszahlte. Eine Vermögensverfügung ist damit gegeben.

*c) Vermögensschaden*

Weiterhin müsste E einen Vermögensschaden erlitten haben. Ein Vermögensschaden liegt grundsätzlich vor, wenn die aufgrund der Verfügung eingetretene Minderung des Vermögens nicht durch einen unmittelbar mit ihr verbunden Vermögenszuwachs vollständig ausgeglichen wird. Dies wird festgestellt, indem die Vermögenslage des Opfers vor und nach der Vermögensverfügung verglichen wird.[19]

*aa) Vermögensschaden bzgl. des Abschlusses des Vertrages*

Vor seiner Vermögensverfügung hatte E einen Barbestand in der Kasse in Höhe von 100 €. Gleichzeitig bestanden keine Verbindlichkeiten, so dass von einem Saldo i.H.v. 100 € auszugehen ist.

| Aktiva | Passiva |
|---|---|
| Kasse: 100 € | 0 |
| Saldo: 100 € | |

Nach Abschluss des Vertrages hatte er immer noch einen Barbestand i.H.v. 100 € in der Kasse und einen Anspruch auf Lieferung der Zeitschriften gem. § 433 Abs. 1 BGB im Wert von 100 €. Gleichzeitig sieht sich E einem Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises i.H.v. 100 € ausgesetzt.

| Aktiva | Passiva |
|---|---|
| Kasse: 100 € | Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB: 100 € |
| Anspruch auf Lieferung gem. § 433 Abs. 1 BGB: 100 € | |
| Saldo: 100 € | |

Vergleicht man die Vermögenslagen vor und nach der Verfügung, so hat E keinen Schaden erlitten. Anhaltspunkte dafür, dass die Zeitschrift für E unbrauchbar ist und damit möglicherweise ein individueller Schadenseinschlag gegeben ist, liegen nicht vor.[20]

*bb) Vermögensschaden bzgl. der Zahlung der 20 €*

Fraglich ist allerdings, ob E bzgl. der 20 € einen Schaden erlitten hat. E hat für diese 20 € keine geldwerte Gegenleistung erhalten, so dass die Vermögensminderung nicht ausgeglichen wurde. Indes ist die Frage aufzuwerfen, wie es zu beurteilen ist, dass E wusste, dass er keine Gegenleistung für die Zahlung der 20 € erhalten werde. Insoweit war er sich über den vermögensschädigenden Charakter seines Verhaltens bewusst, so dass man von einer sog. bewussten Selbstschädigung spricht.[21]

*(1) Vermögensschaden trotz bewusster Selbstschädigung*

Insbesondere in der älteren Rechtsprechung wurde das Erfordernis der unbewussten Selbstschädigung abgelehnt. Danach soll ein Vermögensschaden bereits dann vorliegen, wenn der Getäuschte durch seinen Irrtum zu einer einseitig vermögensmindernden Verfügung veranlasst wurde.[22] Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, so dass ein Vermögensschaden anzunehmen ist.

*(2) Lehre von der Zweckverfehlung*

Auf der Grundlage der Lehre von der Zweckverfehlung kann ein Vermögensschaden grundsätzlich nur dann vorliegen, wenn dem Getäuschten die vermögensschädigende Wirkung der Verfügung nicht bewusst ist.[23] Ausnahmsweise sei ein Betrug aber auch in den Fällen der bewussten Selbstschädigung möglich, wenn dem Verfügenden durch die Täuschung die Erreichung eines sozialen oder wirtschaftlichen Zwecks vorgetäuscht wurde, und dieser durch die Vermögensleistung tatsächlich verfehlt wurde. Die Hingabe einer vermögenswerten Position könne nicht nur durch die Erlangung einer wirtschaftlich gleichwertigen Gegenleistung ausgeglichen werden, sondern auch durch die Erlangung eines außerwirtschaftlichen, sozialen Zwecks. Danach hätte E vorliegend dann keinen Schaden erlitten, wenn die Zahlung der 20 € durch die Erreichung des sozialen Zwecks – kein Hungerleiden – kompensiert worden wäre. Da diese Kompensationsmöglichkeit aber tatsächlich gar nicht bestand, hat E einen Vermögensschaden erlitten.

*(3) Kein Betrug bei Bewusstsein der Vermögensschädigung*

Eine in der Literatur vertretene Auffassung plädiert wie die Zweckverfehlungslehre für das Erfordernis einer unbewussten Selbstschädigung. Im Gegensatz zur Zweckverfehlungslehre verneint diese Ansicht aber bereits das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Täuschung.[24] Nur eine Täuschung mit Vermögensbezug könne den Tatbestand des Betruges erfüllen. Eine Täuschung über den Vermögensverlust sei aber

[19] *Satzger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 13), § 263 Rn. 138; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 263 Rn. 36.

[20] Ein Vermögensschaden ist immer dann zu verneinen, wenn es sich um ein wirtschaftlich ausgeglichenes Geschäft handelt, vgl. BGH NJW 2006, 1679 (1681); *Satzger* (Fn. 19), § 263 Rn. 144. Daher wäre es verfehlt, bereits hier die Zweckverfehlungslehre anzusprechen, auch wenn T den E hier durch eine Täuschung zum Abschluss dieses Geschäftes motiviert hat. Insoweit handelt es sich letztlich um einen unbeachtlichen Motivirrtum des Vermögensinhabers, der lediglich seine Dispositionsfreiheit beeinträchtigt.

[21] *Küper* (Fn. 11), S. 398; *Tiedemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, Bd. 6, § 263 Rn. 182; vgl. auch *Geppert*, JK 94, StGB § 263/41.

[22] RGSt 70, 255 (256); BGHSt 19, 37 (45); BayObLG NJW 1952, 798.

[23] *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 263 Rn. 55; *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 263 Rn. 41.

[24] *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 37; *Arzt*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 20 Rn. 111.

unmöglich, wenn sich der Getäuschte letztlich der Vermögensschädigung bewusst sei. Unter Zugrundelegung dieser Ansicht mangelt es bereits an einer Täuschung mit Vermögensbezug, so dass der Tatbestand nicht erfüllt ist.

*(4) Stellungnahme*

Entgegen der Ansicht der Rechtsprechung kann auf das Erfordernis einer unbewussten Selbstschädigung im Rahmen des § 263 nicht verzichtet werden. Andernfalls könnte jeder Motivirrtum zum Betrug führen, mit der Folge, dass nicht nur das Vermögen des Verfügenden geschützt würde, sondern vielmehr jeder Angriff auf die Dispositionsfreiheit strafbegründende Wirkung hätte. § 263 schützt aber ausschließlich das Vermögen.

Die Zweckverfehlungslehre nimmt an, dass auch durch die Erreichung eines Zwecks eine Vermögensminderung ausgeglichen werden kann und ermöglicht damit, die individuellen Interessen des Verfügenden zu beachten. Der Unterschied zwischen dem objektiv-individuellen Schadensbegriff, der auch die persönliche Brauchbarkeit der Gegenleistung für das Opfer berücksichtigt, und der Zweckverfehlungslehre besteht also darin, dass beim Erstgenannten die Berücksichtigung des individuellen Bedürfnisses negativ bewertet wird und zum Schaden führt, bei Letzterem jedoch das Bedürfnis, einen bestimmten Zweck zu erreichen, positiv berücksichtigt wird, was zur Schadensfreiheit bei Zweckerfüllung, aber zum Schadenseintritt bei Zweckverfehlung führt. Wenn man jedoch das individuelle Bedürfnis negativ berücksichtigen darf, dann muss man es auch positiv berücksichtigen dürfen. Demnach ist die Zweckverfehlungslehre nur eine weitere Möglichkeit, die individuellen Bedürfnisse des Vermögensinhabers zu berücksichtigen. Mithin ist der Zweckverfehlungslehre zu folgen und damit ein Vermögensschaden zu bejahen.

*2. Subjektiver Tatbestand*

*a) Vorsatz*

T handelte in Kenntnis und mit Billigung aller objektiven Tatumstände, so dass Vorsatz gegeben ist.

*b) Bereicherungsabsicht*

Weiterhin müsste T mit Bereicherungsabsicht gehandelt haben.

*aa) Vermögensvorteil*

Dies setzt zunächst die Absicht voraus, einen Vermögensvorteil zu erlangen. Dieser ist gegeben, denn T bezweckte, mit Hilfe der gezahlten 20 € seine Vermögenslage aufzubessern.

*bb) Stoffgleichheit*

Überdies müsste zwischen dem Vermögensschaden und dem Vermögensvorteil Stoffgleichheit bestehen. Der erstrebte Vermögensvorteil muss dabei die Kehrseite des Schadens darstellen, d.h. er muss aus dem Vermögen des Geschädigten stammen und seinen Grund in der Vermögensverfügung des Geschädigten haben.[25] Wie bereits dargelegt, besteht der Schaden, der im Rahmen der Zweckverfehlungslehre festgestellt worden ist, nicht in der Weggabe des Vermögensstücks als solchem, sondern in der Verfehlung des Zwecks, welcher die Aufwendung sinnlos macht. Dies könnte dazu führen, dass der Vermögensvorteil gerade nicht die Kehrseite des Schadens ist, weil dieser nicht in der Vermögensminderung als solcher besteht. Es ist aber ausreichend, wenn Schaden und Vermögensvorteil – wie im vorliegenden Fall – auf derselben Verfügung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht.[26] Stoffgleichheit ist daher anzunehmen.

*c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung*

Schließlich war die beabsichtigte Bereicherung rechtswidrig, worauf sich auch der Vorsatz des T bezog.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Ferner handelte T rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

T hat sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 zu Lasten des E schuldig gemacht.

**3. Handlungsabschnitt: Das Geschehen im Media-Markt**

**A. Diebstahl gem. § 242 Abs. 1**

T könnte sich eines Diebstahls nach § 242 Abs. 1 schuldig gemacht haben, indem er die CD in seinen Rucksack steckte.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

Dies setzt zunächst die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraus.

*a) Fremde bewegliche Sache*

Bei der CD handelte es sich um eine fremde bewegliche Sache.

*b) Wegnahme*

Weiterhin müsste T diese weggenommen haben, indem er sie einsteckte. Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.[27] Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft einer natürlichen Person, die vom natürlichen Herrschaftswillen getragen ist und deren Reichweite von der Anschauung des täglichen Lebens bestimmt wird.[28] Der Herrschaftswille muss sich dabei nicht auf jede einzelne Sache konkretisieren. Ausreichend ist nach der Verkehrsanschauung vielmehr ein genereller Herrschaftswille bzw. anti-

[25] BGHSt 6, 115 (116); *Fischer* (Fn. 10), § 263 Rn. 108; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 263 Rn. 59.
[26] *Satzger* (Fn. 19), § 263 Rn. 228; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 18), Rn. 585.
[27] *Schramm*, JuS 2008, 679 (680). Krit. *Rotsch*, GA 2008, 65.
[28] *Kudlich* (Fn. 14), § 242 Rn. 18; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 242 Rn. 8a f.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 18), Rn. 71.

zipierter Herrschaftswille, der sich auf sämtliche Gegenstände in einem räumlichen Bereich erstreckt.[29]

Ursprünglicher Gewahrsamsinhaber war der Geschäftsinhaber des Supermarktes, da sich die CD in einem von ihm generell beherrschten Raum befand und er insoweit einen generellen Herrschaftswillen aufwies. In dem Moment, in dem T die CD in den Rucksack steckte, hat er neuen Gewahrsam begründet, weil er die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ohne wesentliche Hindernisse ausüben kann. Darüber hinaus wird sie ihm nach der Anschauung des täglichen Lebens zugeordnet, da er die CD in seine Körpergewahrsamssphäre verbrachte, die innerhalb des vom Geschäftsführer generell-beherrschten Raums eine Gewahrsamsenklave bildet.[30]

Fraglich ist allerdings, ob er damit eigenen Gewahrsam begründet hat. Dies könnte problematisch sein, weil er von L beobachtet wurde. Insoweit könnte man annehmen, dass noch kein tatsächliches Herrschaftsverhältnis hergestellt wurde, weil der Berechtigte die Sache jederzeit zurückverlangen kann und daher noch keine endgültige Rechtsgutsverletzung eingetreten ist. Gegen eine solche Annahme spricht allerdings, dass die „Rucksacksphäre" nach sozialer Anschauung eindeutig dem Rucksackträger zugeordnet wird. Darüber hinaus ist der Diebstahl kein heimliches Delikt,[31] d.h. Tatbestandsvoraussetzung ist nicht, dass dem Opfer die Gewahrsamsverschiebung verborgen bleiben muss. Aus den genannten Gründen hat T neuen Gewahrsam begründet, als er die CD in den Rucksack steckte.

Dabei erfolgte die Gewahrsamsverschiebung auch ohne Einverständnis des Geschäftsinhabers, so dass eine Wegnahme gegeben ist.[32] Der Umstand, dass L gegebenenfalls mit Gewahrsamsverschiebung zum Zwecke der Beweisführung einverstanden gewesen wäre, ist dabei unbeachtlich. Denn dieses Einverständnis wäre nicht wirksam, da L nicht der Gewahrsamsinhaber und damit nicht berechtigt ist, der Gewahrsamsverschiebung zuzustimmen.

*2. Subjektiver Tatbestand*

*a) Vorsatz*

T handelte in Kenntnis aller objektiven Tatumstände und somit vorsätzlich.

*b) Zueignungsabsicht*

Darüber hinaus ist auch Zueignungsabsicht gegeben, da T mit bedingtem Vorsatz hinsichtlich einer dauernden Enteignung und mit Absicht mindestens vorübergehender Aneignung handelte.[33]

*c) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung*

Überdies war die beabsichtigte Zueignung rechtswidrig, da T keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die CD gehabt hat. Insoweit handelte T auch vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Schließlich war auch die Wegnahmehandlung rechtswidrig, und T handelte schuldhaft.

**III. Ergebnis**

T hat sich eines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 schuldig gemacht.

**B. Räuberischer Diebstahl gem. § 252**

Fraglich ist, ob T sich darüber hinaus eines räuberischen Diebstahls gem. § 252 schuldig gemacht hat, indem er L vor das Schienbein trat.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

*a) Vortat*

Eine taugliche Vortat in Form eines Diebstahls ist gegeben.

*b) Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels*

Ferner müsste T ein qualifiziertes Nötigungsmittel eingesetzt haben. Vorliegend könnte er Gewalt angewendet haben. Zwar ist der strafrechtliche Gewaltbegriff umstritten.[34] Allerdings liegt nach einhelliger Ansicht Gewalt jedenfalls dann vor, wenn der Täter eine körperliche Kraftentfaltung vornimmt und das Opfer körperlich wirkenden Zwang spürt.[35] Der Tritt vor das Schienbein erfordert eine Kraftentfaltung des Täters und bewirkt beim Opfer L einen körperlich wirkenden Zwang. Ein qualifiziertes Nötigungsmittel in Form der Gewalt ist daher gegeben.

*c) Bei einem Diebstahl betroffen*

Weiterhin müsste A bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen sein.

*aa) Betroffen*

Hier wurde T von L nicht nur als Person, sondern auch als Täter wahrgenommen, so dass sogar nach der engsten Ansicht das Merkmal „betroffen" gegeben ist.[36]

*bb) Bei einem Diebstahl auf frischer Tat*

Weiterhin müsste L den T bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen haben. Einigkeit herrscht darüber, dass die „Tatfrische" noch vorliegt, wenn ein enger raum-zeitlicher Zusammenhang zwischen vollendetem Diebstahl und dem Betroffenwerden des Täters besteht und die Vortat noch nicht

[29] *Eser* (Fn. 4), § 242 Rn. 30.

[30] Vgl. *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 242 Rn. 48; *Rönnau*, JuS 2009, 1088 (1089); *Zopfs*, ZJS 2009, 506 (510).

[31] *Jahn*, JuS 2008, 1119 (1120); *Wittig* (Fn. 9), § 242 Rn. 25.

[32] Zum Bezugsgegenstand des Einverständnisses differenzierend *Rotsch*, GA 2008, 65.

[33] Vgl. zum Zueignungsbegriff *Kudlich* (Fn. 13), § 242 Rn. 41 ff.

[34] Vgl. dazu *Swoboda*, JuS 2008, 862 f.

[35] *Eser* (Fn. 4), Vor §§ 234 ff. Rn. 6; *Küper* (Fn. 11), S. 171.

[36] Zum Merkmal des Betreffens bei § 252 vgl. ausführlich *Schwarzer*, ZJS 2008, 265 ff.

beendet ist.[37] Da T noch keinen gesicherten Gewahrsam an der CD begründet hat, war die Vortat – der Diebstahl – noch nicht beendet. Ferner befand sich T noch im Media-Markt und damit in einem engen raum-zeitlichen Zusammenhang zur Vortat. T war daher auf frischer Tat betroffen.

*2. Subjektiver Tatbestand*

*a) Vorsatz*

T handelte in Kenntnis und mit Billigung aller objektiven Tatumstände und damit vorsätzlich.

*b) Beutesicherungsabsicht*

Schließlich müsste er auch Beutesicherungsabsicht gehabt haben. Dies erfordert den zielgerichteten Willen des Täters, in fortbestehender Zueignungsabsicht zu verhindern, dass ihm der erlangte Gewahrsam zugunsten des Bestohlenen wieder entzogen wird.[38] T wollte die CD behalten und wirtschaftlich sinnvoll nutzen. Dass T zusätzlich „Scherereien" mit der Polizei vermeiden wollte, steht der Annahme einer Beutesicherungsabsicht nicht entgegen. Die Beutesicherungsabsicht muss nicht der einzige Beweggrund für die Gewaltanwendung darstellen. Ein Motivbündel führt jedenfalls dann nicht zur Ablehnung der Beutesicherungsabsicht, wenn der Wille zur fortbestehenden Zueignungsabsicht – wie im vorliegenden Fall – nicht in den Hintergrund tritt.[39] Danach handelte T mit Beutesicherungsabsicht.

**II. Rechtwidrigkeit und Schuld**

Schließlich handelte T auch rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

T hat sich eines räuberischen Diebstahls nach § 252 schuldig gemacht.

**C. Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1**

Indem T den L vor das Schienbein trat, hat er L rechtswidrig und schuldhaft körperlich misshandelt und sich somit einer Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 schuldig gemacht.[40]

**D. Konkurrenzen und Endergebnis**

Der Diebstahl tritt im Wege der Subsidiarität hinter den räuberischen Diebstahl zurück. Die Körperverletzung konkurriert ideal mit dem räuberischen Diebstahl.

T hat sich daher in Tatmehrheit wegen Urkundenfälschung, Betrugs sowie räuberischen Diebstahls in Tateinheit mit Körperverletzung gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 1; § 263 Abs. 1; § 252, 223 Abs. 1, 52 Abs. 1; § 53 Abs. 1 strafbar gemacht.

[37] *Otto*, JK 1988, StGB § 252/3; vgl. auch *Geppert*, Jura 1990, 554 (556) m.w.N. zur Rechtsprechung.
[38] *Sander*, in: Joecks/Miebach (Fn. 30), § 252 Rn. 15.
[39] BGH NStZ 2000, 530 (531); NStZ-RR 2005, 340 (341).
[40] Dem Sachverhalt sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach der beschuhte Fuß des T die Voraussetzungen eines gefährlichen Werkzeuges i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 erfüllen könnte.

# Übungsfall: Der gute Ruf des Möbelhauses

Von Privatdozentin Dr. **Katharina Beckemper**, Potsdam/Leipzig, Wiss. Mitarbeiterin **Doreen Müller**, Leipzig*

*Der Fall richtet sich an Examenskandidaten mit dem Schwerpunkt Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Schwerpunkte des Falles sind Vorteilsgewährung, Umsatzsteuerhinterziehung, Geheimnisverrat und Untreue.*

**Sachverhalt**

Tobias Kern (K) ist Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Kern GmbH (K GmbH), die das mittelständische Möbelhaus Kern in einer brandenburgischen Kleinstadt betreibt.

Vor einiger Zeit hatte K einen Anbau an dem Möbelhaus errichtet. Das dazu erforderliche Baugenehmigungsverfahren war sehr harmonisch – aber völlig legal – abgelaufen. Um sich für die angenehme Zusammenarbeit zu bedanken, beschloss K, dem Leiter der Baubehörde Thomas Leschner (L), der begeisterter Fußballfan ist, zwei Dauertickets für die VIP-Loge des lokalen und schon seit Jahren vom Möbelhaus Kern gesponserten Fußballvereins 1. FC Senftenberg für jeweils 960 € zukommen zu lassen. Er bat seine Buchhalterin Nadine Busch (B), beide Karten an L als kleines Dankeschön zu schicken. B hatte Bedenken, weil L Beamter war und sie mal aufgeschnappt hatte, dass Geschenke an Beamte Korruption seien. Sie wies K auf die bestehenden Compliance-Regeln im Unternehmen hin. K erwiderte jedoch, dass er in den nächsten Jahren keine Anbauten plane und deshalb mit der Baubehörde nichts zu tun haben werde. Dann könne ein kleines Dankeschön schwerlich verboten sein. B verschickte die Karten, die L dankend annahm.

Ende April 2009 musste die K GmbH die Schlusszahlungen für den Anbau leisten. Dadurch wurden die liquiden Mittel knapp. Um diese kurze Zeit zu überbrücken, wies K die B an, zwei Rechnungen von nicht existenten Unternehmen an die K GmbH auf ihrem Rechner zu erstellen und die angeblich entstandene Umsatzsteuer in der Umsatzsteuervoranmeldung für April geltend zu machen. B war mit diesem Vorgehen gar nicht einverstanden, weil das ihrer Meinung nach nichts mehr mit der Ethik des Unternehmens zu tun hatte. K verwarf diese Bedenken aber, indem er darauf hinwies, dass es sich nur um ein vorläufiges Darlehen handele. B erstellte also zwei Rechnungen in Höhe von jeweils 25.000 € inklusive 3.991,60 € Umsatzsteuer von tatsächlich nicht existierenden Baufirmen und gab die Umsatzsteuer in der von ihr erstellten und unterschriebenen Voranmeldung an. Die Rechnungen legte sie bei. Es kam zu einer den Angaben entsprechenden Vorsteuererstattung. K wiederholte im Januar 2010 die Angaben in der Umsatzsteuervoranmeldung, woraufhin es zu einer endgültigen Festsetzung der Umsatzsteuer kam.

B war entsetzt, dass es sich nicht nur um ein befristetes „Darlehen" handelte. Deshalb plagte sie das schlechte Gewissen ob der Ungereimtheiten in der Firma und sie ärgerte sich über die kriminellen Handlungsweisen ihres Chefs. Da mit K ihrer Meinung nach nicht mehr zu reden war, beschloss sie nunmehr, er müsse die Folgen seines unlauteren Handelns spüren. Sie wandte sich an das Finanzamt Brandenburg, benannte die beiden Scheinrechnungen und legte ihre Beteiligung bei der Erstellung der Umsatzsteuervoranmeldung dar. Sie beabsichtigte dabei, dass die Einleitung eines Strafverfahrens zu einem zumindest kurzfristigen Kaufrückgang bei dem von der K GmbH geführten Möbelhaus führen würde, wenn die Allgemeinheit in der Kleinstadt von den illegalen Machenschaften der K GmbH erfahren würde. Die Steuerfahndung nahm daraufhin die Ermittlungen auf und durchsuchte bei der K GmbH.

B war sich ziemlich sicher, dass K sie als Anzeigeerstatterin identifizieren würde und befürchtete arbeitsrechtliche Konsequenzen. Sie überwies sich deshalb vorsorglich 15.000 € auf ihr Konto als „Abfindung". B sollte Recht behalten. Eine Woche nach der Durchsuchung kündigte K der B fristlos und zeigte sie an. Die Stimmung in der Bevölkerung war allerdings denkbar schlecht, weil insgeheim alle das Verhalten der B guthießen. Viele Einwohner des Ortes kündigten an, nicht mehr bei Kern einzukaufen, wenn K der armen Frau ihr Hab und Gut wegpfändete. K nahm diese Drohungen durchaus ernst und verzichtete deshalb zum Wohle der Gesellschaft auf die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen der „Abfindung".

1. Wie haben sich B und K strafbar gemacht?
2. Wer ist für das Steuerstrafverfahren gegen B und K zuständig?

**Lösung**

**1. Frage: Strafbarkeit von K und B**

**1. Handlungsabschnitt: Die Fußball-Tickets**

**A. Strafbarkeit des K, § 333 StGB**

K könnte sich wegen Vorteilsgewährung strafbar gemacht haben, indem er dem L die VIP-Tickets für die nächste Fußballsaison des 1. FC Senftenberg zukommen ließ.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

Dies wäre der Fall, wenn der L ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter wäre, dem K für eine Dienstausübung einen Vorteil gewährt hätte.

Der Amtsträgerbegriff ist heftig umstritten. Insbesondere die nähere Bestimmung des Amtsträgers nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB ist nach wie vor ungeklärt.[1] L arbeitet aber nicht nur bei einer Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, sondern ist darüber hinaus Beamter. Deshalb ist er Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB.

* *Dr. Katharina Beckemper* ist Privatdozentin der Universität Potsdam und Lehrstuhlvertreterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht der Universität Leipzig. *Doreen Müller* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin ebenda.

[1] Dazu *Hellmann/Beckemper,* Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 783 ff.

Ein Vorteil ist jede Leistung materieller oder immaterieller Art, die den Täter besser stellt und auf die er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat.[2] Grundsätzlich liegt in der Möglichkeit, die VIP-Loge eine Saison lang nutzen zu können, eine geldwerte Leistung und damit ein Vorteil. Auf diesen Vorteil hatte L keinen rechtlich begründeten Anspruch. In Anlehnung an die Rechtsprechung des LG Karlsruhe[3] in einem ähnlich gelagerten Fall könnte man hier aber darüber nachdenken, ob es zu den dienstlichen Aufgaben des Leiters der Baubehörde gehört, die Gemeinde in der Öffentlichkeit und damit auch bei lokalen Fußballspielen zu repräsentieren. In diesem Fall würde eine Freikarte, die lediglich die Ausübung einer dienstlichen Aufgabe ermöglicht, schon keinen Vorteil darstellen. Allerdings ist es keine dienstliche Verpflichtung eines Bauamtsleiters, die Gemeinde in der Öffentlichkeit – insbesondere bei lokalen Sportveranstaltungen – zu repräsentieren. Diese Pflichten fallen nicht in das Fachressort des L und gehören damit nicht zu seiner Dienstverpflichtung. Der L hätte nicht bereits aufgrund seines Amtes freien Eintritt zu allen Fußballspielen des lokalen Vereins gehabt und ist damit durch die Tickets auch materiell bessergestellt worden.

Der Vorteil müsste weiter für eine Dienstausübung gewährt worden sein. Nicht erforderlich ist eine Beziehung der Gegenleistung auf eine konkrete Diensthandlung, sondern es ist ausreichend, dass eine Zuwendung für die Diensthandlungen im Allgemeinen erfolgte.[4] L hat die Tickets nur bekommen, weil er Leiter der Baubehörde ist und für den reibungslosen Ablauf des Baugenehmigungsverfahrens zuständig war. Es ist dabei nicht schädlich, dass das Baugenehmigungsverfahren in der Vergangenheit liegt und in nächster Zeit keine weiteren Projekte geplant sind. Auch Präsente zur Klimapflege bzw. als Dankeschön für eine erfolgreiche Zusammenarbeit fallen unter den Tatbestand des § 333 StGB, wenn die Grenze sozial erwünschter Dankbarkeit überschritten ist.[5] Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn die Zuwendung einen erheblichen Wert[6] hat, ohne konkreten Anlass erfolgt und der Stellung des Amtsträgers nicht angemessen ist. Die Tickets haben mit 960 € einen nicht unerheblichen Wert und sind gerade nicht an den L gegeben worden, damit dieser Repräsentationspflichten kraft seines Amtes wahrnimmt. K verfolgt des Weiteren durch die K GmbH als Sponsor des lokalen Fußballvereins nicht den Zweck, Werbung für das Möbelhaus zu betreiben, indem er den L in der VIP-Loge platzierte. Hierfür ist L als bloßer Gemeindeangestellter mangels Bekanntheitsgrades nicht geeignet. Es besteht damit kein sachlich gerechtfertigter anderer Beweggrund für die Vorteilsgewährung. Einzig das erfolgreich abgeschlossene Baugenehmigungsverfahren ist deshalb der bestimmende Beweggrund für die Zuwendung der Tickets, so dass eine Unrechtsvereinbarung vorliegt.

*2. Subjektiver Tatbestand*

Der K handelte mit Wissen und Wollen, also vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

**IV. Ergebnis**

K hat eine Vorteilsgewährung nach § 333 Abs.1 StGB begangen.

**B. Strafbarkeit der B, §§ 333, 27 StGB**

B hat K bei der Vorteilsgewährung Hilfe geleistet, weil sie die Karten an L verschickte. Sie handelte dabei mit dem doppelten Gehilfenvorsatz, weil sie sowohl Vorsatz bezüglich der Haupttat als auch bezüglich ihrer eigenen Hilfeleistung hatte. Da sie auch rechtswidrig und schuldhaft handelte, hat sie sich wegen Beihilfe zur Vorteilsgewährung strafbar gemacht.

**2. Handlungsabschnitt: Die Steuererklärungen**

**Strafbarkeit der B**

**A. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO**

B könnte sich wegen Steuerhinterziehung strafbar gemacht haben, indem sie in der Voranmeldung die Umsatzsteuer zweier Rechnungen von nicht existierenden Baufirmen berücksichtigte.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

Dafür müsste B gegenüber der Finanzbehörde über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige Angaben gemacht haben. Eine Tatsache ist ein dem Beweis zugänglicher Umstand. Das ist für eine in Rechnung gestellte Umsatzsteuer zu bejahen, weil es sich bei der unternehmerischen Leistung um einen beweisbaren Umstand handelt. Steuerlich erheblich ist die Tatsache, wenn sie auf die Entstehung, Höhe oder Fälligkeit einer Steuer Einfluss hat.[7] Die Möglichkeit des Vorsteuerabzuges ergibt sich aus § 15 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 UStG. Danach kann ein Unternehmer Vorsteuerbeträge für die gesetzlich geschuldete Steuer für Lieferungen und sonstige Leistungen, die von einem anderen Unternehmer für sein Unternehmen ausgeführt worden sind, abziehen. Nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 UStG setzt die Ausübung des Vorsteuerabzugs zwar voraus, dass der Unternehmer eine nach den §§ 14, 14a UStG ausgestellte Rechnung besitzt. Diese liegen scheinbar aber bei der K GmbH vor. Die geltend gemachte Umsatzsteuer aus

[2] *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 331 Rn. 17.

[3] LG Karlsruhe NStZ 2008, 407 (EnBW-Freikarten).

[4] *Korte*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 333 Rn. 18, *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 331 Rn. 6.

[5] Vgl. *Fischer* (Fn. 4), § 331 Rn. 24 m.w.N.

[6] Geschenke im Wert von mehr als etwa 30 € ohne besonderen Anlass sind auch bei herausgehobenen Dienstposten kaum als sozialadäquat anzusehen, *Fischer* (Fn. 4), § 331 Rn. 26.

[7] *Joecks*, in: Franzen/Gast/Joecks (Hrsg.), Steuerstrafrecht, 7. Aufl. 2009, § 370 AO Rn. 130.

den Scheinrechnungen in der Voranmeldung wirken sich durch den darauf beruhenden Vorsteuerabzug also auf die Höhe der Umsatzsteuervoranmeldung aus.

Die Angaben sind darüber hinaus auch unrichtig, weil tatsächlich keine Leistungen erbracht worden sind. Da B die Angaben gegenüber der Finanzbehörde gemacht hat, nahm sie die Tathandlung des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO vor.

Unschädlich ist dabei im Übrigen, dass es sich bei ihr nicht um die Steuerschuldnerin handelte. § 370 AO ist kein Sonderdelikt, weil sich aus dem Straftatbestand keine Einschränkung des Täterkreises ergibt. Lediglich das Steuerrecht sieht in der Regel vor, dass der Erklärende der Steuerschuldner selbst sein muss, so dass das Steuerrecht den möglichen Täterkreis begrenzt.[8] Die Umsatzsteuervoranmeldung muss aber nicht von dem Steuerschuldner – hier dem Unternehmer – abgegeben werden. Das ergibt sich aus § 18 Abs. 3 S. 3 UStG, der vorschreibt, dass die Jahreserklärung vom Unternehmer unterzeichnet werden muss. Für die Voranmeldung gibt es eine solche Vorschrift dagegen nicht, so dass auch Angestellte des Unternehmens – in der Regel Buchhalter oder Prokuristen – die Umsatzsteuervoranmeldung abgeben können.

Fraglich ist aber, ob der Taterfolg eingetreten ist. Dieser kann entweder in einer Steuerverkürzung oder einem ungerechtfertigten Steuervorteil liegen. Eine Steuerverkürzung liegt nach § 370 Abs. 4 AO vor, wenn die Steuer nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt wird. Zu einer endgültigen Steuerfestsetzung kommt es erst nach der Umsatzsteuererklärung, weil die Umsatzsteuer eine Jahressteuer ist. Nach § 370 Abs. 4 Hs. 2 AO liegt aber nach ausdrücklicher gesetzlicher Festlegung eine Steuerverkürzung auch dann vor, wenn die Steuer vorläufig oder unter Vorbehalt der Nachprüfung festgesetzt wird oder eine Steueranmeldung einer Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht. Bei der Umsatzsteuervoranmeldung (§ 18 UStG) handelt es sich steuerverfahrensrechtlich um eine Steuervoranmeldung i.S.d. § 150 Abs. 1 S. 2 AO, die einer Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht (§ 168 S. 1 AO). Die Voranmeldung, die einer Festsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht, bewirkt bereits einen Verkürzungserfolg, wenn die angemeldete Umsatzsteuer in der Höhe hinter der gesetzlich geschuldeten Steuer zurückbleibt.[9] Da B die Vorsteuer zu Unrecht geltend machte, liegt eine negative Abweichung der Ist-Steuer von der Soll-Steuer, also eine Verkürzung vor. Es handelt sich dabei aber – bis zur Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung – nur um eine Steuerverkürzung „auf Zeit“ in Höhe des Zinsvorteils.[10]

**II. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld**

B hatte bezüglich ihrer Tathandlung und des tatbestandlichen Erfolges Vorsatz und handelte außerdem rechtswidrig und schuldhaft.

B hat also eine Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO begangen.

**III. Strafaufhebungsgrund**

B hat allerdings ihre Beteiligung bei der Umsatzsteuervoranmeldung dem Finanzamt dargelegt. Darin könnte eine wirksame Selbstanzeige nach § 371 AO liegen. § 371 AO setzt voraus, dass der Täter einer Steuerhinterziehung die unrichtigen Angaben bei der Finanzbehörde berichtigt und zwar auf eine Art und Weise, die es der Steuerbehörde ermöglicht, die Steuern nunmehr richtig festzusetzen. Das hat B getan, indem sie die beiden Rechnungen als Scheinrechnungen identifizierte. Das Finanzamt ist mit dieser Information in der Lage, die Steuern neu festzusetzen. Ein Ausschlussgrund nach Abs. 2 liegt nicht vor, weil die Tat bis zur Anzeige der B noch nicht bekannt war. Die Straffreiheit könnte allerdings daran scheitern, dass B keine Nachzahlung geleistet hat, die Abs. 3 verlangt. Dieses Erfordernis gilt aber nur für denjenigen, zu dessen Gunsten die Steuern hinterzogen worden sind. Das ist der Fall, wenn der Anzeigende den unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat.[11] Den wirtschaftlichen Vorteil hat nicht B, sondern die K GmbH erlangt. In casu wäre also die K GmbH nachzahlungspflichtig.

B hat deshalb eine wirksame Selbstanzeige abgegeben und sich nicht wegen Steuerhinterziehung strafbar gemacht.

**B. § 267 Abs. 1, 1. Alt., 3. Alt. StGB**

B könnte sich aber wegen Urkundenfälschung in zwei Fällen strafbar gemacht haben, indem sie zwei Rechnungen in Höhe von 25.000 € erstellte.

*1. Objektiver Tatbestand*

Eine Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis geeignet und bestimmt ist und den Aussteller erkennen lässt.[12] Die Rechnungen verkörpern die Gedankenerklärung, dass eine Bauleistung erbracht wurde und diese – mitsamt der Umsatzsteuer – in Rechnung gestellt wurden. Sie sind über diese Tatsache im Rechtsverkehr auch beweisfähig und lassen den Aussteller – die nicht existierenden Baufirmen – erkennen. B hat daher zwei Urkunden hergestellt.

Unecht ist eine Urkunde, wenn der scheinbare Aussteller nicht der tatsächliche Aussteller ist.[13] Unechtheit liegt also dann vor, wenn der Anschein erweckt wird, ihr Aussteller sei eine andere Person als diejenige, von der sie herrührt. Hier ist der scheinbare Aussteller das jeweilige Bauunternehmen, tatsächlicher Aussteller aber B. Deshalb ist die Urkunde unecht.

---

[8] *Joecks* (Fn. 7), § 370 AO Rn. 19.

[9] BGH NStZ 1986, 79; *Hellmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hrsg.), Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 205. Lfg., Stand: Dezember 2009, § 370 Rn. 138.

[10] BGHSt 38, 165 (171); 43, 270 (276); BGH wistra 2001, 185; wistra 2001, 341; *Kohlmann*, Steuerstrafrecht, Kommentar, 41. Lfg., Stand: November 2009, § 370 Rn. 1358.

[11] *Joecks* (Fn. 7), § 371 Rn. 100; *Rüping* in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 9), 205. Lfg., Stand: Dezember 2009, § 371 Rn. 103 ff.

[12] BGHSt 3, 82 (84).

[13] BGHSt 1, 117 (121); 9, 44 (45); 33, 159 (160); 40, 203 (204).

Gebraucht ist eine Urkunde, wenn sie dem zu Täuschenden in der Weise zugänglich gemacht wird, dass er die Möglichkeit zur (sinnlichen) Kenntnisnahme hat. Indem B die Rechnungen an das Finanzamt schickte, hat sie diese dem zuständigen Sachbearbeiter zugänglich gemacht. Damit hat sie die Urkunde gebraucht. Das Herstellen der unechten Urkunde und ihr Gebrauchen stellen aber bei einem einheitlichen Tatentschluss eine Tat im Rechtssinne dar.[14]

*2. Subjektiver Tatbestand*

B handelte vorsätzlich. Daneben verlangt § 267 StGB, dass der Täter mit der Absicht handelt, den Rechtsverkehr zu täuschen, wobei dolus directus 2. Grades ausreicht.[15] B handelte hier mit dem Willen, die Finanzbehörde zu täuschen. Die erforderliche Täuschungsabsicht liegt deshalb ebenfalls vor.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

B handelte des Weiteren rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

B hat sich wegen Urkundenfälschung strafbar gemacht.

**Strafbarkeit des K**

**A. § 370 Abs.1 Nr.1 AO, § 26 StGB**

K hat vorsätzlich in B den Tatentschluss geweckt, in der Umsatzsteuervoranmeldung unrichtige Angaben zu machen, indem er sie bat, die Umsatzsteuer aus den Scheinrechnungen geltend zu machen. Er hat sich deshalb wegen Anstiftung zur Steuerhinterziehung strafbar gemacht. Diese Strafbarkeit entfällt nicht etwa deshalb, weil B sich wirksam selbst angezeigt hat. Der persönliche Strafaufhebungsgrund gilt nur für denjenigen, der sich selbst angezeigt hat.

**B. §§ 267 Abs. 1 Alt. 1, 26 StGB**

Gleichzeitig hat K sich wegen Anstiftung zur Urkundenfälschung strafbar gemacht.

**C. § 370 Abs.1 Nr.1 AO**

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

§ 18 Abs. 3 S. 3 UStG schreibt vor, dass der Unternehmer eine Umsatzsteuerjahreserklärung abgeben und selbst unterschreiben muss. Dieser Pflicht ist K nachgekommen. Indem er in dieser Erklärung die unrichtigen Angaben aus der Voranmeldung wiederholte, hat auch er unrichtige Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen gegenüber der Finanzbehörde gemacht. Der erforderliche Taterfolg in Form einer Steuerverkürzung ist ebenfalls eingetreten. Erst nach der Umsatzsteuerjahreserklärung wird die Umsatzsteuer endgültig festgesetzt. Da durch die unrichtigen Angaben des K die Steuer zu niedrig festgesetzt wurde, trat der endgültige Verkürzungserfolg ein.[16] Dieser Erfolg ist von dem Zinsverlust, der durch die Voranmeldungen eingetreten ist, zu unterscheiden. Eine durch die Erklärung des K verursachte Steuerverkürzung liegt damit vor.

**II. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld**

K handelte erneut vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

K hat sich wegen Steuerhinterziehung strafbar gemacht.

**3. Handlungsabschnitt: Die Strafanzeige und ihre Auswirkungen**

**Strafbarkeit der B**

**A. § 17 Abs. 1 UWG**

B könnte sich wegen Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen strafbar gemacht haben, indem sie die Vorgänge in der K-GmbH der Staatsanwaltschaft anzeigte.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

§ 17 UWG ist ein Sonderdelikt, da nur eine im Zeitpunkt des Verrats bei einem Unternehmen beschäftigte Person als Täter in Betracht kommt. Der Begriff ist weit auszulegen. Täter kann jeder sein, der seine Arbeitskraft dem Unternehmen schuldet, dem das Geheimnis zugeordnet ist.[17] B ist bei der K GmbH im Zeitpunkt der Anzeigenerstattung als Prokuristin angestellt und steht somit in einem Beschäftigungsverhältnis mit der Gesellschaft. Sie ist mithin taugliche Täterin des § 17 UWG.

Der Taterfolg des § 17 Abs.1 UWG besteht in der unbefugten Mitteilung des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses an einen Dritten. Unter einem solchen Geheimnis versteht man alle Tatsachen, die nach dem erkennbaren Willen des Betriebsinhabers geheim gehalten werden sollen, die nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und damit nicht offenkundig sind und hinsichtlich derer der Betriebsinhaber deshalb ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat, weil die Aufdeckung der Tatsachen geeignet wäre, dem Geheimnisträger wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.[18] Die Kriterien für ein Unternehmensgeheimnis sind damit die Betriebsbezogenheit und Nichtoffenkundigkeit der geheim zu haltenden Tatsachen sowie der Geheimhaltungswille und ein berechtigtes Interesse des Unternehmensinhabers an der Geheimhaltung.

Tatsachen, welche die Umsatzsteuerberechnung eines Unternehmens betreffen, sind unmittelbar betriebsbezogen, weil sie die Buchhaltung des Unternehmens betreffen und damit nicht der privaten Sphäre des Unternehmensinhabers entspringen. Sie waren auch nicht offenkundig, weil sie nur

[14] BGHSt 5, 291 (293); BGH GA 1955, 245 (246); *Geppert*, Jura 1988, 158 (163).
[15] *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 267 Rn. 91; *Fischer* (Fn. 4), § 267 Rn. 30.
[16] Vgl. BGHSt 38, 165 (171); *Rolletschke*, wistra 2002, 332.
[17] *Ohly*, in: Piper/ders. (Hrsg.), UWG, Kommentar, 4. Aufl. 2006, § 17 Rn. 13.
[18] BGHSt 41, 140 (142); *Hellmann/Beckemper* (Fn. 1), Rn. 504.

einem eng begrenzten Personenkreis, namentlich K und B bekannt waren. B ist aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Einbindung zur Verschwiegenheit verpflichtet, so dass K auf eine Geheimhaltung durch B vertrauen durfte. Der Geheimhaltungswille des K ergibt sich daneben aus der Natur der Sache, weil dem Unternehmen durch ein Steuerstrafverfahren ein monetärer Schaden sowie ein Schaden an Reputation drohen. Der Geheimnischarakter war damit auch für die B erkennbar.

Einzig problematisch bleibt damit die Frage, ob das letzt genannte Kriterium des Geheimhaltungsinteresses vorliegt. Ein solches berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung einer Tatsache[19] ist immer dann gegeben, wenn die Tatsache für die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens von Bedeutung ist, ihr Bekanntwerden also fremden Wettbewerb fördern oder eigenen Wettbewerb schwächen kann.[20] Die von B offenbarte Tatsache, dass die K GmbH eine Umsatzsteuerhinterziehung begangen hat, kann in der Öffentlichkeit zu der – hier zutreffenden – Interpretation führen, dass die K GmbH wirtschaftliche Schwierigkeiten hat. Eine solche Information hat unmittelbare Auswirkungen auf das Verhalten von Lieferanten und Kreditgebern. Damit wird die Wettbewerbsfähigkeit der K GmbH betroffen. Daneben kann aber schon die Tatsache als solche, dass aus dem Unternehmen heraus Straftaten begangen werden, zu einem Reputationsschaden und in der Folge zu veränderten Kundenverhalten führen. Die Offenbarung der Umsatzsteuerhinterziehung ist damit neben der Folge des sich anschließenden Strafverfahrens geeignet, die eigene Stellung im Wettbewerb zu schwächen.

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die K GmbH ein berechtigtes und damit schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung der Umsatzsteuerhinterziehung hat. Das Geheimhaltungsinteresse könnte entfallen, weil es sich hier um eine Straftat handelt, die offenbart wird.

Zum Teil wird ein solches berechtigtes Interesse für aus dem Unternehmen heraus begangene Straftaten verneint. Das Unternehmen habe schon kein schutzwürdiges und damit auch kein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung einer Straftat.[21] Der Geheimhaltungswert für Tatsachen, die aus einem Rechtsverstoß resultieren, sei an sich bereits zweifelhaft.[22] Im Gegenteil fordere geradezu das Allgemeininteresse an einem lauteren Wettbewerb die Ausklammerung von „illegalen" Geheimnissen aus dem Schutzbereich der Norm.[23] Damit wäre der Tatbestand des § 17 UWG zu verneinen. Begründet wird diese Ansicht unter anderem mit dem Argument, dass Verstöße gegen rechtliche Vorschriften generell wettbewerbswidrig sind und deshalb der Schutz dieser rechtwidrigen Geheimnisse dazu führen würde, einen wettbewerbswidrigen Zustand aufrechtzuerhalten. Dies würde aber dem Allgemeininteresse an einem lauteren Wettbewerb und damit dem Schutzzweck des § 17 UWG zuwider laufen.[24] Darüber hinaus sei das Strafrecht nicht Mittel zur Verdeckung von strafbaren bzw. sonst rechtswidrigen Handlungen.

Demgegenüber schließt die weit überwiegende Meinung auch rechtswidrige Geheimnisse in den Schutzbereich des § 17 UWG mit ein.[25] Diese Ansicht überzeugt. Bereits der Schutz illegaler Geheimnisse in anderen Vorschriften wie §§ 97a, 203 StGB zeigt, dass die Illegalität einer Tatsache nicht grundsätzlich der Einordnung als strafbewehrtes Geheimnis entgegen steht. Auch illegale Geheimnisse sind für die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens von Bedeutung. Ihre Offenbarung ist ebenso wie bei legalen Unternehmensgeheimnissen geeignet, Vermögen und Reputation des Unternehmens zu beeinträchtigen und damit direkte Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit zu entfalten.[26] Das Unternehmen hat dabei in der Regel ein schutzwürdiges Interesse an einer Geheimhaltung, weil die Offenbarung rechtswidriger Geheimnisse unter Umständen Schäden verursachen kann, die über die bloße Herstellung eines wettbewerblichen Gleichgewichts hinausgehen können.[27] Daneben ist zu berücksichtigen, dass § 17 UWG auch eine vermögensrechtliche Ausrichtung hat, die das Integritätsinteresse[28] des Unternehmens an seinen Geheimnissen schützt. Auch der durch das Unternehmen geführte Rechtsverstoß kann damit einen selbstständigen Vermögenswert haben, zu dessen Bewertung und Offenbarung ein Angestellter des Unternehmens mangels einschlägiger Kontrollfunktion gerade nicht berufen ist.[29] Andernfalls hätte dies zur Konsequenz, dass der Geheimnisverräter unabhängig von seiner Tatmotivation – wie persönliche Rache, Profilierungsinteresse bei einem neuen Arbeitgeber oder bloßes Selbstbereicherungsinteresse – in jedem Fall durch den Tatbestandsausschluss frei von strafrechtlichen Konsequenzen wäre. Indem der Tatbestand des § 17 UWG

[19] BGH GRUR 1955, 424 (426).

[20] *Köhler*, in: Hefermehl/ders./Bornkamm (Hrsg.), UWG, Kommentar, 27. Aufl. 2009, § 17 Rn. 9.

[21] *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 174. Lfg., Stand: Oktober 2009, § 17 Rn. 16 a.E.; *Rützel,* GRUR 1995, 557 (558, 560 f.); *Herbert/Oberrath*, NZA 2005, 193 (196); *Richters/Wodtke*, NZA-RR 2003, 281 (282); *Möhrenschläger*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, S. 810; *Kotthoff/Gabel*, in: Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Plaß (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Heidelberger Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 17 UWG Rn. 8.

[22] *Taeger*, Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, 1988, S. 76 ff.

[23] *Rützel*, GRUR 1995, 557 (560).

[24] *Rützel*, GRUR 1995, 557 (560).

[25] *Ohly* (Fn. 17), § 17 Rn. 12; *Köhler* (Fn. 20), § 17 Rn. 9, *Brammsen*, in: Heermann/Hirsch (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Münchener Kommentar, Bd. 2, 2006, § 17 Rn. 22; *Rengier*, in: Fezer/ders. (Hrsg.), UWG, Kommentar, 2005, § 17 Rn. 21; *Otto*, in: Jacobs/Lindacher/Teplitzky (Hrsg.), UWG, Großkommentar, Bd. 2, 15. Aufl. 2006, § 17 Rn. 16; *Koch*, ZIS 2008, 500 (503); *Hellmann/Beckemper* (Fn. 1), Rn. 508; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2008, Rn. 234.

[26] So auch *Koch*, ZIS 2008, 500 (503).

[27] *Rengier* (Fn. 25), § 17 Rn. 21.

[28] *Koch*, ZIS 2008, 500 (503); *Rengier* (Fn. 25), § 17 Rn. 4, 21.

[29] *Otto* (Fn. 25), § 17 Rn. 16, „Der Arbeitnehmer ist weder Sittenrichter noch Kontrollorgan gegenüber dem Arbeitgeber."

vorschnell ausgeschlossen werden würde, käme es zu einer Verlagerung der Frage nach der „Befugnis“ der Weitergabe von der Rechtswidrigkeit in den Tatbestand.[30] Im Übrigen versagt das Strafrecht seinen Schutz auch sonst nicht Personen, die rechtswidrige Vorteile erlangt haben. Sogar der Dieb wird gegen den Diebstahl der rechtswidrig weggenommenen Sache geschützt.[31] Es ist daher nicht ersichtlich, warum bei einem Unternehmen zwischen dem Schutz von legalen und illegalen Geheimnissen differenziert werden sollte[32], zumal im Einzelfall die Grenze fließend sein kann. Im Ergebnis sind damit alle Tatsachen, welche die Umsatzsteuerabrechnung der K GmbH betreffen, vom Geheimnisschutz des § 17 UWG umfasst.

Dieses Unternehmensgeheimnis ist der B auch im Zusammenhang mit ihrer Beschäftigung als Prokuristin bekannt und damit zugänglich geworden. Auch hat sie dieses Geheimnis der Finanzbehörde, also einem Dritten, welchem das Geheimnis weder anvertraut noch zugänglich war, bekanntgegeben und es somit nach außen mitgeteilt.

*2. Subjektiver Tatbestand*

B handelte mit Wissen und Wollen bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale, also vorsätzlich. B müsste aber daneben zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zu Gunsten eines Dritten oder in Schädigungsabsicht gehandelt haben. B offenbarte den Umsatzsteuerbetrug weder, um zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz von Waren oder den Bezug von Dienstleistungen zu fördern, noch um sich oder einem Dritten einen Vorteil materieller oder immaterieller Art zu verschaffen.

Die B könnte aber in Schädigungsabsicht gehandelt haben. In der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, handelt jeder, dem es gerade auf die Schädigung ankommt. Der beabsichtigte Schaden braucht nicht materieller Art zu sein, es genügt die Beeinträchtigung rechtlich anerkannter Interessen, insbesondere des guten Rufs.[33] B handelte hier auch aus ihrem schlechten Gewissen heraus, weil sie an den illegalen Geschäftspraktiken der K GmbH beteiligt war. Sie nahm bei ihrer Anzeige aber in Kauf, dass es zu einem Strafverfahren kommen würde. Das reicht für die erforderliche Schädigungsabsicht allerdings nicht aus. Von dem Wissen um die Einleitung eines Strafverfahrens kann nämlich nicht auf einen entsprechenden Willen zur Schädigung geschlossen werden. Das bloße billigende Inkaufnehmen einer strafrechtlichen Verfolgung reicht folglich nicht für die von § 17 UWG geforderte Schädigungsabsicht. B kam es hier aber auch darauf an, dem K einen „Denkzettel“ zu verpassen und eine spürbare Beeinträchtigung durch einen kurzfristigen Umsatzrückgang zu erreichen, indem der Ruf des Unternehmens in der Kleinstadt durch die anlaufende Strafverfolgung bemakelt wird. Ob ein solcher Umsatzrückgang und damit ein spürbarer Vermögensschaden tatsächlich eingetreten ist, bleibt für die Feststellung der Schädigungsabsicht dabei völlig unbeachtlich. Da die Schädigung nicht Hauptmotiv sein muss, sondern auch in einem Motivbündel enthalten sein kann[34], liegt in casu die Schädigungsabsicht der B vor.

**II. Rechtswidrigkeit**

B müsste das Geheimnis unbefugt mitgeteilt haben. Befugt – und damit gerechtfertigt – ist die Offenbarung des Geheimnisses, wenn ein Rechtfertigungsgrund eingreift. In Anbetracht der Schweigepflicht, die sich aus der Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber ergibt, wird eine Befugnis grundsätzlich nur angenommen, wenn dem Handelnden eine öffentliche Offenbarungspflicht – z.B. § 138 StGB – oder ein Einverständnis des Geheimnisträgers zur Seite steht.[35] Beides ist nicht gegeben.

Hier könnte aber der allgemeine Rechtfertigungsgrund nach § 34 StGB greifen, weil B auch handelte, um die bisherigen illegalen Aktivitäten im Unternehmen aufzudecken und weitere Straftaten zu verhindern. Die Rechtfertigung ergibt sich folglich unter Umständen, weil B hoheitliche Strafverfolgungsinteressen wahrgenommen hat.[36]

Eine Notstandslage ist gegeben, wenn eine gegenwärtige und rechtswidrige Gefahr für ein beliebiges Rechtsgut droht. § 34 StGB erfasst auch Rechtsgüter der Allgemeinheit.[37] Betroffen ist hier das Rechtsgut der staatlichen Steuerhoheit, also das öffentliche Interesse am vollständigen und rechtzeitigen Aufkommen der Steuer zur Erhaltung einer gerechten und gleichmäßigen Lastenverteilung.[38] Dieses Rechtsgut wird durch die unrichtigen Umsatzsteuererklärungen gefährdet, weil der Steueranspruch nicht vollständig durchgesetzt werden kann. Diese Gefahr ist auch gegenwärtig, weil erst nach Berichtigung der unrichtigen Steuererklärung eine Neu-Festsetzung erfolgen kann. Daneben ist auch das Interesse des Staates an der Strafverfolgung betroffen.

Die Offenbarung des Geschäftsgeheimnisses müsste weiter erforderlich sein. Dies ist der Fall, wenn die Gefahren, die der Steuerhoheit drohen, nicht anders abwendbar sind. Grundsätzlich ist es dem Arbeitnehmer zuzumuten, zuerst innerhalb des Unternehmens für Abhilfe zu sorgen. Ein solcher interner Versuch, nämlich mit K zu reden, ist hier fehlgeschlagen, weil K sich ob der von B geäußerten Bedenken unbeeindruckt gezeigt hat. B musste daher davon ausgehen, dass K sein Fehlverhalten nach diesem Gespräch nicht ändert bzw. einstellt. B erfüllt damit die Anforderungen, die Straftat erst nach einer erfolglosen Mitteilung an die Unternehmensleitung nach außen zu tragen.[39]

[30] *Brammsen* (Fn. 25), § 17 Rn. 22.
[31] *Rengier* (Fn. 25), § 17 Rn. 21.
[32] Vgl. dazu in Anlehnung an die Ermittlungen in der Liechtensteiner Steueraffäre *Sieber*, NJW 2008, 881 (882)
[33] *Otto* (Fn. 25), § 17 Rn. 48; *Rengier* (Fn. 25), § 17 Rn. 83.
[34] *Diemer* (Fn. 21), § 17 Rn. 32.
[35] *Kiethe/Hohmann*, NStZ 2006, 185 (188).
[36] Dazu im Ansatz *Ebert-Weidenfeller*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Aufl. 2008, S. 143.
[37] *Fischer* (Fn. 4), § 34 Rn. 3a m.w.N.
[38] Dazu *Senge*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 21), § 370 Rn. 2.
[39] Zu dieser Voraussetzung *Koch*, ZIS 2008, 500 (503).

§ 34 StGB verlangt aber, dass das geschützte Interesse gegenüber dem beeinträchtigten Interesse überwiegt.[40] Der Steuer- und der Strafanspruch des Staates müssen deshalb das Unternehmensinteresse am Geheimnisschutz überwiegen. Dies ist nach allgemeinen Regeln im Wege einer Gesamtwürdigung aller Umstände und widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter, des Grades der den Rechtsgütern drohenden Gefahren, nach den mit der Tat sonst noch verfolgten Motiven und einer möglichen Wiederholungsgefahr für das beeinträchtigte Rechtsgut zu beurteilen.

In Fällen wie dem vorliegenden ist aber darüber hinaus zu berücksichtigen, dass ein Arbeitnehmer quasi als „Hilfspolizist“[41] des Staates tätig wird. Es ist fraglich, ob dieser sich zur Unterstützung von staatlichen Strafverfolgungsaufgaben überhaupt auf einen rechtfertigenden Notstand berufen kann.[42] Ein Teil der Literatur weist darauf hin, dass § 34 StGB kein allgemeines „Unrechtsverhinderungsrecht“[43] erteile. Das Strafverfolgungsinteresse bei bereits begangenen Delikten rechtfertige damit grundsätzlich nicht die Verletzung von gesetzlich normierten Schweigerechten.[44] Dasselbe gelte auch für mögliche Rettungshandlungen zu Gunsten des deutschen Steueraufkommens. Entgegen eines alten Urteils des Reichsarbeitsgerichtes[45] sei damit nicht automatisch jede Strafanzeige des Arbeitnehmers gerechtfertigt und damit eine befugte Geheimnisoffenbarung im Sinne des § 17 Abs. 1 UWG. Bei Strafanzeigen sei deshalb strikt nach repressiven und präventiven Verfolgungsinteressen, sowie nach den betroffenen Rechtsgütern und der Schwere des Rechtsverstoßes zu differenzieren.[46]

Die betroffenen Rechtsgüter sind hier – wie gezeigt – auf der Seite der Anzeigenerstatterin B das Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen Strafverfolgung und die staatliche Steuerhoheit. Demgegenüber stehen das Interesse der K GmbH an Geheimhaltung, also primär die Interessen des Geheimnisinhabers.[47] Indizwirkung für die Abwägung hat auch die Schwere des Rechtsverstoßes, der zur Anzeige gebracht wird. Ein Vergleich der Strafrahmen von § 17 Abs. 1 UWG einerseits und § 370 AO andererseits zeigt, dass der Strafrahmen des Steuerdelikts mit fünf Jahren gegenüber den drei Jahren des Geheimnisverrates deutlich erhöht ist. Ein Vorrang des Steuerinteresses gegenüber den Geheimnisinteressen des Unternehmers lässt sich damit freilich nicht begründen. Allerdings hat der Strafrahmen eine Indizwirkung für die Interessenabwägung.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich die Anzeige lediglich auf in der Vergangenheit liegende Fälle bezog und damit vor allem repressiven Charakter hat. Gesicherte Verdachtsmomente für weitere noch bevorstehende Verstöße gibt es zwar nicht, aber die Einstellung des K lässt eine Wiederholungsgefahr zumindest vermuten. Es kann damit nicht ausgeschlossen werden, dass B zumindest auch aus einem präventiven Interesse an der Abstellung illegaler Praktiken im Unternehmen heraus Anzeige erstattete.

Der Abwägungsprozess spricht damit im Ergebnis für eine durch § 34 StGB gerechtfertigte Strafanzeige. Hier lag keine erhebliche Beeinträchtigung der Geschäftsgeheimnisse und der Wettbewerbsposition der K GmbH durch den Geheimnisverrat vor, so dass die Strafverfolgungsinteressen den Geheimnisverrat legitimieren können. B handelte auch mit entsprechendem Gefahrabwehrwillen und ist damit gemäß § 34 StGB gerechtfertigt.

### III. Ergebnis

B hat sich nicht wegen Geheimnisverrates strafbar gemacht.

## B. § 266 Abs. 1, 2.Alt. StGB

B könnte sich weiter wegen Untreue gegenüber der K GmbH strafbar gemacht haben, indem sie sich die 15.000 € überwies.

### I. Tatbestand

*1. Objektiver Tatbestand*

B ist als Prokuristin vermögensbetreuungspflichtig für das Vermögen der K GmbH.[48] Als solche hat sie die Pflicht, keine Überweisungen zu tätigen, die keinen Rechtsgrund haben. Da das Falschbuchen von Geschäftsvorfällen keine rechtsgeschäftliche Handlung darstellt, durch welche die GmbH nach außen verpflichtet werden könnte, scheidet die Missbrauchsalternative von vornherein aus. In Betracht kommt aber der Treuebruchstatbestand, der die Verletzung einer zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen bestehenden Pflicht verlangt. Durch die Überweisung der 15.000 € auf ihr Privatkonto hat B diese Vermögensbetreuungspflicht verletzt. Der K GmbH ist dadurch auch ein Nachteil entstanden, so dass B den Tatbestand der Untreue erfüllt hat.

*2. Subjektiver Tatbestand*

B handelte auch vorsätzlich. Sie wusste um ihre Vermögensbetreuungspflicht und den daraus resultierenden Schaden für die K GmbH und wollte ihn auch.

---

[40] *Fischer* (Fn. 4), § 34 Rn. 7.
[41] *Sasse*, NZA 2008, 990 (993).
[42] *Sieber*, NJW 2008, 881 (884).
[43] *Sieber*, NJW 2008, 881 (884).
[44] Zu § 203 StGB, BGH NStZ 1988, 558 (559); *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 203 Rn. 32.
[45] RAG JW 1931, 490.
[46] *Brammsen* (Fn. 25), § 17 Rn. 54; *Rengier* (Fn. 25), § 17 Rn. 47; *Ohly* (Fn. 25), § 17 Rn. 30.
[47] In Betracht käme daneben sekundär das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb, der durch den Verrat von Geheimnissen beeinträchtigt wird; dazu *Köhler* (Fn. 20), § 17 Rn. 2. Das letztgenannte Allgemeininteresse ist im vorliegenden Fall aber nicht überragend, weil der Geheimnisverrat nicht über die Offenbarung von Tatsachen jenseits des Umsatzsteuerbetrugs hinausgeht. Hier sind gerade keine Daten von der Offenbarung betroffen, die weitere wirtschaftlich wichtige Firmeninterna bzw. persönlich relevante Kundendaten enthalten, so dass ein eklatanter Wettbewerbsnachteil und damit eine Beeinträchtigung des Allgemeininteresses durch die Offenbarung verneint werden kann.
[48] Die Vermögensbetreuungspflicht folgt hier aus § 49 HGB.

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

**III. Ergebnis**

Sie hat daher eine Untreue zu Lasten der K-GmbH begangen.

**Strafbarkeit des K, § 266 Abs.1, 2. Alt. StGB**

K könnte sich ebenfalls wegen Untreue zum Nachteil der K GmbH strafbar gemacht haben, indem er es unterließ, die Schadensersatzforderung in Höhe von 15.000 € gegenüber B geltend zu machen.

**I. Tatbestand**

*1. Objektiver Tatbestand*

K ist als Geschäftsführer vermögensbetreuungspflichtig für das Vermögen der K GmbH.[49] Zu seinem Pflichtenkreis gehört es nicht nur, das Vermögen der Gesellschaft durch aktives Tun nicht zu beschädigen, sondern auch einen Vermögensnachteil durch ein vorwerfbares Unterlassen abzuwenden.[50] Das grundlose Nichteintreiben einer fälligen Forderung ist damit grundsätzlich pflichtwidrig. Fraglich ist aber, ob die Pflichtwidrigkeit in diesem konkreten Fall nicht deshalb entfällt, weil K nicht ohne Grund von der Eintreibung abgesehen hat, sondern dies – vermeintlich – im Interesse der Gesellschaft tat. K könnte sich hier darauf berufen, dass die Geltendmachung des Schadenersatzes gegenüber B langfristig zu einem größeren Schaden für die GmbH aufgrund der damit verbundenen Rufschädigung geführt hätte, als der Zahlungseingang.[51] Wenn mit der Nichtgeltendmachung der Forderung langfristig eine Auftragssicherung der K GmbH einhergeht, wäre möglicherweise ein Vermögensnachteil zu verneinen, weil eine Art von Kompensation stattfände. Damit entfiele aber auch die Pflichtwidrigkeit der unterlassenen Geltendmachung des Schadensersatzanspruches. Der Vermögensnachteil ist aufgrund einer Gesamtsaldierung festzustellen: Der Vermögensinhaber muss bei einem Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach der belastenden Handlung wirtschaftlich ärmer geworden sein. Das ist aber gerade nicht der Fall, wenn der durch die Pflichtverletzung bewirkte Vermögensabfluss (Nichtgeltendmachung der 15.000 €) durch einen gleichzeitig erlangten Gewinn (langfristige Auftragssicherung) kompensiert wird.

Problematisch ist vorliegend, dass der Kaufrückgang, der durch die Eintreibung der 15.000 € drohen würde und damit auch der Wert der langfristigen Auftragssicherung weder bezifferbar noch hinreichend konkret bestimmbar ist. Die Abwehr von einem Verlust an Ansehen schlägt nur zugunsten des K zu Buche, wenn sich damit eine konkret messbare Vermögensbeeinträchtigung der K GmbH und damit ein Gegenwert von mindestens 15.000 € verbinden lässt. Von § 266 StGB geschützt sind nur Exspektanzen, die einen Vermögenszuwachs mit Sicherheit erwarten lassen. Bloße unbestimmte Erwartungen und Hoffnungen dagegen sind nicht konkret genug, um kompensationsfähig zu sein. Die bloße Erwartung, dass es durch das Nichtgeltendmachen der Forderung zu einer langfristigen Auftragssicherung kommt, ist keine hinreichende konkrete und damit keine äquivalente und kompensationsfähige Erwartung. Hinzu kommt, dass der ausgleichende Vermögensvorteil unmittelbar auf der Pflichtverletzung beruhen muss. Es erscheint bereits zweifelhaft, ob eine langfristige Sicherung der Auftragslage unmittelbar auf die Nichtgeltendmachung der Forderung zurückzuführen ist, oder ob andere Faktoren wie Marktlage, Angebot- und Preisgestaltung nicht zumindest mitursächlich sind.

K handelte damit pflichtwidrig, indem er der K GmbH einen Nachteil zugefügt, welcher nicht durch ein Äquivalent ausgeglichen werden kann.

*2. Subjektiver Tatbestand*

K müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. K wusste um seine Pflicht, die Forderung gegenüber B geltend zu machen. Er hat zwar gehandelt, um einen Nachteil von der GmbH abzuwenden, weil er davon ausging, dass es tatsächlich zu einem entsprechenden Einbruch der Verkaufszahlen kommen würde. Dieser Irrtum ist aber kein tatsächlicher, sondern vielmehr ein rechtlicher. K irrte sich in seiner Einschätzung darüber, welche Anforderungen an ein kompensationsfähiges Äquivalent zum Schadensausgleich zu stellen sind. Mangels eines tatsächlichen Irrtums führt § 16 Abs. 1 S. 1 StGB damit nicht zu einem Vorsatzausschluss. K handelte vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit**

K handelte rechtswidrig.

**III. Schuld**

K handelte darüber hinaus schuldhaft. Er hätte seinen Irrtum über die Pflichtwidrigkeit seines Handelns durch Einholung von Rechtsrat vermeiden können. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum ist deshalb abzulehnen.

**IV. Ergebnis**

K hat sich wegen Untreue strafbar gemacht.

**Gesamtergebnis**

K hat sich wegen tateinheitlicher Anstiftung zur Steuerhinterziehung und Urkundenfälschung strafbar gemacht (§§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO, 26 StGB; 267 Abs. 1 Alt. 1, 26 StGB; 52 StGB). Dazu treten in Tatmehrheit Vorteilsgewährung, Steuerhinterziehung und Untreue (§§ 333 StGB; 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; 266 Abs. 1, Alt. 2 StGB; 53 StGB).

B hat sich wegen Beihilfe zur Vorteilsgewährung, Urkundenfälschung und Untreue in Tatmehrheit strafbar gemacht (§§ 333, 27; 267 Abs. 1 Alt. 1; 266 Abs. 1 Alt. 2; 53 StGB).

[49] Dazu BGH NStZ 2006, 401 (402); BGH NJW 2000, 154 (155).

[50] Vgl. *Seier*, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 36), Rn. 72 zu Kap. V 2.

[51] Nach BGHZ 13, 61 (66), kann die Pflichtwidrigkeit entfallen, wenn das Unterlassen einer verbotenen Handlung für den Treugeber eine Rufschädigung zur Folge hätte, vgl. auch *Fischer* (Fn. 4), § 266 Rn. 41.

**2. Frage: Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit der Finanzbehörde für die Ermittlung in Steuerstrafsachen ergibt sich aus § 386 Abs. 1 AO. Abs. 1 dieser Vorschrift enthält eine allgemeine Ermittlungskompetenz; sie weist der Finanzbehörde also polizeiliche Funktionen zu. Abs. 2 räumt der Finanzbehörde eine selbstständige Ermittlungs- und Abschlusskompetenz ein. Wie sich aus § 399 Abs. 1 AO ergibt, nimmt die Finanzbehörde in diesem Fall die Pflichten und Rechte der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren ein. Nach § 400 AO kann sie sogar den Erlass eines Strafbefehls beantragen. In der Praxis stellt die selbstständige Ermittlung der Finanzbehörden sogar die Regel dar.[52] Dies gilt aber nur, wenn es sich ausschließlich um eine Steuerstraftat handelt (§ 386 Abs. 1 Nr. 1 AO). Das ist in casu nicht gegeben. B hat neben der Steuerhinterziehung – die im Übrigen wegen der Selbstanzeige nicht strafbar ist – auch eine Urkundenfälschung begangen; K hat sie dazu angestiftet. Es liegen folglich nicht ausschließlich Steuerstraftaten vor, so dass die Finanzbehörde das Verfahren an die Staatsanwaltschaft abgeben muss.

[52] *Randt*, in: Franzen/Gast/Joecks (Fn. 7), § 386 Rn. 12; *Theile,* ZIS 2009, 446 (447).

**E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g**

**Voraussetzungen verschuldensunabhängiger Ansprüche im Nachbarschaftsrecht**

**1. Der Anspruch des Grundstückseigentümers gegen seinen Nachbarn auf Unterlassung von Einwirkungen, welche die Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen, besteht erst dann, wenn die Beeinträchtigung durch eine bestimmte Nutzung oder einen bestimmten Zustand des Nachbargrundstücks bereits eingetreten ist oder zumindest konkret droht.**
**2. Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog setzt voraus, dass die beeinträchtigende Einwirkung von einer der konkreten Nutzung entsprechenden Benutzung des Nachbargrundstücks ausgeht und zu diesem einen sachlichen Bezug aufweist. (Amtliche Leitsätze)**

BGB § 906 Abs. 2, § 1004

*BGH, Urt. v. 18.9.2008 – V ZR 75/09 (OLG Stuttgart, LG Ulm)*

*Im Sachenrecht sind spektakuläre Entscheidungen eher selten. Eine Ausnahme bildet das private Nachbarschaftsrecht: Die verschuldensunabhängigen Ansprüche des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB wie des § 1004 BGB werden von der Rechtsprechung seit mehreren Jahren über ihren eher engen Wortlaut hinaus ausgedehnt. Für Grundstückseigentümer und ihre Versicherungen folgt daraus ein erhebliches Haftungsrisiko trotz nicht einmal fahrlässigen Handelns. Die Entscheidung des BGH vom 18.9.2009 bestätigt diese Linie, zeigt aber auch Tendenzen zu einer Eingrenzung des Anwendungsbereichs der nachbarschaftsrechtlichen Ansprüche.*

## I. Einführung

Der vorliegende Fall ist bereits wegen seiner Skurrilität examensrelevant: Jeder Prüfer wird auf der Suche nach geeignetem Stoff bei ihm „hängenbleiben“. Eine verspätet abgeschossene Silvesterrakete ändert überraschend ihre Flugbahn, dringt durch einen winzigen Spalt in die benachbarte Scheune ein und erzeugt bei ihrer Explosion einen Schaden von fast 420.000 €. Klägerin ist wie meist in solchen Fällen die Versicherung des Eigentümers des Scheunengrundstücks, die den Schaden beglichen hat und aus übergegangenem Recht nach § 67 a.F. VVG (jetzt § 86 VVG n.F.) klagt. Im Ergebnis verweist der BGH zurück, da Feststellungen zum Verschulden des Beklagten fehlen.

Es sind aber nicht diese Feststellungen, sondern diejenigen zu den verschuldensunabhängigen Ansprüchen im Nachbarschaftsrecht, die den Fall auch inhaltlich examensrelevant machen. Nachbarschaftliche Ansprüche nach § 1004 BGB und §§ 906 ff. BGB gehören zu den wohl meist diskutierten Fragen des Sachenrechts in den letzten Jahren.[1] Das betrifft neben dem negatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 BGB vor allem den verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB. Nach ihrem Wortlaut erfasst die Regelung zwar nur wesentliche Beeinträchtigungen durch Immissionen unwägbarer Stoffe gemäß § 906 Abs. 1 BGB; sie wird aber von der Rechtsprechung weit über diesen Wortlaut hinaus auf die Auswirkungen sog. Grobimmissionen wie herumlaufende Katzen, umstürzende Bäume[2], Wasser[3] und Feuer[4] angewandt – und eben auch auf Silvesterraketen.

Derartige Ansprüche waren wiederholt Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen, die besondere Aufmerksamkeit geweckt werden, weil die Rechtsprechung seit einigen Jahren die verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ansprüche erheblich ausdehnt.[5] Das gilt bereits für die Folgen des einfachen Beseitigungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB. So konnten nach zwei Urteilen des BGH aus dem Jahr 2004 Grundstückseigentümer Ausgleich für Schäden verlangen, die ihnen durch auf dem Nachbargrundstück umfallende Bäume entstanden waren, obwohl es den Eigentümern der Bäume naturschutzrechtlich verboten war, diese zu fällen und damit ihrem Umstürzen vorzubeugen.[6] Nach einem Urteil aus dem Jahr 2005 ist nach dem Austreten von Flüssigkeit nicht nur Abtragen und Entsorgen des verseuchten Erdreichs geschuldet, sondern auch Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands des beeinträchtigten Grundstücks.[7] Noch weiter gehen allerdings die Ausgleichsansprüche aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB.

## II. Von unzumutbaren Immissionen unwägbarer Stoffe zum Vermögensausgleich für Feuerschäden – die Ausdehnung des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB

### *1. Unmittelbare Anwendung*

Die Ausgleichsregelung in § 906 Abs. 2 BGB bildet einen Fall des privatrechtlichen Aufopferungsanspruchs im Rahmen des nachbarrechtlichen Immissionsschutzes. Die Norm konkretisiert Inhalt und Schranken des grundrechtlichen Eigentumsschutzes nach Art. 14 GG. Nach der Rechtsprechung sind aus den nachbarlichen Lebensverhältnissen hinaus bestimmte Störungen hinzunehmen, um eine sinnvolle Grundstücksnutzung zu ermöglichen; allerdings ist dem Ver-

[1] „Das Sachenrecht ist nirgendwo so in Bewegung wie im Bereich der §§ 1004, 906 BGB, m.a.W. im Nachbarrecht“, so *K. Schmidt*, JuS 2005, 751.
[2] BGHZ 160, 232; OLG Düsseldorf VersR 2003, 74/742; zu Laubfall BGHZ 157, 133.
[3] Dazu BGHZ 155, 99.
[4] BGH NJW 2008, 992.
[5] Dazu *Benecke*, VersR 2006, 1037; *Wenzel*, NJW 2005, 241, jeweils mit zahlreichen Nachweisen.
[6] BGHZ 160, 232; BGH NZM 2005, 318.
[7] BGH VersR 2005, 839.

hältnismäßigkeitsprinzip durch einen Ausgleich Rechnung zu tragen.[8]

In unmittelbarer Anwendung von § 906 BGB regelt der Ausgleichsanspruch folgende Fälle: Der Anspruchsteller ist als Grundstückseigentümer der Immission unwägbarer Stoffe gemäß § 906 Abs. 1 BGB ausgesetzt. Das sind Einwirkungen, die unkontrollierbar und unbeherrschbar sind, wie Gase, Rauch, Geräusche, Erschütterungen.[9] Diese Immission muss die Schwelle der Wesentlichkeit überschritten haben, kann aber nicht nach § 1004 BGB Abs. 1 BGB abgewehrt werden, sondern ist wegen Ortsüblichkeit und wirtschaftlicher Unzumutbarkeit ihrer Verhinderung zu dulden. Anspruchsgegner ist der Störer im Sinne des § 1004 BGB, also nach h.M derjenige, der als Handlungsstörer die Eigentumsbeeinträchtigung durch sein Verhalten (Tun oder Unterlassen) adäquat kausal und willentlich verursacht hat oder als Zustandsstörer die tatsächliche Herrschaft über eine gefahrbringende Sache hat, wobei der eigentumsbeeinträchtigende Sachzustand zumindest mittelbar auf seinen Willen zurückzuführen sein muss.[10] Rechtsfolge ist nach h.M. ein Anspruch auf Wertausgleich der Vermögenseinbuße, die durch Überschreiten der Zumutbarkeitsgrenze entsteht.[11]

*2. Analoge Anwendung durch die Rechtsprechung*

Die eingangs erwähnten Fälle zeigen, dass die heutige Anwendung des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB mit dessen ursprünglichen Anwendungsbereich nicht mehr viel zu tun hat. Das ist zum einen auf die bereits erwähnte Ausdehnung auf Grobimmissionen einschließlich Wasser und Feuer zurückzuführen. Noch stärkere Auswirkungen hat die Ausdehnung in der Frage der Duldungspflicht. Nach § 906 Abs. 2 S. 1 BGB sind die Einwirkungen zu dulden, wenn sie ortsüblich sind und ihre Verhinderung wirtschaftlich unzumutbar ist. Die Rechtsprechung dehnt diesen Duldungszwang auf andere Eingriffe aus, die aus den unterschiedlichsten Gründen nicht abgewehrt werden können. Bereits erwähnt wurden Hindernisse rechtlicher Natur wie die erwähnte naturschutzrechtliche Hinderung.[12] Im Jahr 2000 entschied der BGH über ein Drogenhilfezentrum, eine Duldungspflicht könne sich auch aus dem Allgemeininteresse ergeben.[13]

Noch weiter von der unmittelbaren Anwendung entfernt sich die Ausdehnung auf Hindernisse rein tatsächlicher Natur. Der vorliegende Fall gehört in eine Reihe von Entscheidungen, die die Pflicht zur Duldung mit einem sog. faktischen Duldungszwang begründete. Das soll dann vorliegen, wenn zwar grundsätzlich ein Abwehranspruch aus § 1004 BGB besteht, dieser aber nicht durchgesetzt werden kann. Die Gründe dafür sind unterschiedlich. So soll nach zwei Entscheidungen aus 2004 faktischer Duldungszwang vorliegen, weil der Betroffene die abzuwehrende Gefahr nicht rechtzeitig erkannt hat[14] oder weil die Kläger das beeinträchtigte Grundstück erst später erworben haben.[15]

Das gleiche gilt im vorliegenden Fall, weil bei einer Explosion ein Abwehranspruch wegen des raschen Zeitablaufs nicht durchgesetzt werden kann. Der BGH drückt es so aus: „Die rechtzeitige Erlangung von Rechtsschutz war jedoch, was keiner näheren Begründung bedarf, ausgeschlossen, weshalb er einem faktischen Duldungszwang ausgesetzt war“[16]. Die absurd erscheinende Selbstverständlichkeit dieser Feststellung zeigt die Schwierigkeiten, die der BGH mit der Weiterführung seiner Analogien hat. Entsprechende Feststellungen finden sich in einem Urteil aus dem Jahr 2008, worin es um das Übertreten eines Feuers ging. Hier waren auch Schäden an auf dem Nachbargrundstück befindlichen beweglichen Sachen zu ersetzen.[17] In allen diesen Fällen fehlte es an einem Verschulden des Anspruchsgegners, so dass außerhalb des Nachbarschaftsrechts keinerlei Ersatzansprüche bestanden hätten.

## III. Zur Begründung und Abgrenzung der Linie des BGH

*1. Begründung der Rechtsprechung*

Diese doppelte Analogie bedarf der Begründung. Schulmäßige Voraussetzungen einer Analogie sind das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke und die Ähnlichkeit des zu

[8] BGHZ 178, 90 Rn. 14; *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 906 Rn. 1; *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2002, § 906 Rn. 65.

[9] *Bassenge* (Fn. 8), § 906 Rn. 4 ff.; zu Erschütterungen BGHZ 178, 90.

[10] Dazu grundlegend BGH NJW-RR 2001, 232. Aus der Literatur dazu *Bassenge* (Fn. 8), § 1004 Rn. 15 ff., 12; *Ebbing*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 1004 Rn. 106 ff. (allerdings kritisch zum Störerbegriff); *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, S. 695 f.; *Medicus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 1004 Rn. 25 ff.; kritisch zur Usurpationstheorie *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche als Instrument des Umweltschutzes, 1978, S. 97 ff.; *Jauernig*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 1004 Rn. 15 ff. Es genügt die Eigenschaft als mittelbarer Störer, der die Handlung eines Dritten, z.B. Bauarbeiten, verursacht hat; BGHZ 144, 200. Die Gegenauffassung vertritt die sog. Usurpationstheorie, wonach Störer nur ist, wer als Eigentümer oder Besitzer einer störenden Sache Befugnisse des Eigentümers usurpiert; dazu grundlegend *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972; *ders*., in: Festschrift *Gernhuber*, 1993, S. 315 ff.; *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 1004 Rn. 96 ff.; *Lobinger*, JuS 1997, 981 (982 f.); *Neuner*, JuS 2005, 385/487 (388); *ders.*, Sachenrecht, 3. Aufl. 2008, Rn. 206; zum Meinungsstand *K. Schmidt*, JuS 2005, 751 (752); ablehnend BGH VersR 2005, 839.

[11] *Lorenz*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 906 Rn. 40; dazu auch unten III. 2.

[12] BGH NZM 2005, 318: Jedenfalls dann, wenn die Störung Ausdruck eines nachbarrechtswidrigen Verhaltens in der Vergangenheit war; ähnlich BGHZ 160, 232. S. auch BGHZ 157, 133 zum Ablauf einer nachbarrechtlichen Ausschlussfrist.

[13] BGHZ 144, 200.

[14] BGH BauR 2005, 444.

[15] BGHZ 160, 232.

[16] Begründung unter II. 3. c).

[17] BGH NJW 2008, 992.

entscheidenden Tatbestandes. Das ist hier in mehrfacher Hinsicht fraglich. Typisch für Immissionen unwägbarer Stoffe ist ihre schwere Berechenbarkeit. Hier kann man noch argumentieren, dass angesichts der dichten Besiedlung in den heutigen Städten eine ähnlich unkontrollierbare Schädigung auch durch Grobimmissionen möglich ist. Bei der Ausdehnung der Ortsüblichkeit auf andere Hinderungsgründe einschließlich des faktischen Duldungszwangs lässt sich dagegen weder eine planwidrige Regelungslücke noch die Ähnlichkeit sinnvoll auch nur im Ansatz begründen.

Die Rechtsprechung macht sich auch nicht die Arbeit einer solchen Begründung, sondern argumentiert vielmehr allgemein mit der „Übertragung der Wertung [des § 906 Abs. 2 BGB] auf andere Fallkonstellationen".[18] Präziser ist es, mit der Literatur den Ausgleichsanspruch über die allgemeine Rechtsfigur des zivilrechtlichen Aufopferungsanspruchs zu begründen. Ebenso wie beim öffentlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch geht es um Fälle, in denen wegen eines übergeordneten Zwecks Eingriffe trotz Rechtswidrigkeit nicht abgewehrt werden, sondern allenfalls ausgeglichen werden können. Danach folgt das Nachbarschaftsrecht allgemein dem Grundgedanken, dass aus den nachbarlichen Lebensverhältnissen hinaus bestimmte Störungen hinzunehmen sind, um eine sinnvolle Grundstücksnutzung zu ermöglichen, bei wesentlicher Beeinträchtigung aber ein Ausgleich in Geld erfolgen muss.[19] § 906 Abs. 2 BGB ist also nicht die analog anzuwendende Grundregel, sondern lediglich ein gesetzlich normierter Unterfall dieses allgemeinen Rechtsgedankens.

Dafür spricht auch, dass die Rechtsprechung die Ausgleichsregelung des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB „analog" nicht in jedem Fall als subsidiär ansieht. Zwar sei Subsidiarität gegenüber deliktsrechtlichen Ansprüchen und öffentlich-rechtlichen Ansprüchen gegeben, nicht aber gegenüber der Bergschadenshaftung nach BBergG oder nach Regeln aus dem HPflG.[20] Eine echte Analogie wäre dagegen auf Fälle zu beschränken, in denen der beeinträchtigte Eigentümer auf anderem Wege weder Abhilfe noch (Schadens-) Ersatz zu erlangen vermag.[21] Auch auf diese Weise trägt die Rechtsprechung zu einer weiteren Ausdehnung des Anspruchs bei.

*2. Problem faktischer Duldungszwang*

Auch mit dem bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch kann aber die Ausdehnung des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB auf den faktischen Duldungszwang kaum begründet werden, da diesem nicht die wohlerwogene Abwägung verschiedener Rechtsgüter zugrunde liegt, sondern eher pragmatische Erwägungen. Die erwähnte „übertragene Wertung" scheint hier vor allem auf der Überlegung zu beruhen, dass jemand, der einem rechtswidrigen Angriff ausgesetzt ist, diesen in irgendeiner Form ausgeglichen bekommen muss. Die Rechtsprechung entfernt sich damit weit von den Wertungen des BGB, nach denen Ersatzansprüche grundsätzlich nur bei Verschulden gegeben sind. Die Entscheidung zum übergreifenden Feuer von 2008 verstärkt diesen Eindruck noch, da hier mehrfach von „Schäden" des Eigentümers die Rede ist, die auszugleichen seien – im Entscheidungsfall ging es um bewegliche Sachen des Grundstückseigentümers, die durch die Immission selbst (Feuer, Ruß), aber auch durch ihre Fernwirkungen, nämlich Löschwasser und den Einsturz der Gebäudesubstanz geschädigt wurden.[22]

Problematisch daran ist, dass auf diese Weise ein Nebenschadensrecht entsteht, dessen Verhältnis zum bestehenden Schadensrecht unklar ist und über dessen Grund, Grenzen und Umfang erhebliche Rechtsunsicherheit besteht. Möglicherweise können einige Urteile darauf zurückgeführt werden, dass das Gericht Verschulden vermutete, das aber nicht beweisbar war. Ein Indiz dafür bildet der Wandel des Störerbegriffs, der sich – wie auch dieser Fall zeigt – immer mehr zum „Schadensverursacher" wandelt. Schließlich wird sogar die analoge Anwendung des § 254 BGB im Nachbarschaftsrecht erwogen, musste aber nicht entschieden werden.

Ähnlichen Überlegungen scheint auch die eingangs erwähnte Ausdehnung des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 BGB folgen, der ebenfalls mehr und mehr zu einem verschuldensunabhängigen Ausgleichs- oder sogar Schadensersatzanspruch wird.[23] Daraus ergibt sich bereits das erste Problem, da die Abgrenzung zwischen den Beseitigungs- und dem Ausgleichsanspruch zunehmend verschwimmt. Ist beispielsweise die eingangs erwähnte Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands des beeinträchtigten Grundstücks nach dem Eintritt von Flüssigkeit und dem Abtragen des Erdreichs noch Beseitigung oder schon Ausgleich von Vermögenseinbußen?

Daraus folgt auch die zweite Unsicherheit, die die Anspruchshöhe betrifft. Der Aufopferungsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB beschränkt sich eigentlich auf den abwehrbaren Teil des Eingriffs; bei unmittelbarer Anwendung also auf die Vermögenseinbuße, die ein Durchschnittsbenutzer des betroffenen Grundstücks durch denjenigen Teil der Immissionen erleidet, der durch das Überschreiten der Zumutbarkeitsgrenze entsteht.[24] Beim faktischen Duldungszwang ist eine solche Differenzierung kaum möglich, so dass die Entschädigung meist auf einen vollen Schadensausgleich hinausläuft.[25]

[18] BGHZ 178, 90 Rn. 23.

[19] *Bassenge* (Fn. 8), § 906 Rn. 1; *Roth* (Fn. 8), § 906 Rn. 65 f.

[20] Ständige Rechtsprechung des *5. Senats*, BGH NJW 1999, 1029 (1030 f.); BGHZ 155, 99 (103 ff.); BGHZ 178, 90; a.A. des *3. Senats* BGHZ 148, 39; ausführlich *Fritzsche*, in: Beck´scher Onlinekommentar zum BGB, Stand 2007, § 906 Rn. 82 m.w.N.; *Neuner*, JuS 2005, 487 (491).

[21] *Fritzsche* (Fn. 20), § 906 Rn. 82; *Wieling*, LMK 2005, 26 (27).

[22] BGH NJW 2008, 992.

[23] Ausführlich dazu *Benecke*, VersR 2006, 1037.

[24] *Lorenz* (Fn. 10), § 906 Rn. 40; *R. Schmidt*, Sachenrecht II, 4. Aufl. 2008, Rn. 120 mit folgendem Beispiel: eigentlicher Verkehrswert des Grundstücks 500 000 €. Wert wegen Immission 300 000 €. Zumutbare Einwirkung hätte Wert auf 350 000 € gesenkt. Ausgleichanspruch also 50 000 €; Schadensersatz wäre 200 000 €.

[25] Zustimmend *Bassenge* (Fn. 8), § 906 Rn. 36.

*3. Abgrenzungen*

Ungeachtet der Kritik aus dem Schrifttum[26] liegt auch das vorliegende Urteil ganz auf der Linie dieser Rechtsprechung. So enthält der erste Leitsatz zum Unterlassungsanspruch und damit zu den Voraussetzungen des faktischen Duldungszwangs wenig Neues. Insgesamt sind die Anforderungen an den Duldungszwang und die Nichtabwehrbarkeit des Eingriffs nicht hoch. Dem ist im Grundsatz auch zu folgen, da Grundstückseigentümer sonst ständig Gefahrenprognosen vornehmen und Abwehransprüche durchsetzen müssten.

Bemerkenswert ist aber der zweite Leitsatz, durch den zwar nicht der Anspruch als solcher, wohl aber sein Anwendungsbereich einschränkend präzisiert wird. Der BGH bezieht in die Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog neben dem Grundstück des geschädigten Nachbarn das Nachbargrundstück ein, also das Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht. Ein Ausgleich soll danach in zwei Fällen möglich sein: Erstens bei einem „gefahrenträchtigen Zustand" des Grundstücks – auch hier verschwimmt Störerhaftung und Verschulden.

Zweitens – im Entscheidungsfall maßgeblich – setze der Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 S. 2 voraus, dass die beeinträchtigende Einwirkung von einer der konkreten Nutzung entsprechenden Benutzung des Nachbargrundstücks ausgeht und zu diesem einen sachlichen Bezug aufweist. Das Verhalten des Anspruchsgegners muss sich „als nutzungsbedingt darstellen". Das wird damit begründet, dass in der Regelung des § 906 BGB die „Situationsgebundenheit des Eigentums ihren Ausdruck finde". Einfacher ausgedrückt: Das die Schädigung auslösende Verhalten muss in einem Sachzusammenhang mit dem Grundstück stehen. Präzision gewinnt dieser Teil der Begründung erst durch die Negativabgrenzung. Danach fehlt der Grundstücksbezug, wenn die schädigende Handlung nur gelegentlich des Aufenthalts auf dem Grundstück, „genauso gut aber an anderer Stelle vorgenommen werden könnte".

Im Folgenden wird ausgeführt, dass dem Abschießen einer Silvesterrakete dieser Grundstücksbezug fehle, weil diese „vielfach […] im öffentlichen Raum – etwa auf Bürgersteigen, Straßen oder Plätzen – entzündet" würden. Anders sei es, wenn das Abschießen von Feuerwerken mit der Grundstücksnutzung zusammenhängt; so in einer Entscheidung des RG zu einem Freizeitpark. Als Konsequenz wird man Grundstückseigentümern raten müssen, gerade gefährliche Handlungen in den „öffentlichen Raum" zu verlegen, um nicht verschuldensunabhängigen Ansprüchen ausgesetzt zu sein. Auch wenn der BGH an die fragliche Ansicht des OLG gebunden war, wonach das Abbrennen von Feuerwerkskörpern nicht nur in der Silvesternacht, sondern auch am Neujahrsabend üblich ist, liegt es doch nahe, dass der Beklagte gerade deswegen seinem eigenen Garten wählte, um die Gefährdung von Passanten durch solche verspäteten Neujahrsgrüße auszuschließen.

[26] *Armbrüster*, NJW 2003, 3087 (3089); *Larenz/Canaris* (Fn. 10), S. 664 ff.; *Neuner*, JuS 2005, 385/487 (491); *R. Schmidt* (Fn. 24) Rn. 198 ff. (S. 65 f.); s. auch *Benecke*, VersR 2006, 1037.

## IV. Zusammenfassung und Bewertung

Das Urteil liegt auf der Linie der Rechtsprechung zur „analogen" Anwendung des Ausgleichsanspruchs nach § 906 Abs. 2 S. 2 BGB und insbesondere der Untergruppe des faktischen Duldungszwangs. Im Gegensatz zu den früheren Entscheidungen findet sich hier allerdings eine Präzisierung und Einschränkung der Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs, die auch im Ergebnis zu einer Ablehnung des Anspruchs führt. Möglicherweise liegt darin ein Indiz dafür, dass dem *5. Senat* des BGH sein umfangreiches nachbarrechtliches Ausgleichssystem allmählich selbst etwas unheimlich wird. Die hier ausgeübte Korrektur über Unterscheidung nach der „Grundstücksbezogenheit" der schadensursächlichen Handlung ist allerdings wenig tauglich, da sie die Grenzen zur Verschuldenshaftung und zum negatorischen Beseitigungsanspruch weiter verwischt.

*Prof. Dr. Martina Benecke, Augsburg*

**E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g**

**Verbot der Aufrechnung gegen eine Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung**

**Das Verbot der Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung gilt auch dann, wenn sich zwei Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung gegenüber stehen, die aus einem einheitlichen Lebensverhältnis resultieren. (Amtlicher Leitsatz)**

BGB § 393

*BGH, Beschl. v. 15.9.2009 – VI ZA 13/09 (OLG Karlsruhe, LG Mannheim)*[1]

**I. Sachverhalt (leicht vereinfacht)**

Zwischen den Parteien kam es zu einer tätlichen Auseinandersetzung, bei der beide Verletzungen erlitten. K (Kläger) verlangt von B (Beklagter) dafür ein (angemessenes) Schmerzensgeld i.H.v. 5.000 €. Im Prozess erklärt B die Aufrechnung mit seiner (bestehenden) Schadensersatzforderung i.H.v. 5.800 € gegen K aus der Auseinandersetzung. Ist die Klage begründet?

**II. Kontext der Entscheidung**

1. Die Aufrechnung ist eine Form der Erfüllung eines Anspruchs. Die geltend gemachte Forderung, die sog. Hauptforderung, erlischt durch Aufrechnung mit der sog. Gegenforderung, ohne dass es eines Hin- und Herzahlens bedarf. Der Schuldner hat damit die Möglichkeit, eine eigene Forderung (die Gegenforderung) im Wege der Selbsthilfe durchzusetzen[2], was insbesondere bei Vermögensverfall seines Schuldners (d.h. des Inhabers der Hauptforderung) von Bedeutung ist.[3]

2. Die Voraussetzungen für eine Aufrechnung (§ 387 BGB) gehören zum examensrelevanten Wissen: die beiden Forderungen müssen gegenseitig und gleichartig, die Hauptforderung erfüllbar und die Gegenforderung vollwirksam und fällig sein. Ferner bedarf es einer Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB) und die Aufrechnung darf weder vertraglich noch gesetzlich[4] ausgeschlossen sein. Ein Aufrechnungsverbot könnte sich hier aus § 393 BGB ergeben. Nach dieser Vorschrift ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung[5] unzulässig. Wohlgemerkt: unzulässig ist nur die Aufrechnung *gegen* eine Forderung aus unerlaubter Handlung, nicht aber *mit* einer solchen Forderung. Ein deliktisch Geschädigter darf natürlich mit seiner Schadensersatzforderung gegen eine Forderung des Schädigers aufrechnen. § 393 BGB soll dazu beitragen, dem deliktisch Geschädigten in angemessener Frist und ohne Erörterung eines eventuellen Gegenanspruches des Schädigers finanziellen Ausgleich zu verschaffen.[6] Ferner soll vermieden werden, dass der Gläubiger einer uneinbringlichen Forderung seinen Schuldner bis zu deren Höhe vorsätzlich schädigen kann, ohne zivilrechtliche Sanktionen befürchten zu müssen. § 393 BGB soll dem kalkulierten Missbrauch des Aufrechnungsrechts zu Zwecken der „Privatrache“ gegenüber einem zahlungsunfähigen Gläubiger entgegen wirken.[7]

3. Mit Rücksicht auf diese Zielsetzung befürwortet ein Teil der Literatur eine teleologische Reduktion des Aufrechnungsverbotes, wenn sich auf beiden Seiten Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen gegenüberstehen[8], oder zumindest in Fällen wie dem vorliegenden, in denen sich die gegeneinander gerichteten deliktischen Forderungen aus einem einheitlichen Lebensverhältnis, namentlich einer Prügelei, ergeben.[9] Dafür spricht, dass in solchen Fällen keiner der Beteiligten schutzwürdig ist und sich auch das Problem der „Privatrache“ nicht stellt. B könnte daher aufrechnen und die Klage des K wäre unbegründet. Andere halten eine Korrektur nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach den Umständen des konkreten Falles für geboten[10] bzw. wollen § 393 BGB nur anwenden, wenn der Schuldner zum Zwecke der Selbsthilfe gehandelt hat[11].

[1] Das Urteil ist abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de (25.11.2009).
[2] BGH ZIP 2007, 1717 (1719).
[3] Vgl. BGH NJW 1995, 1966 (1967).
[4] Bsp.: §§ 391 Abs. 2, 393, 242 BGB, § 96 InsO, § 19 Abs. 2 GmbHG, §§ 66, 114 Abs. 2 S. 2 AktG.
[5] § 393 BGB erfasst auch konkurrierende vertragliche Schadensersatzansprüche (insb. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB), da anderenfalls der mit der Norm verfolgte Zweck nicht erreichbar wäre (s. RGZ 154, 334 [338]; BGH NJW 1967, 2012 [2013]).
[6] BGH NJW 1987, 2997 (2998).
[7] *Deutsch*, NJW 1981, 753; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 18. Aufl. 2008, Rn. 313.
[8] *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, § 18 VI b; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 339; *Kropholler*, Studienkommentar BGB, 10. Aufl. 2008, Vor § 387 Rn. 10; *Stürner*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 393 Rn. 1; *Schulze*, in: Handkommentar BGB, 6. Aufl. 2009, § 393 Rn. 1; *Lüke/Huppert*, JuS 1971, 165 (167).
[9] LG Stade MDR 1958, 99; *Zeiss*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1990, § 393 Rn. 5; *Deutsch*, NJW 1981, 735; *Weber*, in: RGRK, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1976, § 393 Rn. 7; *Brox/Walker*, Allg. Schuldrecht, 33. Aufl. 2009, § 16 Rn. 15.
[10] *Glötzner*, MDR 1975, 718 (720 f.).
[11] *Pielemeier*, Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB: seine Entstehungsgeschichte und seine Bedeutung im geltenden Recht, 1988, S. 116; *Tamblé*, Privilegien im Aufrechnungs- und Pfändungsrecht, insbesondere in ihrer Kollision, 1966, S. 94 ff. (97).

**III. Lösung des BGH**

1. Der BGH lehnt mit der wohl herrschenden Meinung[12] eine einschränkende Auslegung des § 393 BGB ab. Eine solche lasse sich dem klaren Wortlaut des § 393 BGB nicht entnehmen und führte außerdem zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit, da anderenfalls in jedem Einzelfall zu prüfen wäre, ob die Voraussetzungen eines einheitlichen Lebensvorganges vorlägen. Auch habe der Gesetzgeber die diesbezüglichen Vorschläge in der Literatur weder bei der Schaffung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts noch bei Erlass des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften aufgegriffen. Das Aufrechnungsverbot greift daher ausnahmslos ein, wenn gegen eine Forderung aus unerlaubter Handlung aufgerechnet werden soll, ohne Rücksicht darauf, ob die Gegenforderung ihrerseits deliktischen Ursprungs aus einem einheitlichen Lebenssachverhalt ist. B kann deshalb nicht aufrechnen und die Klage des K hat Erfolg.

2. Dies überzeugt. Zwar dürfte entgegen der Auffassung des BGH die Einheitlichkeit des Lebenssachverhalts regelmäßig unschwer feststellbar sein und tragen die mit § 393 BGB verfolgten Zwecke in der hier interessierenden Konstellation nur abgeschwächt. Doch ist angesichts des klaren Gesetzeswortlauts nicht die Verneinung einer teleologischen Reduktion des § 393 BGB, sondern umgekehrt diese selbst begründungsbedürftig. Und hinreichende Gründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere besteht dafür kaum ein praktisches Bedürfnis, denn beiden Parteien ist es unbenommen, einen Aufrechnungsvertrag zu schließen und auf diese Weise eine der Aufrechnung vergleichbare Lage herbeizuführen. § 393 BGB steht dem nicht entgegen.[13]

**IV. Handlungsmöglichkeiten des B**

Was aber geschieht, wenn B gleichwohl gerichtlich von K in Anspruch genommen wird? Zunächst sollte B seinen Anspruch im Wege einer Widerklage (§ 33 ZPO) in den anhängigen Rechtsstreit einbeziehen. Die von der Rechtsprechung als besondere Zulässigkeitsvoraussetzung angesehene Konnexität[14] zwischen beiden Forderungen besteht. Daraufhin werden beide Parteien jeweils zur Leistung an den anderen verurteilt, da auch im Urteil keine „Aufrechnung" erfolgt. K und B erhalten folglich beide einen Titel, den sie gegen den jeweils anderen durchsetzen müssen. Der Titel des B allein genügt aber nicht, um die Zwangsvollstreckung des K aus dessen Titel abzuwenden:[15] Für eine Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) fehlt es schon an einer den durch Urteil festgestellten Anspruch betreffenden Einwendung, und auch andere Rechtsbehelfe – Erinnerung (§ 766 ZPO), Klauselerinnerung (§ 732 ZPO) oder Vollstreckungsschutzantrag (§ 765a ZPO) – sind offensichtlich unbegründet. Hier kommen nun die §§ 829, 835 ZPO ins Spiel. B kann aufgrund seines gegen K gerichteten, ebenfalls titulierten Anspruchs den gegen ihn (B) gerichteten Schadensersatzanspruch des K pfänden (§ 829 ZPO) und sich zum Nennwert überweisen lassen (§ 835 ZPO).[16] Bereits mit der Pfändung steht dem Titel des K eine Einwendung entgegen[17], die B mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend machen kann. Mit der Überweisung zum Nennwert geht die Forderung des K auf B über (§ 835 Abs. 2 ZPO); B wird dadurch selbst Inhaber der gegen ihn gerichteten Schadensersatzforderung und bringt diese im Ergebnis ohne reale Leistungsbewirkung zum Erlöschen. Über diesen vollstreckungsrechtlichen Umweg lässt sich das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB umgehen.[18] In der praktischen Auswirkung entspricht dies – abgesehen von dem nicht unbeträchtlichen Aufwand für das gerichtliche Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren – der Aufrechnung.

**V. Fazit**

Der BGH hat eine seit langem umstrittene Frage des Aufrechnungsrechts dahingehend entschieden, dass das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB auch für gegenseitige Forderungen aus unerlaubten Handlungen bei einheitlichem Lebenssachverhalt (insbesondere einer Prügelei) gilt.

Der Entscheidung dürfte erhebliche Klausurrelevanz zukommen, da sich an ihr – über materiell-rechtliche Fragen der Aufrechnung hinaus – (Grund-)Kenntnisse im Vollstreckungsrecht und den dort gegebenen Rechtbehelfen abprüfen lassen.

*Dr. Jan Eichelberger, LL.M.oec., Jena*

[12] RGZ 123, 6 (7 f.); OLG Celle NJW 1981, 766; *Medicus/Lorenz* (Fn. 7), Rn. 313; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 393 Rn. 4; *Kaduk*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1994, § 393 Rn. 35; *Schlüter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 393 Rn. 5; *Pfeiffer*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2009, § 393 Rn. 5.

[13] *Gernhuber*, Handbuch des Schuldrechts. Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen des Schuldverhältnisses aus anderen Gründen, 2. Aufl. 1994, § 14 II 4b; *Schlüter* (Fn. 12), § 393 Rn. 1, 5.

[14] RGZ 23, 396 (397 f.); RGZ 110, 97 (98); BGHZ 40, 185; BGH NJW 1975, 1228; a.A. die h.Lit., die in § 33 ZPO (nur) einen besonderen Gerichtsstand sieht, der im Falle der Konnexität neben die sonstigen Gerichtsstände der Widerklageforderung tritt (*Vollkommer*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 27. Aufl. 2009, § 33 Rn. 1; *Heinrich*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2009, § 33 Rn. 3, beide m.w.N.).

[15] Vgl. BGH NJW 1999, 714 (715).

[16] Zu dieser Möglichkeit s. BGH NJW 1999, 714 (715); OLG Köln, NJW-RR 1989, 190 (191); *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 393 Rn. 2.

[17] Vgl. BAG NJW 1997, 1868 (1869).

[18] *Becker*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 7. Aufl. 2009, § 829 Rn. 8 u. § 835 Rn. 8. – Einige (*Brehm*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl. 2004, § 829 Rn. 124 m.w.N.) halten dies indes für eine unzulässige Gesetzesumgehung.

**E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g**

**Keine analoge Anwendung der Kündigungsbeschränkung aus § 577a BGB**

**Die Kündigungsbeschränkung des § 577a BGB bei Umwandlung von vermieteten Wohnräumen in Wohnungseigentum gilt nur für Eigenbedarfs- oder Verwertungskündigungen (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 BGB) und ist auf andere Kündigungsgründe im Sinne von § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht analog anwendbar. (Amtlicher Leitsatz)**

**Auf eine Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts wegen Eigenbedarfs eines Gesellschafters findet die Kündigungsbeschränkung des § 577a BGB keine Anwendung, wenn nach der Kündigung Wohnungseigentum der Gesellschafter begründet wird. Das gilt auch dann, wenn die Gesellschaft das Wohnanwesen zu dem Zweck erworben hat, die vorhandenen Wohnungen in Wohnungseigentum der Gesellschafter umzuwandeln. (Amtliche Leitsätze)**

BGB § 577a

*BGH, Urt. v. 11.3.2009 – VIII ZR 127/08 und v. 16.7.2009 – VIII ZR 231/08 (jeweils LG München I, AG München)*[1]

**I. Rechtsgebiet**

Bewohner eines Mietshauses sehen sich latent der Gefahr ausgesetzt, dass sie ihre Wohnung auf folgendem Wege verlieren: Die Immobilie wird in Eigentumswohnungen aufgeteilt und der Erwerber einer solchen Wohnung, auf den der bestehende Mietvertrag nach Maßgabe von § 566 BGB übergeht, erklärt die Eigenbedarfskündigung aus § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, weil er selbst in die Wohnung einziehen möchte. Dies ist wohnungspolitisch nicht gewollt, weshalb § 577a BGB eine Kündigungsbeschränkung enthält[2]. Die Eigenbedarfskündigung ist ab dem Eigentumsübergang an den Erwerber für drei Jahre ausgeschlossen. Hinzu kommt eine regelungstechnische Besonderheit. § 577a Abs. 2 BGB enthält einen selten Fall, in dem das Zivilrecht landespolitische Besonderheiten aufweist. Die Landesregierungen werden ermächtigt, die gesetzlich verordnete Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit von drei Jahren auf bis zu zehn Jahre zu verlängern, wenn der Wohnungsmarkt in einer Gemeinde besonders angespannt ist. Hiervon hat man durchaus Gebrauch gemacht, insbesondere in Großstädten wie München. In Düsseldorf wurde die Regelung kürzlich aufgehoben. Zum Regelungszweck und -gegenstand ist somit vereinfacht festzuhalten: Wird ein Mietshaus filetiert, können die Erwerber der Eigentumswohnungen die vermieten Wohnungen zunächst nur als solche nutzen und erst nach Ablauf einer entsprechenden Frist selbst einziehen.

**II. Zwei besondere Fallkonstellationen aus München**

1. Fall: Seit dem 1.8.1999 wohnt Familie A als Mieterin einer Wohnung in einem in München gelegenen Anwesen. Der vormalige Eigentümer und Vermieter wandelte am 19.4.2002 das Anwesen in Wohnungs- und Teileigentum um. Die von Familie A gemietete Wohnung wurde am 25.6.2002 von B erworben, die mit ihrer Familie in der Nachbarwohnung lebt. Mit Schreiben vom 31.7.2006 erklärte B die Kündigung des Mietverhältnisses mit der Begründung, sie benötige die Wohnung der Familie A zur Unterbringung einer Betreuungs- und Pflegeperson – eines „Au-pair-Mädchens“ – für ihre beiden minderjährigen Kinder und ihre in ihrem Haushalt lebende Schwiegermutter.

2. Fall: Eine aus acht Gesellschaftern bestehende BGB-Gesellschaft erwarb ein Wohnanwesen in München. Erklärter Zweck der Gesellschaft ist die Eigennutzung der Wohnungen durch die Gesellschafter. B ist aufgrund eines mit den Voreigentümern des Anwesens geschlossenen Mietvertrages vom 18.8.1983 Mieterin einer Wohnung im dritten Obergeschoss des Anwesens. Mit Schreiben vom 31.3.2006 kündigte die BGB-Gesellschaft das Mietverhältnis über die Wohnung wegen Eigenbedarfs ihres Gesellschafters K. zum 31.3. 2007.

**III. Anwendbarkeit des § 577a BGB**

Der *8. Zivilsenat* des BGH hat in den beiden dargestellten Fällen von der Anwendung der Kündigungsbeschränkung § 577a BGB abgesehen und eine unmittelbar am Wortlaut der Vorschrift orientierte Auslegung der Vorschrift vorgenommen.

1. Im ersten Fall („Au-pair-Mädchen“) ergibt sich folgendes Problem: Hätte B die erworbene Nachbarwohnung nutzen wollen, um sie ihrer volljährigen Tochter zu überlassen, stünde einer Eigenbedarfskündigung aus § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB die Kündigungssperre aus § 577a BGB im Wege. Entsprechendes gälte auch in der Konstellation, dass das Au-pair-Mädchen im Zeitpunkt der Kündigung in der Wohnung der B wohnte. Nun zeichnet sich der zu entscheidende Fall aber dadurch aus, dass die Betreuungsperson, der die von Familie A genutzte Wohnung zur Verfügung gestellt werden soll, weder Familienangehörige der B ist noch zum Zeitpunkt der Kündigung in deren Wohnung lebt. In einem solchen Fall kann der Vermieter die Kündigung des Wohnraummietverhältnisses aber nicht auf § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB sondern nur auf § 573 Abs. 1 S. 1 BGB stützen. Die Kündigung ist somit nur möglich, wenn der Vermieter ein berechtigtes Interesse an der Beendigung hat. Dieses lag in dem vorliegenden Fall darin, dass die Erwerberin eine Betreuungsperson für ihre sechs und neun Jahre alten Kinder und die in ihrer Wohnung lebende 72 Jahre alte und pflegebedürftige Schwiegermutter in der Wohnung unterbringen wollte. Da es sich somit bei der Kündigung in Bezug auf die Unterbringung des Au-pair-Mädchens für die Kinder und die Schwiegermutter nicht um eine Eigenbedarfskündigung handelt, ist § 577a BGB auf diese Kündigung nach Auffassung des BGH nicht anwend-

[1] Die Entscheidungen sind unter http://www.bundesgerichtshof.de abrufbar.

[2] Zum Sinn und Zweck des § 577a BGB *Blank*, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 577a BGB Rn. 4.

bar. Eine analoge Anwendung von § 577a BGB auf einen solchen Fall lehnt der BGH ausdrücklich ab[3].
Nimmt man dies ernst, sollte man etwa ein im Haushalt lebendes Au-pair-Mädchen für den Zeitpunkt der Kündigung ausquartieren, um nicht nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB kündigen zu dürfen sondern nach § 573 Abs. 1 Satz 1 kündigen müssen und daher nicht durch § 577a BGB beschränkt zu werden.

2. Auch in dem zweiten Fall („BGB-Gesellschaft") hält der BGH die Anwendung von § 577a BGB für nicht geboten. Zunächst stellt der Senat fest, dass eine BGB-Gesellschaft als Vermieterin im Wohnraummietrecht eine Eigenbedarfskündigung im Interesse ihrer Gesellschafter aussprechen kann[4]. Diese Wertung hat in der Literatur nun Stimmen laut werden lassen, dass auch eine Personenhandelsgesellschaft und Kapitalgesellschaft Eigenbedarf an Wohnraum soll geltend machen können[5].

Die Anwendung des § 577a BGB scheitert in dem zweiten Fall nach der Entscheidung des BGH unter folgendem Gesichtspunkt: Im Zeitpunkt der Kündigung hatte eine Umwandlung des Mietshauses in Wohneigentum noch nicht stattgefunden. Dies setzt jedoch der Wortlaut des § 577a BGB voraus: Nach der Überlassung der Wohnung an den Mieter muss Wohnungseigentum begründet werden und diese Wohnungen müssen alsdann veräußert werden. Einer analogen Anwendung der Vorschrift tritt der BGH auch hier nicht nahe[6].

In diesem Fall ergibt sich nun das folgende Bild: Hätte die BGB-Gesellschaft die Immobilie erworben, in Wohnungseigentum für die einzelnen Gesellschafter aufgeteilt, an diese natürliche Personen veräußert und wäre dann die Eigenbedarfskündigung durch die Gesellschafter als neue Eigentümer erklärt worden, hätte einer solchen Kündigung § 577a BGB im Wege gestanden. In der hier zu beurteilenden Konstellation wird schlicht und offen die Reihenfolge der Vorgehensweise geändert, was nach Auffassung des BGH zur Nichtanwendung der Schutzvorschrift des § 577a BGB führt. Um es ganz deutlich zu beschreiben. Man gründet eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Zweck allein darin besteht, selbstgenutztes Wohnungseigentum für die Gesellschafter zu begründen. Diese Gesellschaft erwirbt die Immobilie, kündigt die auf sie nach § 566 BGB übergeführten Mietverhältnisse wegen des Eigenbedarfs ihrer einzelnen Gesellschafter und wandelt im Anschluss die nun an die Gesellschafter vermietete Immobilie in Wohnungseigentum um, das wiederum den Gesellschaftern übertragen wird. Die Anwendung von § 577a BGB scheitert in diesem Fall nach der Entscheidung des BGH schlicht an der zeitlichen Abfolge des von Anfang an offen verfolgten Plans. Ein Umgehungsgeschäft betreffend die nach § 577a Abs. 3 BGB im Wohnraummietrecht zwingend geltende Vorschrift sieht der BGH darin nicht[7].

[3] Rn. 16 f. der Entscheidungsgründe.
[4] Rn. 13 der Entscheidungsgründe.
[5] *Grunewald*, NJW 2009, 3486.
[6] Rn. 18 ff. der Entscheidungsgründe.
[7] Rn. 22 der Entscheidungsgründe.

**IV. Analogie, Umgehung, Wortlaut**

Die beiden vorgestellten Entscheidungen des *8. Zivilsenats* zu § 577a BGB sind geprägt von einer uneingeschränkten Orientierung an dem Wortlaut der Schutzvorschrift des § 577a BGB.

Im ersten Fall liegt indes die Gebotenheit einer analogen Anwendung der Schutzvorschrift auf der Hand. Denn die Entscheidung des BGH ist nicht getragen von wohl überlegten und abgewogenen Wertungen, sondern von Zufälligkeiten der tatsächlichen Begebenheiten des Lebenssachverhalts. Das nun festgestellte Ergebnis, im Interesse des Au-pair-Mädchens einen Mietvertrag kündigen zu dürfen, nicht aber im Interesse des eigenen Kindes, vermag wirklich nicht einzuleuchten.

Dass in dem zweiten Fall, in dem eine BGB-Gesellschaft gerade und offenkundig zum Zwecke der Begründung von selbst genutztem Wohneigentum für die Gesellschafter gegründet wird, kein Umgehungsgeschäft vorliegen soll, vermag ebenso wenig zu überzeugen. Man mag sich vielmehr die Frage stellen, unter welchen Voraussetzungen eine Umgehung der zwingenden Schutzvorschrift angenommen werden kann, wenn nicht hier.

*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**

**Lissabon in Karlsruhe**

**1. Das Grundgesetz ermächtigt mit Art. 23 GG zur Beteiligung und Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union. Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker – das heißt die staatsangehörigen Bürger – der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben.**

**2. a) Sofern die Mitgliedstaaten das Vertragsrecht so ausgestalten, dass unter grundsätzlicher Fortgeltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung eine Veränderung des Vertragsrechts ohne Ratifikationsverfahren herbeigeführt werden kann, obliegt neben der Bundesregierung den gesetzgebenden Körperschaften eine besondere Verantwortung im Rahmen der Mitwirkung, die in Deutschland innerstaatlich den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG genügen muss (Integrationsverantwortung) und gegebenenfalls in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren eingefordert werden kann.**

**b) Ein Gesetz im Sinne des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG ist nicht erforderlich, soweit spezielle Brückenklauseln sich auf Sachbereiche beschränken, die durch den Vertrag von Lissabon bereits hinreichend bestimmt sind. Auch in diesen Fällen obliegt es allerdings dem Bundestag und – soweit die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder betroffen sind, dem Bundesrat - seine Integrationsverantwortung in anderer geeigneter Weise wahrzunehmen.**

**3. Die europäische Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten darf nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt. Dies gilt insbesondere für Sachbereiche, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politischen Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten.**

**4. Das Bundesverfassungsgericht prüft, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 2 EGV; Art. 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon [EUV-Lissabon]) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten (vgl. BVerfGE 58, 1 [30 f.]; 75, 223 [235, 242]; 89, 155 [188]: dort zum ausbrechenden Rechtsakt). Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist (vgl. BVerfGE 113, 273 [296]). Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich radizierten Prüfungskompetenz folgt dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, und sie widerspricht deshalb auch nicht dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV-Lissabon); anders können die von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV-Lissabon anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration nicht gewahrt werden. Insoweit gehen die verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand. (Amtliche Leitsätze)**

GG Art. 23 Abs. 1 S 1, 38 Abs. 1, 79 Abs. 3 , 93 Abs. 1 Nr. 4a; EGVtr Art. 5 Abs. 1; EUVtr 2007; EUVtr Liss Art. 4 Abs. 2 S. 1, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2; EUVtrLissG, GGÄndG 2008

*BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09*

**I. Der Vertrag von Lissabon**

Mit seinem Urteil vom 30.6.2009[1] hat das BVerfG den Weg geebnet für die Ratifikation des Vertrags von Lissabon durch die Bundesrepublik Deutschland. Nachdem absehbar war, dass der Ratifikationsprozess des Vertrags über eine Verfassung für Europa vom 29.10.2004[2] nicht erfolgreich durchlaufen werden konnte, hatte der Europäische Rat im Juni 2007 die Einberufung einer Regierungskonferenz beschlossen und dieser ein Mandat zur Ausarbeitung eines Vertragsentwurfs für einen Reformvertrag erteilt, der an die Stelle des gescheiterten Verfassungsvertrags treten sollte. Bereits auf ihrem Lissabonner Treffen vom 18. und 19.10.2007 konnten die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der EU einen entsprechenden Vertragstext verabschieden, der am 13.12.2007 ebenfalls in Lissabon unterzeichnet wurde[3]. Nachdem ein erstes Referendum in Irland über eine die Ratifikation des Reformvertrags ermöglichende Verfassungsänderung am 12.6.2008 einen negativen Ausgang hatte, sprachen sich die Iren in einem zweiten Referendum am 2.10.2009 für die notwendige Verfassungsänderung aus. Der Europäische Rat war Irland zuvor in mehreren Punkten entgegengekommen. Nachdem alle Mitgliedstaaten den Reformvertrag ratifiziert hatten, konnte er am 1.12.2009 in Kraft treten.

Der Vertrag von Lissabon nimmt zahlreiche Änderungen des EU- und des EG-Vertrags vor. Anders als noch im Verfas-

[1] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 – Lissabon.
[2] ABl.EU 2004 Nr. C 310, 1.
[3] ABl.EU 2007 Nr. C 306, 1.

sungsvertrag vorgesehen, wurden die Verträge jedoch nicht einem einzigen Dokument zusammengefasst. Während der EU-Vertrag zwar grundlegend neu strukturiert wird, bleibt die Grundstruktur des EG-Vertrags im Wesentlichen erhalten, er wird jedoch in Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEU-Vertrag) umbenannt[4]. Die bisherige Säulenkonstruktion, nach der der EU-Vertrag das Dach über den drei Säulen (Europäische Gemeinschaften, Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik [GASP], Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen [PJZS]) gebildet hatte (Art. 1 EUV a.F.), ist aufgegeben worden. Eine einheitliche und rechtsfähige EU ist an die Stelle der aufgelösten Europäischen Gemeinschaft getreten (Art. 1 Abs. 3 S. 3, Art. 47 EUV). Die Europäische Atomgemeinschaft (EAG) bleibt daneben als eigenständige supranationale Organisation bestehen. Da das Scheitern des Verfassungsvertrags nicht zuletzt darauf zurückzuführen war, dass in Teilen der Bevölkerung einiger Mitgliedstaaten Befürchtungen bestanden hatten, die EU werde sich mit einer Verfassung, mit der Betonung eigener Symbole (Hymne, Flagge etc.), mit einem eigenen Außenminister und mit als Gesetzen bezeichneten Rechtsakten zu einem quasi-staatlichen Gebilde entwickeln, wurde dieses formelle Verfassungskonzept im Vertrag von Lissabon aufgegeben. Der Vertrag von Lissabon rückt jedoch vielfach nur formal von der staatsähnlichen Terminologie des Verfassungsvertrags ab. Materiell wird dessen Substanz weitgehend in den Reformvertrag hinübergerettet.

## II. Die Entscheidung des BVerfG vom 30.6.2009

Deutschland hat den Vertrag von Lissabon am 25.9.2009 ratifiziert, nachdem zuvor das BVerfG im Lissabon-Urteil über die Verfassungsmäßigkeit dreier Gesetze entschieden hatte, zum einen über die Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes zum Lissabonner Reformvertrag vom 8.10.2008[5], zum zweiten über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom gleichen Tag[6] und zum dritten über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der EU (Ausweitungsgesetz)[7]. Die Gesetze wurden in mehreren zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfassungsbeschwerde- (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) und Organstreitverfahren (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG) mit dem Argument angegriffen, sie verstießen gegen Art. 38 Abs. 1 GG. Während in den Verfassungsbeschwerden auf das grundrechtsgleiche Wahlrecht zum Bundestag abgestellt wurde, wurde in den Organstreitverfahren eine Verletzung der Entscheidungsbefugnisse des Bundestages gerügt.

Die gegen das Zustimmungs- und gegen das verfassungsändernde Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerden sowie die Anträge in den Organstreitverfahren blieben erfolglos. Die gegen das Ausweitungsgesetz erhobenen Verfassungsbeschwerden waren hingegen erfolgreich. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 30.6.2009 das Ausweitungsgesetz gemäß § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Im Folgenden sollen vor allem die maßgeblichen Überlegungen des BVerfG nachgezeichnet werden, die zum Erfolg der Verfassungsbeschwerden gegen das Ausweitungsgesetz geführt haben.

### *1. Die Ausweitung der Beschwerdebefugnis in Verfassungsbeschwerdeverfahren*

Eine Verfassungsbeschwerde kann zulässigerweise nur erhoben werden, wenn ein Beschwerdeführer geltend machen kann, in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 90 Abs. 1 BVerfGG möglicherweise verletzt zu sein[8]. Im Lissabon-Urteil bestätigt das Gericht nun die schon im Jahre 1993 gewonnene Erkenntnis des Maastricht-Urteils, wonach sich Verfassungsbeschwerden auch auf die Behauptung stützen können, die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU bedeute eine Verletzung des Wahlrechts gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG[9]. Unter drei Aspekten, so das BVerfG, kann ein Beschwerdeführer dabei beschwerdebefugt sein:

(1) Unter Berufung auf Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG kann geltend gemacht werden, die Übertragung von Hoheitsrechten führe zu einer Entstaatlichung der Bundesrepublik Deutschland und damit zu einer Ablösung des Grundgesetzes[10].

(2) Zudem kann, unterhalb der Schwelle des Staatlichkeitsverlustes, unter Berufung auf Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG geltend gemacht werden, eine Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG höhle die Entscheidungsbefugnisse des Bundestages und damit das Wahlrecht aus[11]. Dies gilt auch im Hinblick auf eine Einschränkung der demokratischen Gestaltungsmöglichkeiten des Bundestages auf dem Gebiet der Sozialpolitik, die dazu führe, dass er die Mindestanforderungen des Sozialstaatsprinzips nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG nicht mehr erfüllen könne[12].

(3) Eine Beschwerdebefugnis unter Berufung auf Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG besteht nach Ansicht des BVerfG auch insoweit, als geltend gemacht wird, dass die EU ihrerseits nicht hinreichend demokratisch legitimiert sei[13].

Mit dieser Rechtsprechung schreitet das BVerfG weiter auf dem Weg voran, über das grundrechtsgleiche Wahlrecht zum Bundestag objektive Staatsstrukturprinzipien (Staatlichkeit, Demokratie, Sozialstaat) in rügefähige Individualrechte umzudeuten. Der Anwendungsbereich der Verfassungsbeschwerde wird damit ohne eine entsprechende Änderung der

[4] Art. 2 Nr. 1 des Vertrags von Lissabon.
[5] BGBl. 2008 II, 1038.
[6] BGBl. 2008 I, 1926.
[7] BT-Drs. 16/8489.

[8] Vgl. etwa BVerfGE 100, 313 (354); 112, 363 (366).
[9] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 167 ff. – Lissabon.
[10] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 178 – Lissabon.
[11] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 173 – Lissabon.
[12] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 181 – Lissabon.
[13] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 176 – Lissabon.

Bestimmung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in bedenklicher Weise ausgeweitet. Potentiell sind dieser Entwicklung kaum Grenzen gesetzt, da nahezu jede strukturelle Entscheidung die Rechte des demokratischen Souveräns berühren und damit über Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG den individuellen Weg zum BVerfG eröffnen kann[14]. Der Schritt hin zu einer – bundesverfassungsrechtlich nicht gewollten – Popularbeschwerde ist von hier nicht mehr weit.

*2. Die materielle Prüfung des BVerfG*

Die materielle Begründetheitsprüfung am Maßstab von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nimmt die zur Begründung der Beschwerdebefugnis vorgebrachten Verfassungswidrigkeitsvorwürfe auf. Das BVerfG überprüft, ob die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU die souveräne Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt, ob dabei die innerstaatliche Demokratie in unzulässiger Weise angetastet wird und ob die EU ihrerseits demokratischen Grundsätzen entspricht.

*a) Die Wahrung der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik*

*aa) Die verfassungsrechtliche Garantie der Staatlichkeit*

Das Grundgesetz, so das Gericht, setze die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiere sie in Art. 79 Abs. 3 GG[15]. Zwar hänge das Grundgesetz keiner Vorstellung von einer selbstherrlichen Souveränität, sondern vielmehr von einer völkerrechtlich geordneten und gebundenen Freiheit an[16], gleichwohl ermächtige es den Integrationsgesetzgeber nicht, durch einen Eintritt in einen europäischen Bundesstaat das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes in Gestalt der völkerrechtlichen Souveränität Deutschlands aufzugeben[17]. Ein solcher endgültiger Schritt der Entstaatlichung sei allein dem unmittelbar erklärten (verfassunggebenden) Willen des deutschen Volkes gemäß Art. 146 GG vorbehalten. Unter dem Grundgesetz müsse die Union auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG daher „eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten" bleiben[18], in welcher die Mitgliedstaaten dauerhaft die „Herren der Verträge" seien[19]. Die Übertragung einer Kompetenz-Kompetenz auf die Union sei ebenso unzulässig wie eine unwiderrufliche Hoheitsrechtsübertragung[20]. Dem kann man im Grundsatz zustimmen. Wenn das BVerfG die Autonomie der EU in diesem Zusammenhang allerdings auf eine Stufe mit der Autonomie der innerstaatlichen kommunalen Selbstverwaltung stellt[21], verfehlt es jedoch das Verständnis vom Wesen der europäischen Integration.

*bb) Die verfassungsrechtliche Aufladung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung*

Dem BVerfG ist jedoch insoweit beizupflichten, dass Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG nur die Übertragung hinreichend bestimmter Hoheitsrechte erlaubt[22]; eine Blankettermächtigung zur Ausübung öffentlicher Gewalt darf der EU nicht erteilt werden[23]. Das BVerfG sieht daher das unionsrechtliche Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) als Prinzip an, das sich auch aus dem deutschen Verfassungsrecht speist[24]. Zur Wahrung nicht zuletzt dieses Prinzips ist Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG nicht allein auf formelle Vertragsänderungen anwendbar, sondern auch auf immanente Vertragsänderungen, die kein innerstaatliches Ratifikationsverfahren vorsehen. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG bei der künftigen Anwendung der allgemeinen Brückenklausel des Art. 47 Abs. 7 AEUV, die einen Übergang vom Einstimmigkeitserfordernis bei Abstimmungen im Rat hin zu Mehrheitsentscheidungen ermöglicht[25]. Die Zustimmung des deutschen Regierungsvertreters im Europäischen Rat zu einer Vertragsänderung nach Art. 48 Abs. 7 EUV darf nur auf der Grundlage eines vorherigen Gesetzes gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG erfolgen[26]. Dies soll nach Auffassung des BVerfG die vertraglich nicht vorgesehene Ratifikation der Vertragsänderung durch die nationalen Parlamente kompensieren. Daneben soll Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG einschlägig sein bei immanenten Kompetenzausweitungen der EU im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3, Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 lit. d, Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV)[27] sowie beim Gebrauchmachen von Art. 352 AEUV[28]. In diesen Fällen, so das BVerfG, darf die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat zu einem EU-Rechtsetzungsvorschlag nur erfolgen, sofern er

[14] Kritisch auch *Fiebelkorn/Janz*, NWVBl. 2009, 449 (454); *Terhechte*, EuZW 2009, 724 (726).
[15] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 216 – Lissabon.
[16] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 223 – Lissabon.
[17] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 228 – Lissabon.
[18] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 229 – Lissabon.
[19] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 231 – Lissabon.
[20] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 233 – Lissabon.
[21] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 231 – Lissabon.
[22] BVerfGE 89, 155 (187) – Maastricht.
[23] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 236 – Lissabon.
[24] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 234 – Lissabon.
[25] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 319, 414 – Lissabon.
[26] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 319 – Lissabon.
[27] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 419 – Lissabon.
[28] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 328, 417 – Lissabon.

zuvor durch Gesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG hierzu ermächtigt worden ist[29].

Im Hinblick auf die so genannte Flexibilitätsklausel des Art. 352 Abs. 1 S. 1 AEUV, wonach die EU rechtsetzend tätig werden darf, sofern und soweit dies erforderlich ist, um eines der Ziele der Unionsverträge (EUV, AEUV) zu verwirklichen und im übrigen Vertragsrecht die hierfür notwendigen Befugnisse nicht vorgesehen sind, unterliegt die Argumentationsführung des BVerfG allerdings Bedenken. Wenn der Rat mit Zustimmung des Parlaments einen Rechtsakt auf der Grundlage von Art. 352 AEUV erlässt, übt er eine ihm durch den AEU-Vertrag mit dieser Bestimmung zugewiesene Befugnis aus[30]. Insofern geht das Gericht systematisch fehl, wenn es ausführt, dass Art. 352 AEUV das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung lockere[31]. Auch wenn die Fassung, welche die Bestimmung durch den Vertrag von Lissabon erhalten hat, die Vertragsabrundungskompetenz nicht mehr nur wie Art. 308 EGV a.F. auf die Verwirklichung der Ziele des Gemeinsamen Marktes beschränkt, handelt es sich dennoch nicht um eine Blankettermächtigung[32]. Das BVerfG ist gleichwohl der Auffassung, dass die Bestimmung es gestatte, die „Vertragsgrundlagen der EU substantiell zu ändern, ohne dass über die mitgliedstaatlichen Exekutiven hinaus gesetzgebende Organe konstitutiv beteiligt werden müssen". Da das Ausweitungsgesetz Beteiligungsrechte des Bundestags bei den durch den Lissabon-Vertrag eröffneten Möglichkeiten zu immanenten Vertragsänderungen nicht vorsieht, verstößt es nach Auffassung des BVerfG gegen Art. 38 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 GG.

*b) Die Wahrung der innerstaatlichen Demokratie*

Bereits in seinem Maastricht-Urteil hatte das BVerfG die Weiterentwicklung der EU davon abhängig gemacht, „dass die demokratischen Grundlagen der Union schritthaltend mit der Integration ausgebaut werden und auch im Fortgang dieser Integration in den Mitgliedstaaten eine lebendige Demokratie erhalten bleibt"[33]. Im Zuge der europäischen Integration dürfen, so das BVerfG, innerstaatliche Wahlen daher nicht dadurch ihrer demokratischen Legitimation beraubt werden, dass sie der Hervorbringung eines Parlaments dienen, dem kaum noch Kompetenzen zur Ausübung verblieben sind[34]. Vielmehr muss der Bundestag eigene Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischem Gewicht behalten oder die ihm politisch verantwortliche Bundesregierung maßgeblichen Einfluss auf die europäische Entscheidungsfindung ausüben[35]. In seiner Lissabon-Entscheidung identifiziert das BVerfG nunmehr wesentliche Bereiche, in denen Deutschland ein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse auf Dauer verbleiben müsse[36]. Zu wesentlichen Bereichen demokratischer Gestaltung gehören nach Ansicht des BVerfG unter anderem die Staatsbürgerschaft, das zivile und militärische Gewaltmonopol, Einnahmen und Ausgaben einschließlich der Kreditaufnahme sowie die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Eingriffstatbestände, vor allem bei intensiven Grundrechtseingriffen wie dem Freiheitsentzug in der Strafrechtspflege oder bei Unterbringungsmaßnahmen. Zu diesen bedeutsamen Sachbereichen gehören auch kulturelle Fragen wie die Verfügung über die Sprache, die Gestaltung der Familien- und Bildungsverhältnisse, die Ordnung der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit oder der Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis[37]. Als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates gelten, so das BVerfG, Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht, die Verfügung über das Gewaltmonopol polizeilich nach innen und militärisch nach außen, die fiskalischen Grundentscheidungen über Einnahmen und – gerade auch sozialpolitisch motivierte – Ausgaben der öffentlichen Hand, die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen sowie kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen etwa im Familienrecht, Schul- und Bildungssystem oder über den Umgang mit religiösen Gemeinschaften. Eine vertiefte Begründung, warum einem demokratischen Verfassungsstaat gerade diese Bereiche im Wesentlichen vorbehalten bleiben sollen, bleibt das Gericht leider schuldig. Allenfalls kann man einen Hinweis auf traditionelle Begründungszusammenhänge herauslesen, da es heißt, diese Bereiche seien „seit jeher" besonders sensibel[38]. Man kann mutmaßen, dass die Identifizierung der unübertragbaren Politikbereiche durch das BVerfG auf der Erwägung beruht, die genannten Bereiche könnten bei künftigen Integrationsschritten von Hoheitsrechtsübertragungen betroffen sein[39].

Unter Anlegung der von ihm selbst entwickelten Maßstäbe gelangt das BVerfG im Lissabon-Urteil zu der Erkenntnis, dass dem Bundestag ausreichende substantielle Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben. Dies gilt auch im Hinblick auf die sozialpolitischen Entscheidungsspielräume[40].

---

[29] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 328 – Lissabon.

[30] Vgl. EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759 Rn. 29 f. – EMRK-Beitritt.

[31] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., NJW 2009, S. 2267 Rn. 326 – Lissabon.

[32] *Ruffert*, DVBl. 2009, 1197 (1201); *Terhechte*, EuZW 2009, 724 (728); anders aber BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 328 – Lissabon; zustimmend *Classen*, JZ 2009, 881 (884).

[33] BVerfGE 89, 155, 213 – Maastricht.

[34] BVerfGE 89, 155 (172, 182, 186, 207 ff.) – Maastricht.

[35] BVerfGE 89, 155 (207) – Maastricht; BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 245 – Lissabon.

[36] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 249 – Lissabon; kritisch hierzu *Nettesheim*, NJW 2009, 2867 (2868).

[37] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 249 – Lissabon.

[38] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 252 – Lissabon.

[39] *Schorkopf*, EuZW 2009, 718 (721).

[40] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 392 – Lissabon.

*c) Die demokratische Ausgestaltung der EU*

*aa) Die demokratische Legitimation der EU*

Die Strukturicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG macht die deutsche Mitwirkung an der EU davon abhängig, dass die Union dem Demokratieprinzip verpflichtet ist. Das BVerfG verlangt dabei freilich keine vollständige strukturelle Kongruenz der europäischen Unionsordnung mit dem Grundgesetz. Das Lissabon-Urteil zitiert vielmehr den Begriff der „strukturellen Kompatibilität“[41]. Der gegenüber einem Mitgliedstaat andersartigen Struktur der EU und der unterschiedlichen Verfassungstraditionen der anderen Mitgliedstaaten ist bei der Konkretisierung der Anforderungen Rechnung zu tragen. Die Demokratie der EU muss nicht staatsanalog ausgestaltet sein[42]. Nach Ansicht des BVerfG genügt derzeit grundsätzlich die über die nationalen Parlamente und Regierungen vermittelte Legitimation der Mitgliedstaaten aus, die ergänzt und abgestützt wird durch das unmittelbar gewählte Europäische Parlament[43].

*bb) Die Integrationsverantwortung der deutschen Verfassungsorgane*

Da sich die demokratische Legitimation der EU nach Auffassung des BVerfG im Wesentlichen aus den mitgliedstaatlichen Demokratien speist, obliegt den deutschen Verfassungsorganen eine dauerhafte Integrationsverantwortung, die darauf gerichtet ist, dass die EU demokratischen Grundsätzen im Sinne von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG entspricht[44]. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen nimmt das BVerfG daher in bestimmten Fällen Weisungsrechte von Bundestag und Bundesrat gegenüber dem deutschen Regierungsvertreter im Rat an. Dies gilt etwa für die so genannten Notbremsemechanismen (Art. 48 Abs. 2, Art. 82 Abs. 3, Art. 83 Abs. 3, Art. 86 Abs. 1 UAbs. 2 und UAbs. 3, Art. 87 Abs. 3 UAbs. 2 und UAbs. 3 AEUV). So kann ein Mitglied des Rates oder eine bestimmte Anzahl von Ratsmitgliedern beantragen, dass mit einem Entwurf eines Gesetzgebungsakts der Europäische Rat befasst wird, der seinerseits nur einstimmig agieren darf (vgl. Art. 15 Abs. 4 EUV). Da sich die Ausübung dieser Notbremsekompetenzen nach Auffassung des BVerfG in ihrer Bedeutung einer Vertragsänderung nähern, verlangt sie nach einer entsprechenden Ausübung der Integrationsverantwortung der innerstaatlichen Gesetzgebungsorgane. Nur auf diese Weise lasse sich das grundgesetzlich notwendige Maß an demokratischer Legitimation über die mitgliedstaatlichen Parlamente gewährleisten[45]. Im Rahmen der Notbremseverfahren darf der deutsche Regierungsvertreter im Rat daher nur beantragen, den Europäischen Rat zu befassen, wenn der Bundestag ihn hierzu durch einen Beschluss angewiesen hat[46]. Sind im Schwerpunkt Bereiche betroffen, die innerstaatlich entweder in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen oder in denen eine Bundesgesetzgebungskompetenz besteht, ein Bundesgesetz aber der Zustimmung des Bundesrates bedarf, darf der deutsche Ratsvertreter einen Antrag nur stellen, sofern ein entsprechender Beschluss des Bundesrates vorliegt. Da das Ausweitungsgesetz auch insoweit keine Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat vorsah, erkannte das BVerfG auch hierin einen Verstoß gegen Art. 38 Abs. 1 GG.

*3. Der verfassungsgerichtliche Schutz der bundesdeutschen Verfassungsidentität*

Wie bereits im Maastricht-Urteil nimmt das BVerfG im Lissabon-Urteil für sich in Anspruch zu überprüfen, ob der unantastbare Kerngehalt des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist[47]. So soll insbesondere überprüft werden, ob infolge des Handelns europäischer Organe die in Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG verletzt werden. Diese Kontrolle durch das BVerfG kann dazu führen, dass Unionsrecht in Deutschland für unanwendbar erklärt wird. Dies durchbricht den grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Europäischen Unionsrechts gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten. Das BVerfG rechtfertigt diese Durchbrechung mit der Erwägung, dass es sich um einen Vorrang kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung handele[48]. Anders als der EuGH, der den Anwendungsvorrang aus dem Unionsrecht selbst ableitet[49], begründet das BVerfG ihn aus dem Grundgesetz heraus. Der in den innerstaatlichen Zustimmungsgesetzen zu den Unionsverträgen liegende Rechtsanwendungsbefehl erstreckt sich auf diese unionsrechtliche Verpflichtung, den Anwendungsvorrang herbeizuführen, und bewirkt ihn damit konstitutiv[50].

*a) Die Identitätskontrolle*

Aufgrund dieses verfassungsrechtlich fundierten Anwendungsvorrangs kann nach Ansicht des BVerfG das Unionsrecht im Kollisionsfall keinen Vorrang vor dem grundgesetz-

[41] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 266 – Lissabon.
[42] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 272 – Lissabon.
[43] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 262 – Lissabon.
[44] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 245 – Lissabon.
[45] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 365 – Lissabon.
[46] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 418 – Lissabon.
[47] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 240 – Lissabon.
[48] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 332 – Lissabon.
[49] EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (1269) – Costa/ENEL.
[50] BVerfGE 73, 339 (374 f.) – Solange II.

lich abgesicherten Kerngehalt der Verfassungsidentität gemäß Art. 79 Abs. 3 GG haben[51].

*b) Die ultra-vires-Kontrolle*

Neben die Identitätskontrolle stellt das BVerfG die ultra-vires-Kontrolle. Wie schon in seinem Maastricht-Urteil behält sich das BVerfG im Lissabon-Urteil eine Kontrolle darüber vor, ob die Rechtsakte der EU noch von den jeweiligen innerstaatlichen Zustimmungsgesetzen zu den Unionsverträgen gedeckt sind. Würde sich das sekundäre Unionsrecht, also das von den EU-Organen erlassene Recht jenseits der konsentierten Grundlage bewegen, wären die deutschen Staatsorgane gehindert, diese Rechtsakte anzuwenden[52]. Diesen Ausführungen liegt die so genannte „Brückentheorie" zugrunde. Das von den Unionsorganen erlassene Recht dringt über die „Brücke" des deutschen Zustimmungsgesetzes in die deutsche Rechtsordnung ein und gewinnt dadurch seinen Vorrang vor innerstaatlichem Recht[53]. Dort, wo diese Brücke nicht trägt, weil es sich um einen ultra-vires-Akt handelt, soll das Unionsrecht jedenfalls in Deutschland keine Rechtsverbindlichkeit entfalten[54]. Jenseits der Einwände, dass die Unanwendbarerklärung eines Unionsrechtsaktes in Deutschland die Funktionsfähigkeit der EU massiv gefährden würde[55], vernachlässigt das BVerfG bei seinen Überlegungen zudem, dass die Vertragsparteien die Überwachung der Verträge und der auf ihnen beruhenden Rechtsakte der Union bewusst einer europäischen Gerichtsinstanz, dem EuGH, übertragen haben. Die Zurücknahme des ausschließlichen Herrschaftsanspruchs der innerstaatlichen Rechtsordnung gilt für alle Verfassungsorgane, auch für das BVerfG selbst. Die Wächterfunktion des BVerfG kann sich daher allenfalls auf die Überprüfung erstrecken, ob die Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich die verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Union eingehalten hat. Seine Kontrollbefugnis greift erst, wo der einer Hoheitsübertragung verschlossene Bereich gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG beginnt, d.h. die Grenze des Übertragbaren überschritten wird. Das BVerfG hat seine ultra-vires-Kontrollbefugnis im Lissabon-Urteil allerdings nicht nur auf den Kerngehalt der Verfassungsidentität beschränkt. Dies erscheint inkonsequent, da es zu unterschiedlichen Prüfungsmaßstäben führt. Auch wenn das BVerfG im Lissabon-Urteil zwischen der ultra-vires-Kontrolle und der Identitätskontrolle unterscheidet, muss sich auch die ultra-vires-Kontrolle konsequenterweise auf die Wahrung des integrationsfesten Verfassungskerns beschränken und erweist sich somit als Unterfall der verfassungsgerichtlichen Identitätskontrolle.

*c) Die prozessuale Einkleidung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle*

Einem Fachgericht ist es nach Auffassung des BVerfG verwehrt, einen Unionsrechtsakt eigenverantwortlich zu verwerfen oder nicht anzuwenden, selbst wenn es den integrationsfesten Kern des Grundgesetzes angetastet sähe. Vielmehr ist es nach den Grundsätzen der Solange-Rechtsprechung in analoger Anwendung des konkreten Normenkontrollverfahrens gemäß Art. 100 Abs. 1 GG verpflichtet, die Frage nach der innerstaatlichen Verbindlichkeit des fraglichen Unionsrechtsakts dem BVerfG vorzulegen[56]. Sein diesbezügliches Entscheidungsmonopol hebt das BVerfG im Lissabon-Urteil ausdrücklich hervor[57]. Eine Überprüfung von EU-Rechtsakten am Maßstab des unantastbaren Verfassungskerns kann jedoch nicht allein im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle erfolgen, sondern nach Ansicht des BVerfG auch in anderen Verfahren, etwa einer abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG), einem Organstreit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG), einem Bund-Länder-Streit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG) oder einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG). Denkbar sei, so das Gericht, de lege ferenda auch die Einführung eines speziellen auf die bundesverfassungsgerichtliche ultra-vires- und Identitätskontrolle zugeschnittenen Verfahrens[58].

## III. Fazit

Das Lissabon-Urteil lässt aus seinem gesamten Duktus darauf schließen, dass es mit dem Anspruch antritt, die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Mitwirkung Deutschlands an der EU grundlegend neu zu formulieren. Dies gelingt ihm nur unvollkommen. In zentralen Fragen schreibt es die bisherige Rechtsprechung, insbesondere des Maastricht-Urteils, lediglich fort. Dort, wo es versucht, neue Akzente zu setzen, wirkt das Urteil unter Verfehlung des Wesens der europäischen Integration[59] merkwürdig rückwärtsgewandt und staatszentriert[60]. Dies gilt etwa für die Passagen, in welchen es die europäische Integration in ihrem Charakter mit der kommunalen Selbstverwaltung vergleicht[61] oder die EU als politischen Sekundärraum qualifiziert[62]. Gleichwohl oder vielleicht gerade deshalb wird die rechtswissenschaftliche Dis-

[51] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 332 – Lissabon.

[52] BVerfGE 89, 155 (188, 210) – Maastricht; BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 240, 338 – Lissabon.

[53] Vgl. *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. 7, 1. Aufl. 1993, § 183 Rn. 64 f.

[54] *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. 7, 1. Aufl. 1993, § 183 Rn. 65; ebenso *Rupp*, JZ 1998, 213 (214).

[55] *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (297); *Isensee*, in: Burmeister (Hrsg.), FS Stern, 1997, S. 1239 (1242).

[56] Vgl. BVerfGE 37, 271 (285 ff.) – Solange I; a.A. *Gärditz/Hillgruber*, JZ 2009, 872 (874).

[57] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 241 – Lissabon.

[58] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 241 – Lissabon; dazu *Ruffert*, DVBl. 2009, 1197 (1206 f.); skeptisch *Sauer*, ZRP 2009, 195 (197 f.).

[59] Vgl. auch *Terhechte*, EuZW 2009, 724 (728).

[60] *Terhechte*, EuZW 2009, 724 (731).

[61] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 231 – Lissabon.

[62] BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. = NJW 2009, 2267 Rn. 301 – Lissabon.

kussion der kommenden Jahre um dieses ausufernd wortreiche Urteil[63] kreisen. Der deutsche Gesetzgeber hat umgehend auf das Lissabon-Urteil des BVerfG und die Nichtigerklärung des Ausweitungsgesetzes reagiert und die Grundzüge der höchstrichterlichen Rechtsprechung nachgezeichnet, indem er die vom BVerfG eingeforderten Beteiligungsrechte von Bundestag und Bundesrat im Integrationsverantwortungsgesetz vom 22.9.2009 (IntVG)[64] formuliert hat. Ob die dadurch in einigen Fällen notwendig werdende parlamentarische Rückkopplung der Entscheidungen der deutschen Regierungsvertreter im Rat die Integrationsfähigkeit Deutschlands wesentlich beeinträchtigen[65] und Entscheidungsprozesse auf europäischen Ebene merklich verlangsamen wird[66], muss die künftige Praxis zeigen. Auch mag man darüber streiten, ob es sich bei den parlamentarischen Beteiligungsrechten, etwa bei der Ausübung der Kompetenzen nach Art. 352 AEUV, um einen systemwidrigen Einbruch der Legislative in den bisherigen Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung bei der Wahrnehmung der auswärtigen Gewalt handelt. Das Lissabon-Urteil verdeutlicht jedenfalls, dass die deutsche Integrationsgewalt gemäß Art. 23 GG nicht mehr den herkömmlichen verfassungsrechtlichen Regeln für die auswärtige Gewalt folgt. Ob das BVerfG, indem es integrationsfeste, d.h. einer Übertragung nicht zugängliche Politikbereiche formuliert, künftige Integrationsschritte Deutschlands unmöglich macht, darf bezweifelt werden. Das Lissabon-Urteil selbst hat nicht Teil am Schutz des unantastbaren Verfassungskerns und ist der späteren Überprüfung und gegebenenfalls Revision durch eine künftige Generation von Bundesverfassungsrichtern durchaus zugänglich.

*Prof. Dr. Andreas Haratsch, Hagen*

[63] Vgl. auch *Oppermann*, EuZW 2009, 473.
[64] Gesetz über die Wahrnehmung der Integrationsverantwortung des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der EU (Integrationsverantwortungsgesetz – IntVG) v. 22.9.2009, BGBl. 2009 I, 3022; geänd. BGBl. 2009 I, 3822.
[65] Vgl. dazu *Pache*, EuGRZ 2009, 285 (295 f.).
[66] Mögliche Verzögerungen begrüßend *Gärditz/Hillgruber*, JZ 2009, 872 (880).

**E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g**

**Verstoß gegen den Richtervorbehalt – Gewährleistung eines richterlichen Eildienstes zur Nachtzeit**

**1. Ein richterlicher Bereitschaftsdienst ist auch für die Nachtzeit i.S.d. § 104 Abs. 3 StPO einzurichten, wenn hierfür ein praktischer Bedarf besteht, der über den Ausnahmefall hinausgeht und andernfalls die Regelzuständigkeit des Richters nicht mehr gewahrt ist.**

**2. Verstößt die Landesjustizverwaltung gegen ihre Verpflichtung, die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters auch in der Nachtzeit zu gewährleisten, so können die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug nicht angenommen werden. Ordnen die nichtrichterlichen Strafverfolgungsbehörden dennoch eine Durchsuchung unter Annahme von Gefahr im Verzug an, so liegt ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt vor, der eine Nichtverwertbarkeit der dabei aufgefundenen Beweismittel nach sich ziehen kann. (Nichtamtliche Leitsätze)**

GG Art. 13 Abs. 2; StPO §§ 104 Abs. 3, 105 Abs. 1 S. 1, 344 Abs. 2 S. 2

*OLG Hamm, Urt. v. 18.8.2009 – 3 Ss 293/08*

## I. Sachverhalt

A ist mit einem Nachtsichtgerät auf dem Kopf und in Begleitung seiner Freundin C unterwegs. Um 1.01 Uhr wird er von Polizeibeamten der Kreispolizeibehörde kontrolliert. Bei der Überprüfung der Personalien stellen die Polizisten fest, dass A stark nach Cannabis riecht. Im Verlauf der sich daran anschließenden Durchsuchung seines Rucksacks finden die Polizeibeamten ein Etui mit Marihuana, zwei Klemmverschlusstüten mit Marihuana, 13 weitere Klemmtüten ohne Inhalt sowie zwei Tüten mit Hanfsamen. Daraufhin erfolgt eine Sicherstellung dieser Funde. Nach Rücksprache mit der Leitdienststelle, die Kontakt zum Eildienstdezernenten der Staatsanwaltschaft aufgenommen hat, ordnet Polizeikommissar T aufgrund „Gefahr im Verzug“ die Durchsuchung des in der elterlichen Wohnung gelegenen Zimmers des A an. Zu diesem Zeitpunkt ist der amtsgerichtliche Eildienst bereits beendet. Im Übrigen ist zur fraglichen Uhrzeit im betreffenden Landgerichtsbezirk auch kein richterlicher Eildienst eingerichtet. Im Rahmen der Durchsuchung werden eine Platte Haschisch, mehrere einzeln verpackte Haschischbrocken, drei Tüten mit Marihuana, eine größere Anzahl leerer Verpackungseinheiten mit Betäubungsmittelanhaftungen sowie eine Feinwaage aufgefunden und sichergestellt. Insgesamt werden im Rucksack und im Zimmer des A 90,77 g Haschisch sichergestellt. Nunmehr stellt sich die Frage, ob diese – während der Zimmerdurchsuchung – vorgefundenen Betäubungsmittel bei der Urteilsfindung verwertet werden dürfen.

## II. Problemstellung

Ziel des Strafverfahrens ist es, eine auf der Wahrheit beruhende, gerechte gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Dies setzt voraus, dass der dem Strafverfahren zugrunde liegende Sachverhalt umfassend ermittelt und aufgeklärt wurde. Aus diesem Grund sieht die StPO zahlreiche strafprozessuale Grundrechtseingriffe vor, wie z.B. Durchsuchungen gem. §§ 102 ff. StPO oder die körperliche Untersuchung nach § 81a StPO. Allerdings darf die Sachverhaltsaufklärung in einem Rechtsstaat nicht grenzenlos erfolgen. Das bedeutet, die Wahrheit darf nicht um jeden Preis erforscht werden,[1] da eine vollständige Wahrheitsermittlung grundsätzlich in Konflikt mit dem Schutz individueller Rechte der von den strafprozessualen Grundrechtseingriffen betroffenen Personen geraten kann.

Richtervorbehalte, die eine vorbeugende Kontrolle der staatsanwaltlichen Ermittlungstätigkeit gewährleisten, gelten als ein Rechtsschutzmechanismus, um der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren Grenzen zu setzen.

Als weitere wesentliche Grenzen der Wahrheitserforschung werden die Beweisverbote angesehen, die entweder die Beweiserhebung als solche verbieten oder die Verwendung bestimmter Informationen im und für das Strafverfahren untersagen.

Im vorliegenden Kontext stellt sich die Frage, ob eine rechtsfehlerhafte Beweiserhebung vorliegt, wenn die grundsätzlich erforderliche richterliche Anordnung mangels richterlichen Bereitschaftsdienstes zur Nachtzeit nicht eingeholt werden konnte und der Richtervorbehalt damit faktisch leerläuft. Im Anschluss daran ist die Frage aufzuwerfen, ob ein gegebenenfalls festzustellender Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot auch ein Beweisverwertungsverbot auslöst.

Bevor jedoch die aufgeworfenen Fragen zu den Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten näher erörtert werden, ist zunächst die Funktion des Richtervorbehaltes zu beleuchten.

### *1. Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*

Nach der Konzeption der StPO ist die Staatsanwaltschaft „Herrin des Ermittlungsverfahrens“. Das bedeutet, ihr obliegt in diesem Verfahrensabschnitt die eigenständige Durchführung und Gestaltung des Ermittlungsverfahrens. Gem. § 162 Abs. 1 StPO muss die Staatsanwaltschaft allerdings die Vornahme gewisser strafprozessualer Grundrechtseingriffe beim Ermittlungsrichter beantragen, der gem. § 162 Abs. 2 StPO dann überprüft, ob die gestellten Anträge gesetzlich zulässig, d.h. materiell und formell rechtmäßig sind. Der Ermittlungsrichter greift in diesen Fällen also kontrollierend in die Verfahrenshoheit der Staatsanwaltschaft ein.

Da der Ermittlungsrichter – im Gegensatz zu den Strafverfolgungsbehörden – nicht unter dem psychologischen

[1] BGHSt 14, 358 (365); 31, 304 (309); 51, 285 (290); *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, Vor §§ 48-71 Rn. 20.

Druck steht, einen Täter präsentieren zu müssen[2] und er nicht in eigener Sache, sondern frei von Weisungen über einen von außen herangetragenen Sachverhalt entscheidet, kann von ihm am ehesten eine unvoreingenommene Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des strafprozessualen Grundrechtseingriffs – etwa der Durchsuchung gem. § 102 StPO – erwartet werden. Der Richtervorbehalt hat damit eine tatbestands- bzw. gesetzeswahrende Funktion und stellt somit eine besondere Form des vorbeugenden Rechtsschutzes dar. Der Grund für diese Beschränkung der staatsanwaltschaftlichen Verfahrenshoheit durch den vorbeugenden richterlichen Rechtsschutz besteht darin, dass der Beschuldigte bei strafprozessualen Grundrechtseingriffen aufgrund einer sog. Doppelbelastung einer erhöhten Schutzbedürftigkeit ausgesetzt ist. Der Betroffene wird zum einen durch den Vollzug der Maßnahme in seinen Grundrechten „an sich" strafprozessextern berührt, z.B. indem in sein Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung i.S.d. Art. 13 Abs. 1 GG durch eine Wohnungsdurchsuchung eingegriffen wird. Zum anderen können die durch diesen Grundrechtseingriff gewonnenen Informationen später im Strafverfahren prozessintern zu seinen Lasten verwendet werden.[3] Das bedeutet, dass der prozessexterne Grundrechtseingriff zusätzlich zu prozessinternen Belastungen führt, wie etwa eine auf Beweismittel gestützte Verurteilung. Diese Doppelbelastung ergibt sich für alle beweissichernden strafprozessualen Grundrechtseingriffe, und zwar unabhängig davon, ob neben dem einfachgesetzlichen Richtervorbehalt bereits eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur vorbeugenden richterlichen Mitwirkung existiert, wie etwa bei der Hausdurchsuchung gem. Art. 13 Abs. 2 GG.

Die vorbeugende richterliche Mitwirkung im Ermittlungsverfahren kann jedoch wertvolle Zeit in Anspruch nehmen, so dass ein schnelles Agieren der Strafverfolgungsbehörden unmöglich und die Wirksamkeit der strafprozessualen Grundrechtseingriffe gefährdet werden. Aus diesem Grund sehen viele strafprozessuale Grundrechtseingriffe zwar grundsätzlich einen Richtervorbehalt vor, berechtigen aber *ausnahmsweise* auch nichtrichterliche Strafverfolgungsorgane zur Anordnung der entsprechenden Maßnahme, wenn „Gefahr im Verzug" vorliegt. Gefahr im Verzug ist dabei anzunehmen, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg des jeweiligen strafprozessualen Grundrechtseingriffs vereiteln könnte.[4] Dies gilt indes nicht, wenn die nichtrichterlichen Strafverfolgungsorgane die tatsächlichen Voraussetzungen selbst herbeiführen, indem sie solange abwarten, bis die Gefahr eines Beweisverlustes gegeben ist und dann – ohne die Einschaltung eines Ermittlungsrichters – in eigenem Namen den Grundrechtseingriff anordnen.[5]

Liegen die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug vor, so ist darauf zu achten, dass nicht alle Eingriffsbefugnisse eine Ausnahmekompetenz für nichtrichterliche Strafverfolgungsorgane vorsehen, sondern einige Eingriffsmaßnahmen unter einem ausschließlichen Richtervorbehalt stehen. Dies gilt etwa für die Pressebeschlagnahme gem. § 97 Abs. 5 S. 2 StPO sowie den großen Lauschangriff gem. §§ 100c, 100d Abs. 1 StPO. Daneben gibt es zahlreiche strafprozessuale Grundrechtseingriffe, die zwar bei Gefahr im Verzug eine nichtrichterliche Anordnungskompetenz gewähren. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass einige dieser Ermittlungsbefugnisse bei Gefahr im Verzug nur von der Staatsanwaltschaft angeordnet werden dürfen (z.B. die Telefonüberwachung gem. §§ 100a, 100b StPO). Andere strafprozessuale Grundrechtseingriffe sehen dagegen bei Gefahr im Verzug sowohl für die Staatsanwaltschaft als auch für ihre Ermittlungspersonen i.S.d. § 152 Abs. 2 GVG[6] eine Anordnungskompetenz vor, etwa die Durchsuchung gem. §§ 102, 105 StPO oder die körperliche Untersuchung gem. § 81a StPO.

Die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug sind eng auszulegen, um sicherzustellen, dass eine nichtrichterliche Anordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe nur in Ausnahmefällen erfolgt. Reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf kriminalistische Alltagserfahrungen gestützte, fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus, um die Gefahr eines Beweismittelverlustes zu begründen.[7] Erforderlich sind vielmehr konkrete Anhaltspunkte dafür, dass bestimmte Beweismittel aufgrund der zeitlichen Verzögerung vernichtet werden könnten.

In der hier zu besprechenden Entscheidung stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug angenommen werden können, wenn zwar ein Beweismittelverlust droht, dies aber nur deswegen der Fall ist, weil der betreffende Landgerichtsbezirk nicht über einen nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienst verfügt. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass das BVerfG mit seinem wegweisenden Urteil vom 20.2.2001[8] klargestellt hat, dass die Landesjustizverwaltungen sicherzustellen haben, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam werden müsse und die Voraussetzungen für eine tatsächlich wirksame präventive richterliche Kontrolle zu schaffen seien, insbesondere durch die bedarfsabhängige Einrichtung von Bereitschaftsdiensten in der Nachtzeit.[9] Dies

[2] *Prechtel*, Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter, 1995, S. 131; *Brüning*, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005, S. 113; vgl. auch *Hüls*, ZIS 2009, 160 (161).

[3] *Ostendorf/Brüning*, JuS 2001, 1063 (1065); *Brüning*, ZIS 2006, 29 (30); vgl. auch *Amelung*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. 4, S. 911 (930).

[4] BVerfGE 51, 97 (111); *Nack*, in: Hannich (Fn. 1), § 98 Rn. 13.

[5] BVerfGE 103, 142 (155); BVerfG NJW 2005, 1637 (1638); vgl. auch *Nelles*, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung, 1980, S. 162 ff.

[6] Dies sind regelmäßig alle Polizisten mit Ausnahme der untersten und obersten Dienstgrade.

[7] BVerfGE 103, 142 (155); BayObLG NVZ 2003, 148 (149).

[8] BVerfGE 103, 142 ff.

[9] BVerfGE 103, 142 (152, 156); BVerfG NJW 2005, 1637 (1638); vgl. auch NJW 2004, 1442.

wurde in einem Kammerbeschluss vom 10.12.2003[10] noch einmal deutlich herausgestrichen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das BVerfG in der bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 2001 betont hat, dass es sich bei dem Begriff „Gefahr im Verzug" um einen unbestimmten Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum handelt, der einer vollen gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist. Daher sind die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen verpflichtet, vor oder zumindest unmittelbar nach der Anordnung ihre Erkenntnisse, die sie zur Annahme von Gefahr im Verzug veranlasst haben, in der Ermittlungsakte zu dokumentieren, um eine spätere gerichtliche Überprüfung gewährleisten zu können.[11]

Problematisch ist allerdings, welche Konsequenzen eine rechtsfehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug auslöst. Insbesondere ist fraglich, ob die auf diese Weise erlangten Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

*2. Beweisverbote*

Die Beweisverbote gliedern sich in Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote.

Während die Beweiserhebungsverbote die Art und Weise einer Beweiserhebung oder die Beweiserhebung als solche verbieten, untersagen die Beweisverwertungsverbote die Verwendung einer bestimmten, durch die Beweiserhebung zuvor gewonnenen Information im Gerichtsprozess.

*a) Beweiserhebungsverbote*

Gemeinhin unterscheidet man folgende Beweiserhebungsverbote: Beweisthemen-, Beweismethoden- und Beweismittelverbote.[12]

Während Beweisthemenverbote die Aufklärung bestimmter Sachverhalte untersagen (z.B. dürfen gem. § 51 Abs. 1 BZRG getilgte Vorstrafen dem Betroffenen im Rechtsverkehr nicht mehr vorgehalten und nicht zu seinem Nachteil verwertet werden), verbieten die Beweismethodenverbote eine bestimmte Art und Weise der Wahrheitsermittlung, etwa die Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden gem. § 136a Abs. 1 StPO.

Die Beweismittelverbote schließen bestimmte sachliche wie auch persönliche Beweismittel von einer an sich zulässigen Beweiserhebung aus. Dies gilt etwa für Zeugen, die von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gem. §§ 52, 53 StPO Gebrauch machen. Hierunter fällt aber auch die Gewinnung von Beweismitteln, deren Anordnung und Durchführung von der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen abhängig ist, etwa der Einhaltung einer – hier virulenten – richterlichen Anordnung.

*b) Beweisverwertungsverbote*

Man unterscheidet zunächst zwischen selbständigen und unselbständigen Beweisverwertungsverboten.

Selbständige Beweisverwertungsverbote bestehen unabhängig von einem Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot. Dies gilt etwa für Zufallsfunde im Rahmen der Telefonüberwachung gem. § 100d Abs. 5 StPO, deren Informationsgewinnung zwar grundsätzlich rechtmäßig ist, die aber dennoch nicht verwertet werden dürfen, wenn es sich nicht um eine Katalogtat i.S.d. § 100a Abs. 1 StPO handelt.

Unselbständige Beweisverwertungsverbote setzen dagegen den Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot voraus. Allerdings löst nicht jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot automatisch ein Beweisverwertungsverbot aus. Eine allgemeine Regel, wann die Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes zu einem Beweisverwertungsverbot führt, konnte bisher nicht entwickelt werden.[13] Dies gilt insbesondere für die Missachtung des Richtervorbehalts bei einer rechtsfehlerhaften Annahme von Gefahr im Verzug.[14]

Die Rechtsprechung und die überwiegende Ansicht im Schrifttum beantworten die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot vorliegt, einzelfallabhängig auf Grundlage der sog. Abwägungslehre.[15] Entscheidungsrelevante Kriterien sind das Interesse des Staates an der Tataufklärung einerseits und das rechtlich geschützte Interesse des Betroffenen an der Wahrung seiner Individualrechtsgüter andererseits. Im Rahmen der Abwägung ist vor allem die Schwere der zu erforschenden (mutmaßlichen) Tat und die Intensität bzw. das Gewicht des Verfahrensverstoßes für die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen zu berücksichtigen. Insbesondere die bewusste und zielgerichtete Umgehung des Richtervorbehalts bzw. die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug können danach ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen. Auch die besondere verfassungsrechtliche Bedeutung eines Richtervorbehalts kann im Rahmen der Abwägung von Bedeutung sein. Darüber hinaus kann in die Abwägung mit einfließen, ob das Beweismittel auch hätte rechtmäßig gewonnen werden können. Insoweit wird teilweise der sog. „hypothetische Ermittlungsverlauf" berücksichtigt. Ein Beweisverwertungsverbot müsste hiernach – insbesondere im Zusammenhang mit der Missachtung von Richtervorbehalten – verneint werden, wenn die materiellen Eingriffsvoraussetzungen tatsächlich vorlagen, der Richter die Maßnahme also angeordnet hätte, wäre ihm der Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt worden.[16]

[10] BVerfG NJW 2004, 1442.

[11] BVerfGE 103, 142 (159 f.).

[12] Die Differenzierung zwischen den Fallgruppen dient dabei lediglich der Veranschaulichung. Rechtliche Erkenntnisse lassen sich daraus nicht gewinnen, vgl. dazu *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 337.

[13] *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 457.

[14] Zum Meinungsspektrum speziell dieser Konstellation vgl. dazu ausführlich *Brüning*, HRRS 2007, 250 (251 f.).

[15] BGHSt 19, 325 (329); 31, 304 (307); 38, 214 (320); 51, 284 (290); *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (31).

[16] Vgl. dazu *Brüning* (Fn. 2), S. 217; *dies.*, HRRS 2007, 250 (252 f.). Ferner ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des BGH der verteidigte Angeklagte der verbotenen Beweisverwertung grundsätzlich durch seinen Verteidiger widersprechen muss, und zwar bis zum in § 257 Abs. 2 StPO bezeichneten Zeitpunkt, d.h. spätestens nach der konkreten Beweiserhebung, vgl. dazu BGHSt 42, 15 (22); OLG Hamburg NZV 2009, 90 (91).

### III. Die Entscheidung

Das OLG Hamm stellt zunächst fest, dass die Durchsuchung des Zimmers des Angeklagten unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt gem. Art. 13 Abs. 2 GG, § 105 Abs. 1 StPO erfolgt und daher rechtswidrig sei. Aus der Regelzuständigkeit des Richters gem. Art. 13 Abs. 2 GG folge die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gerichte, die Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters, auch durch die Einrichtung eines Not- oder Eildienstes zu gewährleisten.[17] Ein nächtlicher Bereitschaftsdienst sei allerdings erst dann erforderlich, wenn hierfür ein praktischer Bedarf bestehe und anderenfalls die Regelzuständigkeit des Richters für die Anordnung von Maßnahmen, für die der Richtervorbehalt gilt, nicht mehr gewahrt sei.[18] Zwar konnte das Gericht – mangels entsprechender Erhebungen – seine Entscheidung nicht auf Zahlenmaterial stützen, das die Anzahl der nächtlichen Durchsuchungen belegt. Stattdessen rekurrierte das OLG Hamm auf die aufgezeichneten nächtlichen Blutprobenanordnungen und stellte auf der Basis dieses Zahlenmaterials fest, dass die Regelzuständigkeit des Richters ohne die Einrichtung eines Bereitschaftsdienstes in der Nachtzeit von 21.00 Uhr bis 6.00 Uhr nicht mehr sichergestellt werden könne. „Der Umstand, dass sich das verwendete Zahlenmaterial nur auf angeordnete Blutentnahmen, nicht aber speziell auf Wohnungsdurchsuchungen bezieht, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Denn insoweit findet auch nach dem Gesetz in Bezug auf die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters keine Differenzierung nach der Art der Maßnahme statt. Vielmehr ist dieser für sämtliche unter den Richtervorbehalt fallende Maßnahmen im Ermittlungsverfahren zuständig."[19]

Schließlich stellt das Gericht fest, dass der Verstoß gegen den Richtervorbehalt gem. Art. 13 Abs. 1 GG, § 105 Abs. 1 StPO im vorliegenden Fall zu einem Verwertungsverbot führe.[20] Zu diesem Ergebnis gelangt der *Senat* auf der Grundlage der oben dargestellten Abwägungstheorie. Im Rahmen dieser Abwägung berücksichtigt das Gericht zugunsten der Strafverfolgungsbehörden, dass dem durch das Betäubungsmittelstrafrecht geschützten Rechtsgut ein erhebliches Gewicht zukomme, weil es die Gesundheit sowohl des Einzelnen als auch der Bevölkerung im Ganzen schütze. Ferner wäre eine richterliche Durchsuchungsanordnung bei Erreichen eines Eildienstrichters erwirkt worden. Schließlich sei der Polizeibeamte T als Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft grundsätzlich bei Gefahr im Verzug zur Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung befugt gewesen, mit der Folge, dass der Verstoß gegen den Richtervorbehalt etwas geringer wiege als es der Fall gewesen wäre, wenn ihm als Polizeibeamter gesetzlich keinerlei Anordnungskompetenz zugestanden hätte.[21]

Zu Lasten der Strafverfolgungsbehörden falle dagegen ins Gewicht, dass dem verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt i.S.d. Art. 13 Abs. 2 GG besondere Bedeutung zukomme. Schließlich führt das OLG Hamm in aller Deutlichkeit aus, dass die Notwendigkeit der Einrichtung eines nächtlichen Bereitschaftsdienstes durch die Justizverwaltung unschwer hätte festgestellt werden können. Vor dem Hintergrund, dass das BVerfG im Jahre 2003 entschieden habe, dass ein nächtlicher richterlicher Bereitschaftsdienst einzurichten sei, sobald nächtliche Maßnahmen, für deren Anordnung der Richtervorbehalt gilt, nicht nur im Ausnahmefall anfallen, hätte die Justizverwaltung auf die Missstände reagieren und einen nächtlichen Bereitschaftsdienst einrichten müssen. „Angesichts dessen kann der oben geschilderte, sich nunmehr bereits über mehrere Jahre erstreckende Umgang der Justizverwaltung mit dem Richtervorbehalt nicht nur als ein einmaliges Versagen in der Organisation der Justizverwaltung eingestuft werden, sondern ist als eine grobe Fehlbeurteilung und nicht mehr vertretbare Missachtung der Bedeutung des Richtervorbehalts anzusehen, die zu der schwerwiegenden Folge führte, dass die zur Wahrung des Richtervorbehalts auf jeden Fall im Jahre 2007 objektiv erforderliche Einrichtung eines nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienstes unterblieb."[22]

### IV. Die Bewertung der Entscheidung

Das Urteil stellt – mit den Worten *Fromm*s – „eine besonders schmerzhafte Ohrfeige für die Justizverwaltung und die Strafverfolgungsorgane dar."[23] Es bringt eine wichtige Präzisierung für die Frage, unter welchen Umständen die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug angenommen werden können. Das klare Bekenntnis des OLG Hamm zur faktischen Geltung des Richtervorbehalts ist dabei uneingeschränkt zu begrüßen.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die rechtsschützende Wirkung des Richtervorbehalts in der Praxis nicht selten bestritten wird. Aufgrund der zahlreichen nichtrichterlichen Ausnahmekompetenzen besteht die Gefahr, dass das zwischen Richter und nichtrichterlichen Strafverfolgungsbehörden normierte Regel-Ausnahme-Verhältnis faktisch umgekehrt wird,[24] indem die nichtrichterlichen Strafverfolgungsorgane von der Tatbestandsvoraussetzung „Gefahr im Verzug" in großzügigem Umfang Gebrauch machen. Zwar haben das BVerfG sowie der BGH seit 2001 in mehreren Entscheidungen klare Grundsätze zur Stärkung des Richtervorbehalts aufgestellt.[25] Doch laufen diese Versuche, den Richtervorbehalt zu effektuieren leer, wenn in der Praxis sowohl die nichtrichterlichen Strafverfolgungsorgane als auch die Landes- und Oberlandesgerichte den höchsten deutschen Gerichten ihre Gefolgschaft verweigern.

[17] OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3110).
[18] OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3110).
[19] OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3111).
[20] OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3111).
[21] OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3111).
[22] OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3112 f.).
[23] *Fromm*, NZV 2009, 514.
[24] *Nelles* (Fn. 5), S. 179 f.; *Amelung*, NStZ 2001, 337; *Brüning* (Fn. 2), S. 195 ff.; *Hüls*, ZIS 2009, 160 (161).
[25] BVerfGE 103, 142 ff.; BVerfG NJW 2003, 2303 ff.; 2005, 1637 ff.; BGHSt 51, 285 ff.

Diese Tendenz war in jüngster Zeit speziell bei der Anordnung sog. Blutentnahmen gem. § 81a Abs. 2 StPO zu beobachten. Der kontinuierlich fließende Strom veröffentlichter Entscheidungen vermittelte den Anschein, dass die restriktiven Vorgaben des BVerfG zum Richtervorbehalt, die regelmäßig Entscheidungen zu Durchsuchungen zum Gegenstand hatten, auf die Blutentnahmen schlicht nicht übertragen wurden. Einige Landgerichte haben in Fällen, in denen ein Polizist (eine Ermittlungsperson i.S.d. § 152 Abs. 2 GVG) die Blutentnahme gem. § 81a StPO anordnete, ohne zuvor den Versuch unternommen zu haben, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen, dennoch die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug bejaht.[26] Andere Gerichte haben zwar eine rechtsfehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug angenommen, aber trotz eines festgestellten Verstoßes gegen den Richtervorbehalt, die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes abgelehnt.[27]

Die Reaktionen auf diese Rechtsprechung sind geteilt. Während sie von Praktikern mit Bezug zur Strafverfolgung mit Wohlgefallen aufgenommen werden[28], beklagen Verteidiger und Vertreter der Wissenschaft die Missachtung des Richtervorbehalts.[29] Und das zu Recht. Der gängigen Praxis, dass Blutentnahmen grundsätzlich von nichtrichterlichen Strafverfolgungsorganen angeordnet werden, ist Einhalt zu gebieten. Obgleich der Blutentnahme aufgrund des kontinuierlichen Abbaus des Alkohols im Blut eine sog. „dynamische Beweissituation“[30] zugrunde liegt, verbietet sich eine generelle Annahme von Gefahr im Verzug schon deshalb, weil die Blutentnahme durch einen Arzt durchgeführt werden muss, dessen Eintreffen ohnehin mit einer zeitlichen Verzögerung verbunden ist. Diese Zeit kann von den Ermittlungspersonen vor Ort genutzt werden, um die Staatsanwaltschaft zu informieren, die daraufhin eine telefonische richterliche Anordnung erwirken kann.[31] Dieser Befund ist so evident, dass selbst die Befürworter der zitierten Rechtsprechung ihn kaum leugnen und stattdessen für eine Abschaffung des Richtervorbehaltes bei der Blutentnahme votieren.[32]

Gleichwohl ist es denkbar, dass die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Blutentnahme vereiteln könnte und daher die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug ausnahmsweise vorliegen. Dabei stellt sich in Fällen der Blutentnahme dasselbe Problem wie im vorliegenden Fall, und zwar ob die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug auch dann angenommen werden können, wenn der Gerichtsbezirk über keinen Bereitschaftsdienst verfügt und die Regelzuständigkeit des Richters insbesondere zur Nachtzeit faktisch nie gewährleistet werden kann.

Diese Frage hat das OLG Hamm zu Recht verneint. Es besteht Einigkeit darüber, dass die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug nicht vorliegen, wenn die nichtrichterlichen Strafverfolgungsorgane diese tatsächlichen Voraussetzungen selbst herbeiführen, indem sie solange abwarten, bis die Gefahr eines Beweisverlustes gegeben ist und dann – ohne die Einschaltung eines Ermittlungsrichters – in eigenem Namen den Grundrechtseingriff anordnen. Richtet die Justizverwaltung keinen Bereitschaftsdienst ein, obgleich das Zahlenmaterial verdeutlicht, dass dies erforderlich ist, um die Regelzuständigkeit des Richters zu erhalten, so wird faktisch bewusst eine Situation herbeigeführt, in der die Gefahr eines Beweisverlustes entstehen kann. Die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug können dann nicht angenommen werden.

Dann aber stellt sich die Frage, ob diese rechtsfehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug auch ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht. Mit der vorliegenden Entscheidung hat das OLG Hamm unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass es den Ungehorsam[33] der Strafverfolgungsorgane gegenüber den Entscheidungen des Gesetzgebers und des BVerfG nicht duldet und hat folgerichtig ein Beweisverwertungsverbot angenommen, um die Regelzuständigkeit des Richters zu wahren. Insoweit schreibt die Entscheidung des OLG Hamm die jüngste Rechtsprechung des BGH fort, in Fällen bewusster Missachtung des Richtervorbehalts ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen. Die grobe Fehleinschätzung in Bezug auf die Notwendigkeit, einen nächtlichen Bereitschaftsdienst einzurichten, ist ein objektiv willkürliches Verhalten und begründet folglich einen groben Verstoß gegen die Verfahrensanforderungen. Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass das BVerfG bereits im Jahr 2001 zum ersten Mal angedeutet und im Jahr 2003 konkret gefordert hat, die richterliche Regelzuständigkeit durch die Einrichtung von Eil- und Notdiensten sicherzustellen und es sich damit „nicht mehr um eine ganz junge Entwicklung“[34] handelt.

Der Umstand, dass die Durchsuchung richterlich angeordnet worden wäre, hätte es einen nächtlichen Bereitschaftsdienst gegeben, muss dabei außer Acht gelassen werden.

[26] LG Hamburg NZV 2008, 213 (214); LG Braunschweig, Beschl. v. 4.1.2008 – 9 Qs 381/07.

[27] OLG Stuttgart NStZ 2008, 238 (239); OLG Bamberg NJW 2009, 2146 (2148); OLG Hamburg NJW 2008, 2597 (2600) mit Verweis auf die Widerspruchslösung; OLG Karlsruhe StV 2009, 516 (517); vgl. auch BVerfG NJW 2008, 3053 (3054); anders hingegen BVerfG NJW 2007, 1345 f.

[28] *Götz*, NStZ 2008, 238 f; *Ebner*, SVR 2009, 37 (39); *Blum*, SVR 2008, 441 ff.; *ders.*, SVR 2009, 172 ff.; *Laschewski*, NZV 2007, 582 f.; *Krumm*, ZRP 2009, 71 ff., der für eine Abschaffung des Richtervorbehalts bei der Blutentnahme plädiert; so auch *Brocke/Herb*, NStZ 2009, 671 ff.; *dies.*, StraFo 2009, 46 ff.

[29] *Prittwitz*, StV 2008, 486 ff.; *Fickenscher/Dingelstadt*, NJW 2009, 3473 ff.; *dies.*, NStZ 2009, 124 ff.; *Zopfs*, NJW 2009, 244 f.

[30] *Brocke/Herb*, NStZ 2009, 671 (672).

[31] Vgl. *Zopfs*, NJW 2009, 244 (245). Zu beachten ist, dass die Polizisten nicht berechtigt sind, einen Antrag auf richterliche Entscheidung gem. § 162 StPO zu stellen. Ist kein Staatsanwalt, aber gleichwohl ein Ermittlungsrichter erreichbar, so kann der Ermittlungsrichter als sog. „Notstaatsanwalt“ gem. § 165 StPO tätig werden.

[32] *Blum*, SVR 2009, 172 (173); vgl. auch *Krumm*, ZRP 2009, 71 ff.; *Brocke/Herb*, NStZ 2009, 671 ff.; *dies.*, StraFo 2009, 46 ff.

[33] So *Prittwitz*, StV 2008, 486 (494).

[34] OLG Hamm NJW 2009, 3109 (3111).

Denn durch eine bewusste Missachtung des Richtervorbehalts wird in besonders krasser Weise gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstoßen, mit der Folge, dass das Vertrauen der Bürger in die staatlichen Institutionen erschüttert wird. Soll das Strafrecht aber dazu beitragen, regellose Verhältnisse zu vermeiden sowie Willkür und Selbstjustiz zu verhindern, so würde sich der Staat in Widerspruch zu diesen Zielen setzen, wenn staatliche Organe in willkürlicher Weise ohne Konsequenzen gegen die Rechtsordnung verstoßen könnten. Der Staat verlöre unter diesen Umständen seine Glaubwürdigkeit als Hüter der Rechtsordnung, und zwar auch dann, wenn die Entscheidung materiell rechtmäßig war, weil die Maßnahme unter Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe hätte angeordnet werden können.[35]

Zweifel bestehen allerdings bei der Annahme des Gerichts, dass insbesondere der Verstoß gegen einen verfassungsrechtlich angeordneten Richtervorbehalt i.S.d. Art. 13 Abs. 2 GG ein Verwertungsverbot auslöst. Dieses Argument erweckt den Anschein, als würde ein Verstoß gegen einen einfachgesetzlichen Richtervorbehalt etwa bei einer Blutentnahme i.S.d. § 81a StPO oder Telefonüberwachung gem. §§ 100a, 100b StPO möglicherweise kein Beweisverwertungsverbot auslösen.

Der Richtervorbehalt entfaltet – wie bereits dargelegt – eine gesetzeswahrende Funktion. Diese Schutzfunktion ist aber aufgrund der oben beschriebenen Doppelbelastung für alle beweissichernden strafprozessualen Grundrechtseingriffe von Relevanz. Darüber hinaus ist zu beachten, dass den Verfassern des Grundgesetzes aufgrund der historischen Erfahrung zwar der Missbrauch von Wohnungsdurchsuchungen bekannt war, Eingriffsbefugnisse in die körperliche Integrität i.S.d. Art. 2 Abs. 2 GG, wie z.B. die Blutentnahme gem. §§ 81a, 81c StPO, jedoch erst später an Bedeutung gewonnen haben. Dies gilt insbesondere auch für die DNA-Identitätsfeststellung, die erst aufgrund des medizinischen Fortschritts Eingang in die StPO gefunden hat. Auch der im Hinblick auf Art. 10 Abs. 2 GG relevante Einsatz technischer Überwachungsmaßnahmen und der daraus resultierende Missbrauch war den Mitgliedern des Parlamentarischen Rates im Jahr 1949 noch nicht bekannt. Diese Überlegungen verdeutlichen, dass strafprozessuale Grundrechtseingriffe in Art. 13 GG – nach heutiger Erkenntnis – nicht schwerwiegender bzw. schützenswerter sind als strafprozessuale Maßnahmen, die andere Grundrechte tangieren. Aus der Tatsache, dass andere Grundrechte keinen verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt vorsehen, kann also kein Rückschluss für oder gegen die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes geschlossen werden.[36]

**V. Ausblick**

Für die Praxis ist zu hoffen, dass die Strömungen, die den Richtervorbehalt stärken wollen, neuen Aufwind erhalten und die erodierenden willkürlichen Annahmen von Gefahr im Verzug in Zukunft nachhaltige Konsequenzen in Form von Beweisverwertungsverboten auslösen werden.

Für die Ausbildung ist die Entscheidung in ihrer Eignung als Grundlage einer strafprozessualen Zusatzaufgabe von Bedeutung. Doch darin erschöpft sich ihr Potential nicht. Strafprozessuale Verfahrensverstöße lassen sich darüber hinaus in materiell-rechtliche Fragestellungen einkleiden, etwa indem nach der Strafbarkeit der Polizisten gefragt wird, die unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt eine Wohnung durchsuchen oder eine Blutentnahme durchführen. Hier kommt eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung, Freiheitsberaubung oder Hausfriedensbruch in Betracht. Sollte sich der Beschuldigte gegen diese rechtswidrige Beweiserhebung wehren, so ist im Regelfall eine Körperverletzung zu prüfen, und dabei insbesondere das Notwehrrecht gegen Akte hoheitlicher Gewalt zu problematisieren.[37] Darüber hinaus ist eine Strafbarkeit des Beschuldigten wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 StGB zu untersuchen. Große Bedeutung erlangt sowohl im Zusammenhang mit § 113 StGB als auch mit dem Notwehrrecht der nicht ganz unumstrittene strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff, der indes jüngst vom BVerfG bestätigt wurde.[38]

*Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg*

[35] *Brüning*, HRRS 2007, 250 (252).
[36] *Brüning*, HRRS 2007, 250 (254 f.).
[37] Vgl. dazu *Rönnau/Hohn*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 116 ff.
[38] BVerfG NVwZ 2007, 1180 ff.

**B u c h r e z e n s i o n**

***Claus-Wilhelm Canaris***, Handelsrecht, 24. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2006, 543 S., € 48,-

Land auf, Land ab hat das Handelsrecht für das Erste juristische Staatsexamen enorm an Bedeutung gewonnen. Dies manifestiert sich nicht zuletzt darin, dass selbst die Prüfungsämter im Norden Deutschlands seit der Reform der Juristenausbildung vor „echten" handelsrechtlichen Klausuren nicht (mehr) zurückschrecken. Kommissionsgeschäft und Kontokorrent können nicht mehr als scheinbare Exoten vernachlässigt werden. Für das Studium des Handelsrechts bedeutet dies, dass „Dünnbrettbohren" zum gewagten Spiel im Examen werden kann. Ebenso wenig ist dumpfes Auswendiglernen von Fakten gefragt, sondern vielmehr das Erarbeiten eines Systemverständnisses. Eine wertvolle Hilfestellung dabei gibt das hier zu besprechende Werk von *Canaris*.

Zum Buch selbst: Das Handelsrecht von *Canaris* ist seit Jahren ein Klassiker unter der handelsrechtlichen Ausbildungsliteratur und mit den Jahren gereift und gewachsen. Die 23. Auflage erschien noch in der Reihe „Juristische Kurz-Lehrbücher" aus dem Hause C.H. Beck, obwohl sie mit 634 Seiten bereits alles andere als kurz war. Mit der 24. Auflage ist das Werk nun sowohl inhaltlich als auch formal endgültig „erwachsen" geworden und in die Reihe „Große Lehrbücher" – besser bekannt als die „Grüne Reihe" – gewechselt. Doch nun zum Entscheidenden, zum Inhalt:

Gegenüber der 23. Auflage hat *Canaris* alle wesentlichen Partien des Buches überarbeitet und teilweise vertieft. Einer grundlegenden Revision hat er dabei die Passagen über den Unternehmenskauf (§ 8 II), den Handelskauf (§ 29) und die Kommission (§ 30) unterzogen. Sie sind weitgehend neu gefasst und zu Schwerpunkten ausgebaut worden. Ein weiteres Augenmerk legt *Canaris* auf die Darstellung der Auswirkungen der Änderungen des BGB durch die Schuldrechtsmodernisierung auf das Handelsrecht. Letzteres ist für Studierende besonders hilfreich, liegt doch eine wesentliche Herausforderung beim Verstehen des Handelsrechts als dem Sonderrecht der Kaufleute bzw. Unternehmen in seiner Verzahnung mit den „Jedermann"-Normen des BGB. Neben vielen Erweiterungen gibt es in der Neuauflage auch eine Kürzung: Der Abschnitt über die Grundzüge des Rechts der Rechnungslegung ist ersatzlos gestrichen worden. Dies tut der Sache keinen Abbruch, da die Rechnungslegung inzwischen eine eigenständige Rechtsmaterie ist. Das Lehrbuch ist sinnvoll in zwei übergreifende Teile gegliedert. Beide Teile sind weiter in Unterabschnitte unterteilt.

Der erste Teil ist dem Handelsstand gewidmet und untergliedert sich in sechs Unterabschnitte (§§ 2-19). Die §§ 2 und 3 befassen sich mit dem Kaufmannsbegriff. In den 50 Seiten umfassenden §§ 4-6 erläutert *Canaris* das Handelsregister und die Prinzipien der Rechtsscheinhaftung. Auch wenn er hier nicht immer mit der herrschenden Meinung d´accord ist, sind die Ausführungen zu § 15 HGB und zur nicht-registerlichen Vertrauenshaftung im Handelsrecht besonders lesenswert, da sie ein Vorbild an Systembildung sind. Sie sollten daher zur Pflichtlektüre eines jeden Studierenden gehören. Der dritte Unterabschnitt (§§ 7-9) stellt die Übertragung und Vererbung des kaufmännischen Unternehmens dar. Neben den §§ 25-28 HGB erläutert *Canaris* an dieser Stelle sehr ausführlich den Unternehmenskauf. Einen Schwerpunkt legt er dabei auf die Neukonzeption der Ausführungen über die Leistungsstörung und die Gewährleistung beim Unternehmenskauf unter Berücksichtigung der Änderungen des BGB (§ 8 II). Der Darstellung des Firmenrechts (§§ 10 und 11) schließen sich Erläuterungen der handelsrechtlichen Besonderheiten des Stellvertretungsrechts unter Einschluss der theoretisch wie praktisch bedeutsamen Scheinvollmachten an. Der sechste Unterabschnitt (§§ 15-19) ist dem Recht der kaufmännischen Absatz- und Geschäftsmittler gewidmet. *Canaris* erläutert den Handelsvertreter (§ 15), den Kommissionsagent (§ 16), den Vertragshändler (§ 17), den Franchisnehmer (§ 18) und den Handelsmakler (§ 19). Im Vergleich zur Vorauflage ist § 18 neu gefasst und zum Schwerpunkt ausgebaut worden.

Der zweite Teil (§§ 20-31) des Lehrbuches unterteilt sich in fünf Unterabschnitte und ist den Handelsgeschäften gewidmet. Die Abschnittsbildung verdeutlicht wieder ein Grundanliegen *Canaris*, nämlich die Verschränkungen zwischen BGB und HGB zu kennzeichnen und zu systematisieren. Dementsprechend behandeln die einzelnen Abschnitte das Verhältnis der Handelsgeschäfte zur (allgemeinen) Rechtsgeschäftslehre (§ 22 Handelsbräuche und Handelsklauseln, § 23 Schweigen im Handelsverkehr und § 24 Erweiterungen der Privatautonomie), zum allgemeinen Schuldrecht (§ 25 Kontokorrent und § 26 Abtretungsverbote), zum besonderen Schuldrecht (§ 29 Besonderheiten des Handelskaufs, § 30 Kommissionsgeschäft und § 31 Fracht-, Speditions- und Lagergeschäft) und zum Sachenrecht (§ 27 Besonderheiten des gutgläubigen Erwerbs und § 28 kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht). Dem Leser wird damit ein vertiefter Blick auf das Zusammenspiel der beiden Rechtsmaterien gewährt. Wünschenswert wäre allein gewesen, die kaufmännischen Wertpapiere noch etwas stärker in den Blick zu nehmen; die Schnittstellen zum BGB sind bekanntlich auch hier zahlreich. Den „besonderen" Abschnitten vorangestellt sind Ausführungen über den Anwendungsbereich der §§ 243-245 HGB auf Kaufleute (§ 20) und Nichtkaufleute (§ 21).

Das Lehrbuch von *Canaris* ist eine lohnenswerte Lektüre für all jene, die das Sonderrecht der Kaufleute/Unternehmen verstehen wollen. Das Buch deckt – mit Ausnahme des Wertpapierrechts – nicht nur den gesamten Examensstoff ab, sondern geht weit darüber hinaus. In der Natur eines „großen Lehrbuchs" liegt es freilich, dass man es nicht mal eben schnell überfliegen kann. Es will an vielen Stellen, wie die Materie an sich, erarbeitet werden.

*Dr. Gregor Roth, Bucerius Law School, Hamburg*

**B u c h r e z e n s i o n**

***Klaus Adomeit/Susanne Hähnchen***, Rechtstheorie für Studenten, 5. Aufl., C.F.Müller, Heidelberg 2008, 107 S., € 15,-

Diese Besprechung skizziert zwei Behauptungen: Rechtstheorie ist unbeliebt (dazu sogleich kurz unter I.); *Adomeit/Hähnchen* trifft daran keine Schuld – im Gegenteil (dazu II.).

**I.** eBay danken wir Heutigen viel, etwa die griffige Produktbeschreibung *aus kinderlosem tierlosem Nichtraucherhaushalt*. Aber auch die Erkenntnis, dass fast niemand drei oder sogar fünf gebrauchte Lehrbücher zur juristischen Methodenlehre gleichzeitig verkauft. (Tatsächlich findet man kaum je Lehrbücher zur Rechtstheorie auf eBay). Das erlaubt zwei Vermutungen: Wer sich für Rechtstheorie interessiert, hört nicht mit bestandenem Staatsexamen damit auf. Und: Nicht viele Studenten des Rechts interessieren sich für Rechtstheorie.

Letzteres ist schade. Und folgenschwer: Die Erfahrung mit Prüfungsleistungen noch in Staatsexamina zeigt, dass teils die Kandidaten selbst einfache Einsichten in Aufbau und Logik von Rechtsnormen nicht beherzigen. Wer diese „technischen" Aspekte der Rechtstheorie nicht beherrscht, begeht aber eben auch leicht ernste materiellrechtliche Fehler. Nicht sehr oft, aber häufiger als nur gelegentlich. Als Grundlagenfach in den Anfangssemestern teils widerwillig absolviert, gerät die Rechtstheorie im Lauf des Studiums regelmäßig ins Hintertreffen oder ganz in Vergessenheit. Wer in einer Staatsprüfung im Pflichtfach etwa die bei *Regenfus*, JA 2009, 579 ff. zur doppelten Analogie entfalteten Fragen zur Diskussion stellen wollte, sähe sich mit deutlich irritierten Kandidaten konfrontiert – mindestens.

Dass die hier besprochene fünfte Auflage des Buchs von *Adomeit/Hähnchen* 30 Jahre nach der Erstauflage erschienen ist, zeigt nicht nur langen Atem, sondern auch, dass man den für Lehrbücher zur Rechtstheorie auch zu brauchen scheint. Wenige Ausnahmen bestätigen diese Regel, etwa das in den letzten Jahren in schneller Folge neu aufgelegte Lehrbuch von *Rüthers*, Rechtstheorie.

**II.** Nun hülfe alles Lamentieren nichts, wenn man nicht auf *Adomeit/Hähnchen* (und einige andere schmale Lehrbücher zur Rechtstheorie) verweisen könnte. Die reine Existenz dieses Buchs ist das Killerargument gegenüber allem nörgeligen „Rechtstheorie ist doch so sperrig – und wofür braucht man die überhaupt?" aus skeptischem studentischem Munde.

Damit zeichnet sich bereits ab, dass das besprochene Buch am Ende den studentischen Lesern nachdrücklich ans Herz gelegt werden wird. Vor allem verdienten Lob des Texts braucht es aber einige warnende Bemerkungen. Er hat nämlich auch spürbare Schwächen.

Aus der Verwertungskette zwischen Autor und Leser scheint der Lektor mittlerweile vollständig verschwunden zu sein – den Zeitläuften sei´s geklagt. Gäbe es noch Lektorate, müssten wir uns nicht fragen, was eine „Habitationsschrift" (S. IV) ist, ob der Genitiv des Ego-Trips eigentlich „des Ego-Trip" lautet (Rn. 94 a.E.) und auf welche Fundstelle der Hinweis „*Michael Pawlik*, FAZ am […] 2008" (Rn. 125 a.E.) verweist. Auf S. VI beginnt man über Mangelgewährleistungsansprüche nachzudenken, wenn man *Uwe Wessel* als fernen Namensvetter von *Horst Wessel* kennenlernt – was nicht weiter schlimm wäre, wenn ersterer nicht der Doktorvater der *Mitautorin* wäre. Sehr skizzenhaft wirkt der Text oft auch im sprachlichen Duktus; als studentischer Teilnehmer einer Übungsarbeit bekäme man Sätze wie „Aktuell dazu der Fall Gäfgen, vgl. EGMR vom 30.6.2008" (Rn. 128) um die Ohren gehauen, sowohl weil das Verb fehlt als auch weil man sich nicht die Mühe gemacht hat, eine echte Fundstelle anzugeben. Auch müsste zehn Jahre später ein genaueres Zitat als „JZ 1998, Heft 5" möglich sein (Fn. 14). Die Empfehlung, das Gesetz langsam zu lesen (Rn. 82) erweist sich als uneingeschränkt richtig, wenn es darum geht, das Gesetz richtig abzuschreiben (nicht gelungen bei § 932 Abs. 1 BGB in Rn. 88). Ob ein Verweis wie „vgl. Wikipedia" (Rn. 120 a.E.) in einer Seminararbeit ungetadelt bliebe, darf man bezweifeln. So ist er nicht nur unpräzise (die Wikipedia kennt permanente Links!), sondern auch aussageschwach: In der Wikipedia sehen die Leser vermutlich mittlerweile auch ohne Aufforderung nach. Bei diesen und ähnlichen kleinen Ärgernissen hätte ein Lektorat Wunder wirken können. Als Rezensent erinnert man sich des Vorsatzes „never judge a book by such aeusserlichkeiten" und wendet sich per aspera ad astra den inhaltlichen Qualitäten zu.

Diese überwiegen bei weitem die eben angedeuteten Schwächen. Es beginnt beim Umfang. Kürzer geht es seriös nicht: Das Buch nimmt bei konzentrierter Lektüre einen langen Samstagnachmittag in Anspruch. Man kann und sollte es schon in einem frühen Semester lesen – und später mindestens noch einmal. Und in dieser Kürze liegt spätestens bei pragmatischer Betrachtung ein großes Verdienst der *Verf.*: Ein kurzes gelesenes Buch ist viel besser als ein dickes ungelesen verstaubendes. Natürlich könnte man bei einem so knappen Text an allen Ecken und Enden den Vorwurf der Unvollständigkeit erheben; so kommt etwa die oben erwähnte doppelte Analogie auch bei *Adomeit/Hähnchen* nicht vor. Aber das verfehlt die Idee des Buchs – nämlich eine vereinfachte Methodenlehre zu umreißen, die den Bezug zum studentischen Lernalltag nicht verliert – und erst recht seine eigentlichen Stärken.

Man hüte sich, wegen seiner Kürze *Adomeit/Hähnchen* zu unterschätzen. Die Aufzählungen der Definitionen des Rechts (Rn. 5) findet sich etwa nur ein wenig ausführlicher in der fast schon monumentalen Allgemeinen Rechtslehre von *Röhl/Röhl*, Fn. 44 (die allerdings anders als noch bei *Adomeit/Hähnchen*, Fn. 51 f. zitiert mittlerweile in 3. Aufl. 2008 erschienen ist).

Das Buch ist in seinem schlanken Zuschnitt nicht ganz konkurrenzlos: Neben *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. Auflage 2006 (klassisch, middle of the road, aber eben auch nicht so gedankenreich) ist jedenfalls neuerdings *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008 zu nennen (die aber fast nur mit strafrechtlichen Beispielen arbeitet und deshalb einiges strafrechtsdogmatisches Problembewusstsein verlangt). Gleichwohl werden *Adomeit/Hähnchen* ihre Leser finden – und es sind ihnen viele zu wünschen.

Der Text ist meinungsstark und will immer wieder zum Widerspruch reizen. Gerade weil das auch immer wieder gelingt, unterscheidet sich das Buch von seinen mindestens vordergründig um Objektivität bemühten Konkurrenten. Für den Leser birgt das natürlich das Risiko, mehr zur Rechtstheorie lesen zu müssen. Wer einen motivierenden Einstieg in das Grundlagenfach Rechtstheorie sucht, ist damit bestens bedient. Wer auf kürzestem Raum einen möglichst vollständigen Überblick braucht, weil in einer unmittelbar bevorstehenden Prüfung einige abrundende Fragen zur juristischen Methodenlehre zu befürchten sind, wird vielleicht eher zu *Zippelius* greifen.

Fast zwangsläufig mit der Knappheit und Skizzenhaftigkeit des gewählten Ansatzes verbunden ist, dass der Fußnotenapparat und die weitergehenden Leseempfehlungen eher exemplarisch als flächendeckend ausfallen. Hat man also etwa in einer Hausarbeit ein methodologisches Problem zu erörtern, beispielsweise Fragen der Zulässigkeit und der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, wird man es nicht bei *Adomeit/Hähnchen* bewenden lassen können, sondern eben doch *Larenz/Canaris*, *Rüthers* und *Pawlowski* heranziehen müssen.

Wer sich indes über die wesentlichen Probleme und die Einordnung der streitigen Fragen in das Gesamtgebäude der Rechtstheorie orientieren möchte, kann ohne Zögern zu *Adomeit/Hähnchen* greifen; das gilt nicht zuletzt für fachfremde Leser, die die leicht zugängliche Sprache zu schätzen wissen werden. Letztere sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Lesen einige Konzentration verlangt. Auch wenn die *Verf.* immer wieder etliche Originalzitate einbauen, um dem Leser den mühsamen Zugriff auf die Quellen zu ersparen, und der rote Faden gut sichtbar bleibt – der Text ist dicht, didaktisch motivierte Wiederholungen gibt es kaum. Der Leser muss selbst am Ball bleiben und zur Not mal eine Seite zurückblättern.

Der Preis ist so hoch wie der zweier Kinokarten; der Nutzen ist deutlich größer, besonders auf längere Sicht. Zur Not steht es übrigens in der Bibliothek – für alle, denen der Preis für die 75 unabdingbaren Textseiten (wer den Teil über Rechtspolitologie weglässt, ist selbst schuld – aber beim Wiederholen unter Zeitdruck kann man es vielleicht riskieren) zu hoch erscheint.

Beim rezensierenden Lesen der aktuellen Auflage stellt sich wieder der Eindruck ein, den ich vor Jahren hatte, als ich das Buch zur Vorbereitung von Arbeitsgemeinschaften im Fach Rechtstheorie in die Hand bekam: Mehr braucht man doch für den Anfang gar nicht – oder? Und das scheint mir immer noch ein ganz passendes Lob für den Text zu sein. Dieser ist im Lauf der Zeit verschiedentlich erweitert, aber auch gekürzt worden: Über marxistische Rechtstheorie steht nichts mehr drin, über Rechtsinformatik auch nicht – und der ehemalige Abschnitt „Unsere Universität“ ist auf ein paar Zeilen zusammengeschrumpft (Rn. 116, wohl zu Recht). Wer sich also für die Anschaffung von *Adomeit/Hähnchen* entscheidet, hat vielleicht kein ganz detailliertes, aber allemal ein kluges, gedankenreiches und pointiertes Buch zur juristischen Methodenlehre in der Hand. Wer es dann auch noch liest, vielleicht sogar zweimal, braucht vor einem rechtstheoretischen Exkurs in einer Prüfung auch keine Angst mehr zu haben.

*Prof. Dr. Roland Schimmel, Frankfurt am Main*

**B u c h r e z e n s i o n**

***Rudolf Streinz***, Europarecht, 8. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg/München 2008, 501 S., kart., € 23,50

Dass das Europarecht ein Rechtsgebiet ist, welches für Studenten sowohl sehr examensrelevant ist, als auch in der Praxis immer mehr an Bedeutung gewinnt, dürfte sich mittlerweile herumgesprochen haben. Insofern kann wohl kaum ein anderes Rechtsgebiet mit einer ähnlich steigenden Bedeutung aufwarten. Die europarechtlichen Grundlagen sind mittlerweile für so gut wie alle anderen Rechtsgebiete von direkter oder indirekter Bedeutung.

Insofern ist es mehr als folgerichtig, wenn C.F. Müller diesem Rechtsgebiet einen Band aus der Schwerpunktreihe gewidmet hat, der nun auch schon in der 8. Aufl. erscheint. Dieses Werk von *Streinz* stellt in seinen 19 Kapiteln die Materie für einen Studenten verständlich und mit einer Tiefe dar, welche (wohl nur) der blauen Schwerpunktreihe zu eigen ist. Dabei steht dieses Werk – um das Ergebnis vorwegzunehmen – meines Erachtens ohne weiteres auf Augenhöhe mit dem Lehrbuch Staatsrecht I von *Degenhart* und Staatsrecht II von *Pieroth/Schlink* aus derselben Reihe.

Das Werk von *Streinz* beginnt dabei bei den – nicht nur für einen Studenten – unerlässlichen Grundlagen des Europarechts, wobei sich insbesondere dem Verhältnis der Europäischen Gemeinschaft zu den Mitgliedstaaten bzw. dem Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zu nationalem Recht umfassend gewidmet wird. Dieses Grundlagenverständnis ist zur richtigen Anwendung des Gemeinschaftsrechts unumgänglich und gerät zum Teil in anderen Werken gern in den Hintergrund. Erfreulich ist dabei insbesondere, dass für die zutreffende Bestimmung des Rangverhältnisses nicht nur die Theorie des EuGH vom „Urknall“ des Europarechts, sondern auch die mittlerweile recht umfangreiche Dogmatik des BVerfG und des verfassungsrechtlichen Schrifttums dargestellt wird, auch wenn leider etwas offen bleibt, welche Theorie der *Verf.* für zutreffend erachtet.

Danach werden die einzelnen Organe der Europäischen Union und die Quellen des Unionsrechts, die Rechtsetzung und der Verwaltungsvollzug in der Europäischen Union näher beleuchtet. Äußerst hilf- bzw. lehrreich ist die Darstellung des Rechtsschutzsystems in der Europäischen Union. Aber auch hier bleibt – was wohl dem nicht unerheblichen Umfang des behandelten Rechtsgebietes geschuldet ist – offen, ob zum Beispiel die (nur) eingeschränkte Kontrolle des BVerfG bezüglich der Verletzung der Vorlageverpflichtung nationaler Gerichte tatsächlich zutreffend ist.

Im weiteren Verlauf des Werkes werden dann insbesondere die Grundrechte und die Grundfreiheiten ausführlich betrachtet, wobei der *Verf.* sogar noch Zeit (und Platz) findet, sich solchen – wohl nicht unbedingt examensrelevanten – Bereichen wie der Wettbewerbspolitik, der Wirtschafts- und Währungsunion, der gemeinsamen Agrarpolitik, der Sozialpolitik und der Umweltpolitik zuzuwenden. Letzteres dürfte insbesondere für diejenigen von Interesse sein, welche sich im Schwerpunktbereich näher mit dem Europarecht beschäftigen möchten.

Da die 8. Aufl. wieder eine ganze Reihe neuer Entscheidungen des EuGH und des BVerfG aufnimmt, sowie den erst unlängst in Kraft getretenen Lissabonner Vertrag schon eingearbeitet hat, kann dieses Werk, welches in gewohnter Manier der Schwerpunktreihe auch zahlreiche Beispielfälle und weitergehende Literaturnachweise enthält, jedem Studenten zur Vorbereitung auf das Staatsexamen empfohlen werden, der nicht lediglich einen kurzen Überblick über das Europarecht sucht, sondern die dahinterstehenden Zusammenhänge verstehen will. Letzteres dürfte für ein gutes Staatsexamen unumgänglich sein. Aufgrund der für ein Lehrbuch überraschenden Tiefe und Breite kann dieses Werk meines Erachtens darüber hinaus auch getrost jedem Studenten des Schwerpunktbereiches empfohlen werden.

*Wiss. Mitarbeiter Dr. David Hummel, Leipzig*

**B u c h r e z e n s i o n**

***Uwe Hellmann/Katharina Beckemper***, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart 2008, 411 S., € 28,-

Nachdem an dieser Stelle[1] bereits im August 2009 mit *Klaus Tiedemann*s „Wirtschaftsstrafrecht" ein Standardlehrbuch zum Wirtschaftsstrafrecht rezensiert wurde, soll hier nun ein weiteres grundlegendes Werk der wirtschaftsstrafrechtlichen Ausbildungsliteratur vorgestellt werden.

Das vorliegende Lehrbuch von *Uwe Hellmann* und *Katharina Beckemper* ist mittlerweile in der 2. Aufl. erschienen und wendet sich laut Vorwort „zum einen an Studierende, die sich gründlich in das Wirtschaftsstrafrecht einarbeiten wollen, und zum anderen an Fortgeschrittene, Referendare – und zudem an Praktiker –, denen es bei der Wiederholung, Ergänzung und Vertiefung ihres Wissens gute Dienste leisten möge."

Um diesem Adressatenkreis die Erschließung der wirtschaftsstrafrechtlichen Problematiken und Zusammenhänge zu erleichtern, wählen die *Autoren* eine fallorientierte Darstellung, die gleichzeitig auch die Einbeziehung der mit den strafrechtlichen Tatbeständen zusammenspielenden außerstrafrechtlichen Normen ermöglicht.

Hinsichtlich der zu behandelnden Materie orientieren sich die *Verf.* am Katalog des § 74c Abs. 1 GVG, beziehen aber auch das Ordnungswidrigkeitenrecht als wichtiges Mittel zur Bekämpfung der Wirtschaftsdelinquenz mit ein. Der „Allgemeine Teil" des Wirtschaftsstrafrechts, also die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung und die Unternehmenssanktionen, wird erst am Ende des Buches besprochen, da nach Ansicht der *Autoren* „die eigentliche Bedeutung dieser Regelungen erst vor dem Hintergrund der Gesamtheit der Straf- und Bußgeldtatbestände deutlich wird"[2].

Mit der 2. – im Verhältnis zur Vorauflage nicht unerheblich angewachsen – Aufl. überarbeiten *Hellmann* und *Beckemper* aufgrund der vielfältigen gesetzgeberischen Aktivitäten im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts ihr Werk in weiten Teilen und nehmen einen eigenen Abschnitt zu den Wirtschafts- und Amtsträgerbestechungsdelikten auf.

**I.** Das fallorientierte Konzept des Lehrbuchs überzeugt, da die sachverhaltsbezogene Vorgehensweise sowohl den Anforderungen an einen Studenten in Klausur oder Hausarbeit als auch der Arbeitstechnik eines Praktikers entspricht:

In den einzelnen Abschnitten erfolgt zunächst grundsätzlich ein kurzer Abriss über die Entstehungsgeschichte und die Gründe für die Einführung der jeweiligen Norm, der meist einhergeht mit der Erläuterung der jeweiligen Schutzgüter und -reflexe. Im Rahmen von konkreten Fällen werden dann die verschiedenen Tatbestandsmerkmale samt der diesbezüglich herrschenden Meinungsstreitigkeiten und sonstiger etwaiger dogmatischer Probleme dargestellt. Die *Verf.* legen dabei die widerstreitenden Positionen kurz und prägnant und unter Einbeziehung der – aktuellen – Rechtsprechung dar. Aufgrund der angeführten Fundstellen ist es dem interessierten Leser möglich, sich vertieft mit der geschilderten Problematik und den Vertretern der jeweiligen Theorien auseinander zu setzen.

Nachdem die *Verf.* häufig den Gutachtenstil im Rahmen ihrer Fallbesprechungen wählen, lernt der Student bei der Lektüre des Lehrbuch überdies – quasi unbewusst – das für studentische Klausuren relevante Schreiben in diesem Stil.

Zudem gelingt es den *Autoren* neben der Behandlung der wirtschaftsstrafrechtlichen Materie auch außerstrafrechtliches Wissen zu vermitteln. So werden dem Leser beispielsweise wirtschaftliche Fachbegriffe erklärt, handelsrechtliche Regelungen der Bilanzierung erläutert oder die Inhalte der Insolvenzordnung näher ausgeführt. Durch diese ergänzenden Informationen werden die Falllösungen zwar sehr umfang- und inhaltsreich, umgekehrt wird dadurch aber erst ein umfassendes Verständnis des Wirtschaftsstrafrechts ermöglicht.

Um dem Leser die Lektüre zu erleichtern, sind wichtige Schlagwörter oder die einzelnen Tatbestandsmerkmale fett bzw. kursiv hervorgehoben. Dies ist zwar meist schon recht hilfreich, jedoch wären bei längeren Passagen zur besseren Übersicht kleine Zwischenüberschriften wünschenswert.

Das Buch gliedert sich in sieben Abschnitte, die ihrerseits in insgesamt 16 Paragraphen unterteilt sind, in denen die *Autoren* dem Leser die in Ausbildung und Prüfung relevanten Bereiche des Wirtschaftsstrafrechts vermitteln.

**II.** Nach einem knappen Vorwort, in dem die *Autoren* das Konzept des vorliegenden Lehrbuchs erörtern, sowie dem Inhalts-, Abkürzungs- und Literaturverzeichnis erfolgt im ersten Abschnitt, der dem Kapitalmarkt- und Finanzmarktstrafrecht gewidmet ist und sich zunächst in § 1 mit dem Anlegerschutz beschäftigt, sogleich der Einstieg in medias res. Anhand verschiedener Fälle erläutert *Hellmann* zuerst prägnant die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Kapitalanlagebetruges gem. § 264a StGB. Anschließend beschäftigt er sich – dem fallorientierten Konzept des Lehrbuchs folgend, anhand von verschiedenen Fällen – mit weiteren Vorschriften des Anlegerschutzes: Dem verbotenen Insiderhandeln gem. § 38 Abs. 1 i.V.m. § 14 WpHG, der verbotenen Marktmanipulation i.S.v. § 38 Abs. 2 i.V.m. § 20a WpHG, der Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften i.S.d. § 49 i.V.m. § 26 BörsG, strafbaren Bankgeschäften i.S.v. § 54 Abs. 1 Nr. 1 u. 2, Abs. 2 KWG, Verstößen gegen das Depotgesetz gem. §§ 34, 35 DepotG, dem Warenterminoptionsbetrug sowie dem sog. Scalping, also dem Kauf oder Verkauf von Wertpapieren in Kenntnis der bevorstehenden Abgabe einer sie betreffenden Empfehlung oder Bewertung[3]. § 2 des ersten Abschnitts ist dem Schutz der Kreditinstitute gewidmet. Dabei legt der *Autor* besonderes Augenmerk auf den Kreditbetrug gem. § 265b StGB, bespricht daneben aber auch den Scheck- und Kreditkartenmissbrauch nach § 266b StGB sowie die Untreue durch Kreditgewährung und die Problematik der Barauszahlung per Kreditkartenbeleg.

[1] *Pasewaldt*, ZJS 2009, 448.

[2] *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Vorwort.

[3] *Hellmann/Beckemper* (Fn. 2), § 1 Rn. 169.

Im zweiten Abschnitt behandelt *Hellmann* das Insolvenz- und Bilanzstrafrecht, wobei er in § 3 mit den Insolvenzstraftaten beginnt. Dabei gelingt es dem *Verf.* neben der Erläuterung der einzelnen Straftatbestände – Bankrott (§ 283 StGB), besonders schwerer Fall des Bankrotts (§ 283a StGB), Verletzung der Buchführungspflicht (§ 283b StGB), Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB), Schuldnerbegünstigung (§ 283d StGB), Insolvenzverschleppung und Geschäftsführeruntreue – dem Leser wichtige Inhalte der InsO zu vermitteln. Den durch bestimmte Insolvenzdelikte bewirkten Schutz des Vermögens der Gläubiger ergänzen die außerhalb des StGB geregelten Bilanzdelikte des Handels- und Gesellschaftsrechts, die *Hellmann* in § 4 behandelt.

Der dritte Abschnitt steht unter der Überschrift „Verletzungen des Wettbewerbs und gewerblicher Schutzrechte". *Beckemper* beschäftigt sich in § 5 zunächst mit dem unlauteren Wettbewerb, worunter die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG), die progressive Kundenwerbung (§ 16 Abs. 2 UWG), die Wirtschaftsspionage und Konkurrenzausspähung (§§ 17, 18, 19 UWG) und der Geheimnisverrat nach dem KWG fallen. In § 6 wird der Schutz des geistigen Eigentums erläutert und damit auf die Verletzung von Patenten, Gebrauchs- und Geschmacksmustern, das Markenstrafrecht und das Urheberstrafrecht eingegangen. Das Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht hat § 7 zum Thema, wobei die *Autorin* das deutsche und europäische Kartellbußgeldrecht, wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB), verbotene Vereinbarungen nach deutschem und europäischem Recht, Missbrauchs- und Diskriminierungsverbote, das Boykottverbot, die Fusionskontrolle und den Submissionsbetrug behandelt.

Dem Verbraucherschutzstrafrecht ist das vierte Kapitel gewidmet. In § 8 bespricht die *Verf.* das Arzneimittelstrafrecht und erläutert in § 9 das Lebensmittelstrafrecht, welches sie in Täuschungsschutz und Gesundheitsschutz gliedert.

Den Inhalt des fünften Kapitels bilden die Korruptionsdelikte, wobei die *Autorin* in § 10 zunächst die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr bespricht und im Anschluss in § 11 die Amtsträgerbestechung.

Im sechsten Abschnitt fasst *Hellmann* unter dem Stichwort „Strafrecht der Wirtschaftslenkung" den Subventionsbetrug (§ 12), das Arbeitsstrafrecht (§ 13) und das Außenwirtschafts- und Kriegswaffenkontrollstrafrecht (§ 14) zusammen, wobei ein besonderer Schwerpunkt auf die Erörterung des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gem. § 266a StGB gelegt wird.

Schließlich behandelt *Hellmann* im siebten und letzten Abschnitt quasi den Allgemeinen Teil des Wirtschaftsstrafrechts, nämlich die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung in § 15 und die möglichen Sanktionen gegen das Unternehmen als solches in § 16. Neben der Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB, § 9 OWiG) legt der *Autor* dabei einen besonderen Schwerpunkt auf die Verantwortlichkeit der Leitungspersonen, namentlich kraft Organisationsherrschaft (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB), Garantenstellung (§ 13 StGB) oder Aufsichtspflicht (§ 130 OWiG). An möglichen Sanktionen gegen das Unternehmen stellt der *Verf.* die Einziehung (§§ 74 ff. StGB, §§ 22 ff. OWiG), die Gewinnabschöpfung und die Unternehmensgeldbuße vor.

**III.** Mit dem vorliegenden Lehrbuch gelingt es den *Autoren* dem Leser die sehr komplexe Materie des Wirtschaftsstrafrechts durchweg anhand von Fällen näher zu bringen. Durch diese fallorientierte Darstellung wird dem Leser nicht nur abstrakt Wissen vermittelt, sondern gleichzeitig dessen Einordnung und Anwendung praktiziert. Dies schärft einerseits das Verständnis und Problembewusstsein des Lesers, macht die Lektüre und die Erfassung des Wirtschaftsstrafrechts als solches aber auch schwieriger.

Alles in allem bekommt der Leser mit diesem Lehrbuch ein Werk an die Hand, mit dem er sich in anspruchsvoller Weise wissenschaftlich, aber in praxisorientierter Form, in das Wirtschaftsstrafrecht einarbeiten oder sein Wissen vertiefen kann.

*Wiss. Mitarbeiterin Tamara Pitz, Augsburg*

# Das Reichsgericht, das Urheberrecht und das Parteiprogramm der NSDAP

Von Dipl.-Jur. (Univ.) **Simon Apel**, Bayreuth*

*Im „Dritten Reich" wurde nicht nur durch die Strafkammern deutscher Gerichte in zahlreichen Entscheidungen das Recht pervertiert. Auch in den Zivilkammern kam es – nicht nur in „ideologieanfälligen" Rechtsgebieten wie dem Familienrecht – zu unerträglichen Urteilen.[1] Andererseits stößt man vereinzelt auf Entscheidungen, in denen hergebrachte Rechtsgrundsätze gegen die ausdrücklichen Interessen der Machthaber verteidigt wurden. Da in der juristischen, rechtshistorischen Ausbildung die Phase zwischen 1933 und 1945 wohl nur wenig Raum einnimmt, möchte der folgende Beitrag anhand eines solchen Beispiels aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung auf dem Gebiet des Urheberrechts Studierende der Rechtswissenschaften zur Auseinandersetzung mit der Zivilrechtsgeschichte des Nationalsozialismus anregen.*

## I. Das Urheberrecht im Nationalsozialismus

### *1. Ausgangspunkt: Das „alte" Urheberrecht*

Ähnlich wie das BGB hatten auch die Urheberrechtsgesetze zu Zeiten der NS-Herrschaft keine grundlegende Reform und Anpassung an die „neue Ordnung" durch den Gesetzgeber erfahren. Das „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst" von 1901, novelliert 1910 (LUG), und das „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie" (KUG) von 1907,[2] galten zwischen 1933 und 1945 – von einer Ausweitung der Schutzfristen abgesehen[3] – nahezu unverändert fort.[4] Dabei waren die deutschen Urheberrechtsgesetze durch die technischen Veränderungen der damaligen Zeit bereits vor der Machtübernahme dringend reformbedürftig. Phänomene wie das Aufkommen des Rundfunks ab 1923, der endgültige Durchbruch der Schallplatte als Produkt für einen Massenmarkt oder der Tonfilm hatten die bestehenden Gesetze an ihre Grenzen geführt. Da die Vorarbeiten für eine Reform bereits vor Ausbruch des zweiten Weltkrieges weit gediehen waren,[5] ist wohl noch immer ungeklärt, warum keiner der zahlreichen Entwürfe weltanschaulich angepasst verwirklicht wurde.[6]

Der Grund für die Untätigkeit des Gesetzgebers ist jedenfalls nicht darin zu finden, dass das urheberrechtliche Konzept von LUG und KUG mit den Vorstellungen der Nazis in Einklang gestanden hätte.[7] Denn das deutsche Urheberrecht hatte stets die Person des Urhebers in den Mittelpunkt gestellt. Der „Schöpfer" bekam im Laufe der Jahrzehnte immer weitergehende Rechte an seinem Werk zugesprochen, deren Begrenzung im Rahmen abschließender Schrankenkataloge in den beiden Urheberrechtsgesetzen geregelt war. Nur im Anwendungsbereich dieser Schranken hatten insbesondere die Verwertungsinteressen des Urhebers hinter dem Wohl der Allgemeinheit zurückzustehen. Exemplarisch genannt sei die Schranke aus §§ 19 Nr. 1, 25 LUG, die das Recht zum Zitat aus einem urheberrechtlich geschützten Werk festhielt.[8]

### *2.Nationalsozialistische Konzeption eines „neuen" Urheberrechts*

Demgegenüber drängte die nationalsozialistische Urheberrechtswissenschaft darauf, die Rechtsstellung des Werkschöpfers zu Gunsten der Allgemeinheit zu beschneiden. Denn der Urheber sei zwar Schöpfer des Werkes, der Akt der Schöpfung sei ihm aber nur möglich, da er Teil der Gemeinschaft sei, aus deren kulturellen Fundus er schöpfe.[9] Somit wurde das Werk selbst als Grund für das Urheberrecht angesehen, die Interessen des kreativen Individuums dagegen rückten in den Hintergrund.[10] Ein Urheberschutz sollte nur noch zu dem Zwecke stattfinden, den Urheber im Interesse der „Volksgemeinschaft" zur weiteren kreativen Tätigkeit anzuhalten.[11] Wo immer aber die Interessen des Volkes mit

* Herrn Rechtsreferendar *Benjamin Lahusen*, Berlin, sei für seine Anmerkungen zu einer früheren Fassung des Manuskripts herzlich gedankt.

[1] Vgl. nur *Kaul*, Geschichte des Reichsgerichts, Bd. IV.: 1933-1945, 1971, S. 64 ff.; *I. Müller*, Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, 1987, S. 144 f.

[2] LUG v. 19.6.1901, RGBl. S. 227, novelliert durch das Gesetz v. 22.5.1910 zur Ausführung der revidierten Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst v. 13.11.1908, RGBl. S. 793; KUG v. 9.1.1907, RGBl. S. 7.

[3] Gesetz v. 13.12.1934, RGBl. II S. 1395; zu Besonderheiten bei der Schutzfrist für Photografien s. *Dreier*, in: ders./Schulze, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, Vor § 64 ff. UrhG Rn. 9.

[4] *Wandtke*, UFITA 2002/II, 451 (452); LUG und KUG wurden in der Bundesrepublik erst 1965 durch das „Gesetz zum Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte" (UrhG), BGBl. I, S. 1273, und in der DDR im selben Jahr durch das „Gesetz über das Urheberrecht" v. 13. September 1965, DDR-GBl. I, Nr. 14, S. 209, abgelöst.

[5] *Vogt*, Die urheberrechtlichen Reformdiskussionen in Deutschland während der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, 2004, S. 309.

[6] Vgl. *Pahlow*, ZNR 27 (2007), 349 in einer Rezension zu *Vogt* (Fn. 5); ein Grund mag gewesen sein, dass die Entwürfe aus der Weimarer Zeit nicht zur Grundlage eines nationalsozialistischen Gesetzes werden sollten, vgl. *Kopsch*, UFITA 8 (1935), 121 (122).

[7] Die Literatur zum Urheberrecht in der NS-Zeit ist überschaubar. Instruktiv neben *Vogt* (Fn. 5), S. 301 ff., und *Wandtke*, UFITA 2002/II, 451 ff., noch *Hefti*, in: Dittrich (Hrsg.), Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?, 1988, S. 165 ff.

[8] Heute geregelt in § 51 UrhG.

[9] Vgl. *Elster*, UFITA 6 (1933), 189 (192 f.); *Kopsch*, GRUR 1936, 451 (453); *Richter*, UFITA 7 (1934), 329 (330).

[10] *Hoffmann*, GRUR 1938, 1 (2); weniger strikt *Bull*, UFITA 7 (1934), 378 (379): Erforderlich sei „Urheberschutz und Werkschutz!"; *Vogt* (Fn. 5), S. 302 f. m.w.N.

[11] So die Folgerung von *Vogt* (Fn. 5), S. 302 f. m.w.N.; s. a. *Kopsch*, UFITA 7 (1934), 383 (385, 387); *Hefti* (Fn. 7),

denen des Urhebers kollidierten, sollten letztere zurücktreten.[12] Zwar sollte der Urheber von der Verwertung seines Werkes weiterhin profitieren.[13] Aber er hatte bei der materiellen Verwertung seiner schöpferischen Leistung stets die „natürlichen Grenzen" zu beachten, die ihm durch seine „‚ideelle' Verbindung mit der Volksgemeinschaft" gezogen wurden.[14] Bewerkstelligt werden sollte dies durch ein System von gesetzlichen Lizenzen.[15] Hiernach hätte der Urheber die Verwendung seines Werkes zum Wohle der Allgemeinheit nicht mehr unterbinden können, wäre dafür aber finanziell kompensiert worden.

Somit konnte es an dieser Stelle zu einer Kollision des geltenden Rechtes mit der nationalsozialistischen Vorstellung von Urheberrecht kommen.[16]

## II. Das Reichsgericht und der Grundsatz „Gemeinnutz vor Eigennutz", Programm der NSDAP, Nr. 24 Abs. 2[17]

### *1. Die urheberrechtliche Seite der Entscheidung*

Das Reichsgericht hatte nun 1936 zu entscheiden, ob die Reichs-Rundfunk GmbH (RR), die im Deutschen Reich Radiofunk veranstaltete, Tonträger in ihren Sendungen wiedergeben durfte, ohne den Inhabern der Urheberrechte an diesen Tonträgern[18] Tantiemen dafür zu entrichten.[19] Da bereits zur damaligen Zeit der Grundsatz, [20] dass der Urheber am Ertrag aus der Verwertung seines Werkes stets beteiligt werden musste, anerkannt war, urteilte das Gericht: Die RR sendete die Tonträger zu gewerblichen Zwecken und erhielt hierfür mittelbar Gebühren von ihren Hörern.[21] An diesem Ertrag war somit der Urheberberechtigte zu beteiligen.[22] Soweit im Wesentlichen die urheberrechtliche Begründung.

### *2. Die Auslegung des LUG unter Berücksichtigung des NSDAP-Parteiprogramms*

Pikant wurde der Fall jedoch dadurch, dass die RR vollständig im Eigentum des Deutschen Reiches stand. Dieses wurde in Angelegenheiten der RR vom Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda, also von *Joseph Goebbels*, vertreten. Indem das Gericht *gegen* die RR entschied, entschied es somit indirekt auch gegen das NS-Regime.[23] Die beklagte RR hatte zur Begründung ihres Rechtes, die Tonträger entgeltfrei für ihr Rundfunkprogramm zu verwenden, unter anderem geltend gemacht, der vom Reichsgericht seit langem praktizierte Grundsatz, dass der aus dem Urheberrecht Berechtigte an jeder Verwertung seiner Leistung partizipieren solle, „[vertrage] sich nicht mehr mit dem jetzigen Rechtsdenken […]". Vielmehr sei „im nationalsozialistischen Staate die Stellung des Einzelnen zur Volksgemeinschaft von Grund aus verändert." Die Interessen des Einzelnen hätten hinter jene der Volksgemeinschaft zurückzutreten, so dass die Rundfunksendung von Tonträgern an die Allgemeinheit entgeltfrei bleiben müsse.

Das Reichsgericht widersprach diesem Standpunkt mit einer bemerkenswerten Argumentation: „Wohl muss […] Gemeinnutz vor Eigennutz gehen (Programm der NSDAP. Nr. 24 Abs. 2 a.E.). Der Einzelne genügt jedoch seiner Pflicht, […] übereinstimmend mit den Belangen der Allgemeinheit, zum Nutzen aller geistig oder körperlich zu schaffen (Programm der NSDAP. Nr. 10), dann am besten, wenn die ihm dafür gewährten Bedingungen die Erfüllung der Pflicht begünstigen und fördern. Das geschieht, wenn auch der Urheber […] für sein Tun der alten Wahrheit gewiß sein darf, dass der Arbeiter seines Lohnes wert ist. Nicht nur ihn, sondern auch andere von gleichen oder ähnlichen Gaben für schöpferische Leistung regt dies zum Wirken im Dienste der Allgemeinheit an. Und so kann mittelbar, was billigen Wünschen des Einzelnen entspricht, der Persönlichkeit Ansporn und Lohn gibt, zu Nutz und Frommen der Volksgemeinschaft Früchte tragen".[24] Diese elegante Begründung mit dem Parteiprogramm der NSDAP[25] ermöglichte es dem Gericht, einen bis dahin anerkannten Grundsatz des Urheberrechtes[26]

S. 165 (169) fühlt sich durch diese dem Urheber zugedachte Rolle an die „Nutztierhaltung" erinnert.

[12] Näher *Vogt* (Fn. 5), S. 303; *Wandtke*, UFITA 2002/II, 451 (456); vgl. zeitgenössisch etwa *Kopsch*, UFITA 8 (1935), 121 (124); *A. Müller*, UFITA 6 (1933), 398 (405).

[13] Vgl. *Elster*, UFITA 6 (1933), 189 (206); *Richter*, UFITA 7 (1934), 329 (333).

[14] *Kopsch*, GRUR 1936, 451 (454).

[15] Allerdings sollte nicht jede zustimmungsfreie Nutzung des Werkes finanziell abgegolten werden; näher *Wandtke*, UFITA 2002/II, 451 (462) m.w.N.

[16] Solche Kollisionen kamen in vielen Rechtsgebieten vor, *Rüthers*, NJW 1988, 2825 (2834).

[17] Das Parteiprogramm ist abrufbar im Internetangebot des Deutschen Historischen Museums unter http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/nsdap25 [28.12.2009].

[18] Vgl. § 2 II 1 LUG.

[19] Urt. v. 14.11.1936, RGZ 153, 1 ff. (Schallplatten und Rundfunk); zum Sachverhalt dort S. 1-3; die wörtlichen Zitate stammen von S. 22 f.

[20] S. z.B. schon RGZ 128, 102 (113, Schlager-Liederbücher); 134, 198 (201, Mechanische Musik und ältere Beiträge); der BGH führte diese Rechtsprechung fort, *Vogel*, in: Schricker, Kommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 79; s. exemplarisch BGHZ 11, 135 (143, öffentliche Schallplattenvorführung).

[21] RGZ 153, 1 (12, Schallplatten und Rundfunk); das Gericht stellte weiter fest, dass das LUG auch keine Schranken des Urheberrechts bereithielt, die die unentgeltliche Verwendung der Tonaufnahmen durch die RR gerechtfertigt hätten.

[22] Vgl. RGZ 153, 1 (28, Schallplatten und Rundfunk).

[23] So *Pforzheimer*, Copyright Law Symposium 1 (1939), 9 (55 f.) in einer Publikation aus den USA.

[24] Urt. v. 14.11.1936, RGZ 153, 1 (22 f., Schallplatten und Rundfunk) zu den wörtlichen Zitaten in diesem Abschnitt.

[25] *Rüthers*, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, 1988, S. 211 erwähnt ein ähnliches Vorgehen in einigen Urteilen des Reichsarbeitsgerichtes.

[26] Das grundsätzliche Recht des Urhebers, an der Verwertung seines Werkes finanziell beteiligt zu werden, postulierten z.B.

auch gegen die Interessen der Machthaber zu verteidigen.[27] 1934 noch hatte das Gericht die Anwendung des Grundsatzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ und anderer nationalsozialistischer Prinzipien unter Verweis auf die unverändert fortbestehende Gesetzeslage im Urheberrecht schlechthin abgelehnt.[28] Mit der Transponierung des Parteiprogramms in geltendes Recht[29] war dieser Weg verbaut. Allerdings konnte auch das neue Recht nur mit dem Sinn ins Leben treten, den die Gerichte darin fanden; so wurde die Anwendbarkeit der neuen Grundsätze zwar ausdrücklich bejaht, gleichzeitig aber der Fortbestand der alten Ordnung im Wege der Auslegung sichergestellt. Die Allgemeinheit profitiere eben stärker von ihren Urhebern, wenn diese für die Nutzung ihres Werkes stets einen Lohn erhielten. Somit galt im Dritten Reich weiterhin die Notwendigkeit „dem Urheberberechtigten tunlichst von den Vorteilen etwas zukommen zu lassen, die aus der Verwertung des Werkes […] entspringen.“[30]

### III. Fazit

Wie in nahezu allen Rechtsbereichen wurden zu Zeiten des Nationalsozialismus auch auf dem Gebiet des Urheberrechts schwere Schäden angerichtet, sei es durch die Vertreibung von „nicht-arischen“ Urheberrechtlern aus ihrem Wirkungsfeld oder mittelbar durch die Einrichtung der Reichskulturkammer, die es unliebsamen Kreativen faktisch unmöglich machte, in ihrem Beruf tätig zu bleiben und ihre Werke zu verwerten.[31] Und wie in den übrigen Disziplinen unterstützte die Rechtsprechung auch im Urheberrecht den Verfall, indem sie häufig nicht Recht, sondern Unrecht sprach.[32] Auch das Reichsgericht war kein Garant oder Hort des Rechts.[33] Exemplarisch erwähnt sei aus dem zivilrechtlichen Bereich das berühmt-berüchtigte Urteil aus dem Jahre 1934, in dem noch ohne positivrechtliche Grundlage die „rassische Zugehörigkeit“ eines Ehepartners als persönliche Eigenschaft gedeutet wurde, über deren Vorliegen und Bedeutung der andere Ehepartner derart irren konnte, dass er zur Anfechtung der Ehe nach dem damaligen § 1333 BGB berechtigt war – und das selbst dann, wenn die Ehe *vor* der nationalsozialistischen „Machtergreifung“ 1933 geschlossen worden war.[34]

Das hier geschilderte Beispiel zeigt jedoch, dass die Richter im Nationalsozialismus dem ihnen ausdrücklich oder implizit abverlangten Unrecht durchaus mit juristischem Handwerkszeug wie der Auslegung von Normtexten widerstehen konnten. Mit dem Parteiprogramm der NSDAP gegen *Joseph Goebbels* und seinen Reichs-Rundfunk – auch den angeblich „positivistisch wehrlosen“ weil durch den Grundsatz „Gesetz ist Gesetz“ gebundenen[35] Richtern am Reichsgericht war es ein Leichtes, „den Nationalsozialismus mit seinen eigenen Waffen“[36] zu schlagen. Man fragt sich nur: Warum haben sie das nicht häufiger getan?

schon RGZ 128, 102 (113, Schlager-Liederbücher); 134, 198 (201, Mechanische Musik und ältere Beiträge); der BGH führte diese Rechtsprechung fort, *Vogel* (Fn. 20), Einleitung Rn. 79; s. exemplarisch BGHZ 11, 135 (143, öffentliche Schallplattenvorführung).

[27] Eher zweifelnd aber die Frage offen lassend *Hoffmann*, UFITA 10 (1937), 133 (140) in seiner Urteilsbesprechung.

[28] RG Urt. v. 10.3.1934, in GRUR 1935, 255 (257).

[29] *Rüthers* (Fn. 25), S. 28; *ders.*, NJW 1988, 2825 (2832).

[30] RGZ 153, 1 (22, Schallplatten und Rundfunk).

[31] Vgl. *Vogt* (Fn. 5), S. 302; *Wandtke*, UFITA 2002/II, 451 (466 f.).

[32] *Wandtke*, UFITA 2002/II, 451 (461) führt hierzu aus, dass grundsätzlich auch „die Rechtsprechung im Urheberrecht die Menschenverachtung der deutschen Rechtsentwicklung während des Nationalsozialismus dar[stellt]“.

[33] Deutlich *Kaul* (Fn. 1), S. 64, 76, 240 ff.; zurückhaltender *Buschmann*, NJW 1979, 1966 (1973): Im Ganzen „eher reservierte Haltung“ des Reichsgerichts zu den Machthabern und ihren Vorstellungen, jeweils m.w.N.

[34] RGZ 145, 1 (4); näher z.B. *Rüthers*, NJW 1988, 2825 (2834) m.w.N auch zu Vor- und weiteren Geschichte dieser Entscheidung; weitere Beispiele aus dem Zivilrecht bei *Kaul* (Fn. 1), S. 66 ff.

[35] In diesem Sinne zur Situation der Juristen im „Dritten Reich“ etwa *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107); *Weinkauff*, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Bd. 1, 1968, S. 29, 182; kritisch hierzu z.B. *Walther*, in: Dreier/Säcker (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“, 1989, 323 (353 f.).

[36] *Wandtke*, UFITA 2002/II, 451 (460), der aber auf die ausdrückliche Argumentation des Gerichts mit dem Parteiprogramm der NSDAP nicht eingeht; *Hefti* (Fn. 7), S. 164 (176) bezeichnet das Urteil zwar als „bekannt“, erwähnt aber gleichfalls nicht die unmittelbare Argumentation mit dem Parteiprogramm.

# Strafbare Entziehung elektrischer Energie durch Aufladen eines Mobiltelefons?

Von Wiss. Angestellter **Dominik Brodowski**, LL.M. (Univ. Pennsylvania), Tübingen*

*Der Arbeitnehmer habe sein Mobiltelefon am Arbeitsplatz aufgeladen und damit eine Straftat zulasten des Arbeitgebers begangen – so lässt sich der Vorwurf einer außerordentlichen und fristlosen Kündigung zusammenfassen, die zu einem öffentlichkeitswirksamen arbeitsgerichtlichen Verfahren im Sommer 2009 führte.[1] Der materielle Schaden durch ein Aufladen eines Mobiltelefons soll lediglich 0,00014 € betragen.[2] Auch wenn diese Kündigung inzwischen zurückgenommen wurde,[3] verbleibt die strafrechtliche Frage, inwieweit das Aufladen eines Mobiltelefons – am Arbeitsplatz, am Flughafen, im Restaurant – gemäß § 248c StGB strafbar ist, und bietet dabei genügend Anlass, diesen Tatbestand grundsätzlich neu zu beleuchten.*

## I. Ein entbehrlicher Tatbestand?

Die Entziehung elektrischer Energie, § 248c StGB, taugt wie kein zweiter Tatbestand als Beispiel für das materiell-strafrechtliche Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 EMRK, § 1 StGB) und ist daher schon angehenden Juristen eindrücklich bekannt:[4] Nachdem das Reichsgericht entschieden hatte, dass Strom keine Sache sei und daher „Strom-" bzw. „Elektrizitätsdiebstahl" nicht unter § 242 StGB subsumierbar sei,[5] habe der Gesetzgeber reagiert und einen Spezialtatbestand eingeführt, der zur heutigen Form des § 248c StGB geführt habe.[6] Inzwischen nagen manche Stimmen in der Literatur an dieser Argumentationslinie: Elektronen seien schließlich (auch) Materie (Welle-Teilchen-Dualismus),[7] daher eine entsprechende Auslegung des § 242 StGB möglich und § 248c StGB „entbehrlich".[8] Allerdings ist Kern des „Stromdiebstahls" die *unbefugte Nutzung elektrischer Energie*,[9] und es ist auch physikalisch schier abwegig, anstelle dessen die submikroskopischen, sich in der Summe weitestgehend aber wieder ausgleichenden Verschiebungen von Elektronen[10] bei einem Stromfluss berücksichtigen zu wollen. Mithin ist § 248c StGB theoretisch und mit mehreren hundert Verurteilten pro Jahr[11] auch praktisch nicht entbehrlich.

## II. *Fremde* Energie?

Im Tatbestand bereitet sogleich das Merkmal der *fremden* elektrischen Energie Schwierigkeiten. Die Fremdheit wird bei § 242 StGB in zivilrechtsakzessorischer Weise eigentumsrechtlich bestimmt.[12] Doch dieser Weg steht bei § 248c StGB gerade nicht offen,[13] da an elektrischer Energie mangels

---

* Der *Verf.* ist Wiss. Angestellter am Lehrstuhl für Europäisches Straf- und Strafprozessrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen, Prof. *Dr. Joachim Vogel*, RiOLG.

[1] ArbG Oberhausen – 4 Ca 1228/09; vgl. hierzu die Pressemitteilungen des ArbG Nr. 6 vom 31.7.2009.

[2] Vgl. *Rolfs*, beck-blog vom 3.8.2009, http://tr.im/zgUI (Stand 17.9.2009). Dass § 248c StGB allerdings dazu verleitet, einen Blick auf tatsächliche Schäden zu vergessen, verdeutlicht auch die lesenswerte Replik von *Beesner*, MDR 1991, 939, auf *Stimpfig*, MDR 1991, 709.

[3] Pressemitteilung des ArbG Oberhausen Nr. 7 vom 5.8.2009.

[4] Vgl. hierzu exemplarisch aus der Literatur zum Allgemeinen Teil *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2005, Rn. 35; *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2008, § 3 Rn. 7; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 33; *Weber*, in: Baumann/ders./Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 9 Rn. 88, 90. Kritisch zur Bedeutung des Bestimmtheitsgebots jüngst *Rotsch*, ZJS 2008, 132.

[5] RGSt 29, 111; RGSt 32, 165. S. ferner *Kohlrausch*, ZStW 20 (1900), 459. Dem folgend auch die zivilrechtlich h.M., vgl. nur *Ellenberger*, in: Palandt (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, § 90 Rn. 2.

[6] Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit vom 9.4.1900 (RGBl I S. 228), durch das 3. StrÄndG 1953 ins StGB überführt.

[7] In diese Richtung *Hohmann*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 248c Rn. 2.

[8] So ausdrücklich *Coing/Honsell*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2004, Einleitung Rn. 157; s. zudem *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 40 Rn. 10; *Kohlrausch/Lange*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Aufl. 1961, § 248c I.; offen gelassen durch *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 242 Rn. 9; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Fn. 7), § 242 Rn. 20.

[9] So auch die h.M., die als Rechtsgut des § 248c die Verfügungsbefugnis des Berechtigten über elektrische Energie sieht, vgl. *Duttge*, in: Dölling/ders./Rössner, Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 248c Rn. 1; *Hohmann*, (Fn. 7), § 248c Rn. 1; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 248c Rn. 1; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 47. Lieferung, Stand: Februar 1999, § 248c Rn. 1.

[10] Soweit sich nach Ende des Stromflusses dieselben Elektronen (denen selbst auch nicht – *lucrum ex re* – die Energie entzogen wird) wieder in der fremden elektrischen Anlage, etwa im Stromnetz, befinden, wäre die unverzügliche „Rückgabe" derselben Sache zu berücksichtigen. Für die verbliebenen „weggenommenen" Elektronen, die durch andere Elektronen (schon physikalisch gleicher Art und Güte!) ausgeglichen werden, könnte auf die Fälle eigenmächtigen Geldwechselns rekurriert werden. All das erscheint angesichts der eigentlich relevanten elektrischen Energie als abwegig.

[11] So gab es 882 Fälle im Jahr 2007, s. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 1, 2008, S. 80.

[12] Vgl. nur BGHSt 6, 377 (378); *Eser* (Fn. 8), § 242 Rn. 12; *Fischer* (Fn. 9), § 242 Rn. 5; *Schmitz* (Fn. 8), § 242 Rn. 27.

[13] OLG Celle MDR 1969, 597; *Eser* (Fn. 8), § 248c Rn. 3; *Hohmann* (Fn. 7), § 248c Rn. 6; *Kindhäuser*, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch,

Sachqualität auch kein Eigentum begründet werden kann.[14] Entscheidend ist vielmehr, wer ein *Recht zur* (zumeist einen *Anspruch auf*) *Nutzung der Energie* hat,[15] welches originär dem Erzeuger der elektrischen Energie oder dem Eigentümer einer Batterie zusteht, derivativ aber etwa Versorgungsunternehmen und Abnehmern (vertraglich) eingeräumt werden kann. Daher ist eine vertragsgemäße Nutzung elektrischer Energie nicht tatbestandsmäßig. So ist etwa elektrische Energie für einen einen Hotelgast nicht fremd, wenn ihm, wie üblicherweise, konkludent das Recht eingeräumt wurde, elektrische Kleingeräte (z.B. Laptop, Mobiltelefon, Bügeleisen) zu nutzen.[16]

### III. Tatbestandsausschließendes Einverständnis in die *Entziehung* elektrischer Energie?

Zumeist übersehen wird, dass dem Tatbestandsmerkmal der *Entziehung* elektrischer Energie (auch bei §§ 316b Abs. 1, 317 Abs. 1 StGB) eine Willensbruchskomponente zu entnehmen ist,[17] mithin ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in Betracht kommt.[18] Denn erstens spricht der Wortlaut nicht neutral von einer „Ableitung" oder „Entnahme" elektrischer Energie.[19] Zweitens ist dies dem mikrosystematischen und auch historischen Bezug zu § 242 StGB zu schulden, bei dem ein Gewahrsams*bruch* erforderlich ist.[20] Drittens sprechen auch andere Verwendungen einer „Entziehung" im StGB für eine solche Komponente, am deutlichsten bei der Entziehung Minderjähriger (§ 235 StGB), die begrifflich bei einem Einverständnis der Sorgeberechtigten ausgeschlossen ist.[21]

Da eine vertragliche, auch konkludente Einräumung eines Nutzungsrechts bereits die Fremdheit (oben II.) ausschließt, betrifft dies vor allem die Fälle, in denen eine Fremdnutzung der elektrischen Energie von einem Nutzungsberechtigten ermöglicht oder auch nur geduldet wird. Man denke hier etwa an die Steckdosen in Reisezügen, die mit einem Piktogramm eines Notebooks versehen sind. Der Reisende hat neben seinem Beförderungsanspruch keinen Anspruch auf die Nutzung elektrischer Energie für sein Notebook erworben, mithin bleibt die auf diese Weise zur Verfügung gestellte elektrische Energie für ihn fremd. Das Beförderungsunternehmen ist aber – im Rahmen der (zuweilen lückenhaften) Versorgung dieser Steckdose mit Strom – mit der Nutzung durch Reisende einverstanden. Gleiches gilt z.B. für Steckdosen, die an Sitzplätzen in Hörsälen angebracht sind.

Mit einem Einverständnis werden aber auch Fälle tatbestandlich ausgeschlossen, in denen ein Nutzungsberechtigter einem anderen nicht wirksam das Recht einräumen kann, die elektrische Energie zu nutzen, aber gleichwohl mit der Nutzung durch diesen einverstanden ist – etwa wenn ein minderjähriges Kind einem minderjährigen Gast erlaubt, seine elektronische Spielkonsole an das häusliche Stromnetz anzuschließen. Diese Komponente erhöht die Parallelität zu § 242 StGB, denn dort ist bezüglich des tatbestandsausschließenden Einverständnisses auch auf den (natürlich-faktisch zu bestimmenden und typischerweise zum Gebrauch der Sache berechtigten) Gewahrsamsinhaber und nicht auf den (verfügungsberechtigten) Eigentümer abzustellen.

### IV. Zur ordnungsgemäßen Entnahme bestimmter Leiter?

Nach vorherrschender Auffassung ist ein Leiter zur ordnungsgemäßen Entnahme von elektrischer Energie bestimmt, wenn er vom (Nutzungs-)Berechtigten *allgemein* zur Entnahme von Strom bestimmt oder gewidmet ist.[22] Eine bloß vertrags- oder rechtswidrige Nutzung eines derart gewidme-

---

2. Aufl. 2005, § 248c Rn. 2; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/2, 2001, § 1 Rn. 43, 48.

[14] Vgl. die in Fn. 13 genannten, sowie aus zivilrechtlicher Sicht *Bassenge*, in: Palandt (Fn. 5), § 903 Rn. 2 auch unter Verweis auf BGHZ 44, 288.

[15] *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2009, Rn. 278; *Eser* (Fn. 8), § 248c Rn. 3; *Hohmann* (Fn. 7), § 248c Rn. 6; *Mitsch* (Fn. 13), § 1 Rn. 48; *Otto* (Fn. 8) § 45 Rn. 1; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2009, § 6 Rn. 10; *Ruß*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 248c Rn. 3; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 32. Aufl. 2009, Rn. 408. Enger *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 5. Aufl. 2008, § 8 Rn. 3; *ders*. (Fn. 13), § 248c Rn. 2: Auch Nutzung entgegen dem vereinbarten Zweck sei fremd.

[16] A.A. *Herzberg/Hardtung*, JuS 1994, 492 (494).

[17] So aber bereits *Kohlrausch*, ZStW 20 (1900), 459 (496 f.); s. auch *Eisele* (Fn. 15), Rn. 279; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 15), Rn. 408; vgl. ferner *Mitsch* (Fn. 13), § 1 Rn. 51, der erst am „*Leiter*" anknüpft.

[18] Zur Abgrenzung zu einer rechtfertigenden Einwilligung s. nur *Mitsch*, in: Baumann/Weber/ders. (Fn. 4), § 17 Rn. 93; *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 441 f.; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 12 Rn. 33 f.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 25; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, Rn. 366. Kritisch aber etwa *Roxin* (Fn. 4), § 13 Rn. 11 ff.

[19] Anders aber *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 316b Rn. 8: „Entziehen bedeutet so viel wie Ableiten." Dass ein Gegenentwurf zum Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit vom 9.4.1900 eine „*Entnahme* fremder elektrischer Energie vor[sah]" (*Kohlrausch*, ZStW 20 [1900], 459 [483]; *Herv*. v. *Verf.*), spricht auch historisch für eine solche Differenzierung.

[20] S. nur *Eisele* (Fn. 15), Rn. 48; *Fischer* (Fn. 9), § 242 Rn. 22; *Rengier* (Fn. 15), § 2 Rn. 31. Vgl. aber auch *Rotsch*, GA 2008, 65.

[21] Vgl. nur *Eser* (Fn. 8), § 235 Rn. 8. Ähnliche Verwendungen des Begriffs finden sich etwa auch im Tatbestand der Verletzung der Unterhaltspflicht, § 170 StGB, die bei einverständlichem Unterlassen einer Zahlung ebenfalls tatbestandlich ausscheidet, oder bei der Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB), eine dem Täter zumeist höchst unerwünschte Folge.

[22] *Eisele* (Fn. 15), Rn. 279; *Eser* (Fn. 8), § 248c Rn. 10; *Fischer* (Fn. 9), § 248c Rn. 3; *Hohmann* (Fn. 7), § 248c Rn. 12; *Kindhäuser* (Fn. 15), § 8 Rn. 6; *ders*. (Fn. 13), § 248c Rn. 6; *Mitsch* (Fn. 13), § 1 Rn. 51; *Ruß* (Fn. 15), §248c Rn. 5; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 15), Rn. 408.

ten Leiters ist daher nicht tatbestandsmäßig,[23] so etwa, wenn ein elektrischer Herd unbefugt benutzt wird oder auf einem Arbeitsplatzrechner ein rechenintensives und daher den Stromverbrauch erhöhendes Computerspiel ausgeführt wird. Unstrittig erfüllt ist aber der Tatbestand etwa bei einer Überbrückung des Stromzählers oder bei einer sonstigen Manipulation am Strom*netz*, um an Strom zu gelangen,[24] da der hier zur Stromentnahme verwendete Leiter nicht vom Berechtigten zur Entnahme bestimmt oder gewidmet ist.

Nähere Betrachtung verdient aber die Fallgruppe, dass der Täter eine bereits vorhandene *Steckdose*, oder auch einen stromführenden Anschluss eines vorhandenen informationstechnischen Systems, beispielsweise einen USB-Anschluss, verwendet. Einer verbreiteten Auffassung nach ist entscheidend, ob der Berechtigte die Nutzung der an der Steckdose angeschlossenen Kabel und Geräte allgemein oder konkret untersagt hat.[25] Dies führt zu einer – auch rechtspolitisch zweifelhaften[26] – Differenzierung zwischen vertragswidriger Nutzung vorhandener Geräte und vertragswidriger Nutzung von Steckdosen. Demzufolge kann entscheidende Tatfrage sein, ob der Stecker eines vertragswidrig genutzten, vorgefundenen Geräts schon in der Steckdose steckte oder erst vom Täter eingesteckt wurde.[27] Eine andere Auffassung sieht eine ordnungswidrige Entnahme nur dann als gegeben an, wenn der Leiter nicht sozialadäquat eingesetzt wurde.[28] Dieser Auffassung nach ist regelmäßig jede Verwendung einer Steckdose durch einen dafür vorgesehenen Stecker nicht tatbestandsmäßig. Richtigerweise ist aber nach oben genannter Definition darauf abzustellen, ob der Leiter „*Steckdose*" vom Berechtigten allgemein zum Entzug elektrischer Energie bestimmt wurde, ob diese Steckdose von ihm also zum Anschluss irgendwelcher elektrischer Geräte bestimmt wurde.[29] Ist dies der Fall, sind ein bloß vertragswidriger Anschluss und eine bloß vertragswidrige Benutzung anderer Geräte nicht tatbestandsmäßig. Schließt daher der Angestellte vertragswidrig sein Ladegerät an eine Steckdose an, die vom Arbeitgeber *allgemein* zur Benutzung (etwa im Hinblick auf eine Leselampe) bestimmt wurde, handelt er nicht tatbestandsmäßig. Diese Auffassung vermeidet die aufgezeigte künstliche Differenzierung und schließt konsequent bloß vertragswidriges Verhalten aus dem Tatbestand aus.

### V. Tatbestandsausschließender Irrtum?

Irrtümer des Täters können ebenfalls gem. § 16 Abs. 1 StGB den Tatbestand des § 248c StGB entfallen lassen, gleich ob sie auf der irrigen Vorstellung des Täters beruhen, er habe einen Anspruch auf Nutzung (normatives Tatbestandsmerkmal der Fremdheit[30]), er handle mit Einverständnis des Nutzungsberechtigten oder der Leiter (etwa die Steckdose) sei vom Nutzungsberechtigten zur ordnungsgemäßen Entnahme bestimmt.

### VI. Mutmaßliche oder hypothetische Einwilligung?

Die Rechtswidrigkeit der „Zueignung" kann aufgrund allgemeiner Rechtfertigungsgründe entfallen, wobei angesichts des tatbestandsausschließenden Einverständnisses und der Möglichkeit zur Einräumung derivativer Nutzungsrechte kein Raum für eine *Einwilligung* verbleibt. Zwar ist eine *mutmaßliche Einwilligung* zu einer einholbaren grundsätzlich subsidiär. Allerdings kann eine theoretisch mögliche, vorherige Befragung entfallen, wenn davon ausgegangen werden kann, der Berechtigte lege auf diese Rücksprache keinen Wert.[31] Zudem soll es nach den Grundsätzen der *hypothetischen Einwilligung* ausreichen, wenn der Berechtigte bei entsprechender Befragung eingewilligt hätte.[32]

Selbst wenn man der Gegenauffassung (oben IV.) folgt, entfällt daher in vielen Fällen der Nutzung elektrischer Kleingeräte eine Strafbarkeit: Ein Flughafenbetreiber dürfte über die Rückfrage, ob ein Mobiltelefon in den 30 Minuten vor Boarding an einer versteckt unter einer Sitzbank angebrachten Steckdose aufgeladen werden darf, ebenso zum Schmunzeln verleitet sein wie der Inhaber eines Cafés, das mit kostenlosem Internetzugang wirbt, über die Frage, ob man an der unter dem Barhocker befindlichen Steckdose sein Notebook mit Strom versorgen dürfe. Soweit nicht die Nutzung privater elektrischer Geräte explizit geregelt ist, kann dies auch auf Arbeitsverhältnisse übertragen werden: So wird in aller Regel davon auszugehen sein, dass der Arbeitgeber bezogen auf den Stromverbrauch kein Interesse an einer

---

[23] *Eisele* (Fn. 15), Rn. 280; *Eser* (Fn. 8), § 248c Rn. 10; *Fischer* (Fn. 9), § 248c Rn. 3; *Hohmann* (Fn. 7), § 248c Rn. 12; *Kindhäuser* (Fn. 15), § 8 Rn. 7; *ders*. (Fn. 13), § 248c Rn. 6; *Mitsch* (Fn. 13), § 1 Rn. 51; *Otto* (Fn. 8), § 45 Rn. 2; *Rengier* (Fn. 15), § 6 Rn. 10; *Ruß* (Fn. 15), §248c Rn. 5; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 15), Rn. 408.

[24] Vgl. etwa *Hohmann* (Fn. 7), § 248c Rn. 12; *Otto* (Fn. 8), § 45 Rn. 2; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 15), Rn. 408.

[25] S. die oben in Fn. 23 genannten. Noch enger *Hoyer* (Fn. 9), § 248c Rn. 7, der ein *konkretes* Einverständnis voraussetzt.

[26] *Eser* (Fn. 8), § 248c Rn. 11; *Hohmann* (Fn. 7), § 248c Rn. 12; *Kindhäuser* (Fn. 15), § 8 Rn. 6; *ders*. (Fn. 13), § 248c Rn. 7; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 15), Rn. 408.

[27] Vgl. die Beispiele bei *Eisele* (Fn. 15), Rn. 279 f.

[28] *Kohlrausch/Lange* (Fn. 8), § 248c IV.; *Samson*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 9), § 248c Rn. 8.

[29] Unklar OLG Düsseldorf NStE § 248c Nr. 1. Zunächst spricht es davon, die „betreffende *Steckdose* [sei] hierfür nicht bestimmt" gewesen, dann stellt es allerdings auf das „als Leiter benutzte *Verlängerungskabel*" ab, bevor es schließlich beide Aspekte kombiniert: „mittels einer *Verlängerungsschnur* von der [betreffenden] *Steckdose*" (*Herv*. v. *Verf.*).

[30] *Fischer* (Fn. 9), § 238c Rn. 4; *Hohmann* (Fn. 7), § 248c Rn. 13; *Hoyer* (Fn. 9), § 248c Rn. 11; *Kindhäuser* (Fn. 15), § 8 Rn. 10; *ders*. (Fn. 13), § 248c Rn. 9.

[31] *Heinrich* (Fn. 4), Rn. 478; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), vor § 32 Rn. 54; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 34 VII. 1.; *Tiedemann*, JuS 1970, 108 (109); kritisch *Roxin* (Fn. 4), § 18 Rn. 11.

[32] Vgl. BGH NStZ-RR 2004, 16; BGH NStZ-RR 2007, 349; *Kindhäuser* (Fn. 4), § 19 Rn. 15 ff.; *Kühl* (Fn. 18), § 9 Rn. 47a; *Roxin* (Fn. 4), § 13 Rn. 118; *Wessels/Beulke* (Fn. 18), Rn. 381b.

Rückfrage hat, ob ein Heißwasserkocher, eine Kaffeemaschine oder auch das Ladegerät eines Mobiltelefons angeschlossen werden darf. Liegen die weiteren Voraussetzungen einer mutmaßlichen Einwilligung vor, ist eine entsprechende (im Übrigen auch sozialadäquate) Nutzung elektrischer Energie nicht *strafrechts*relevant.

**VII. Strafprozessuale Einschränkungen?**

Schließlich ist noch auf (im weitesten Sinne) strafprozessuale Korrektive hinzuweisen: Die hier beschriebenen Nutzungen elektrischer Energie sind regelmäßig geringwertig. § 248c Abs. 1 StGB ist daher gemäß § 248c Abs. 3 i.V.m. § 248a StGB ein relatives Antragsdelikt. Ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung erscheint in Fällen der sozialadäquaten Nutzung elektrischer Kleingeräte an fremden Steckdosen nahezu ausgeschlossen, denn es fehlt jedenfalls an einer erheblichen kriminellen Energie, und auch in der Summe sind die finanziellen Belastungen der Opfer in heutiger Zeit niedrig. Daher wird zudem ganz regelmäßig bei Vorliegen eines Strafantrags eine Verfahrenseinstellung gem. § 153 Abs. 1 S. 1 StPO in Betracht kommen, auch ohne dass es der Zustimmung des Gerichts bedürfte (§ 153 Abs. 1 S. 2 StPO).

**VIII. Außerstrafrechtliche Konsequenzen; Zusammenfassung**

Die hier getroffenen Wertungen sind freilich kein Freibrief für Arbeitnehmer, Untermieter und Hotelgäste, nach Belieben elektrische Energie zu verwenden: Abrede- bzw. vertragswidrige Nutzungen bleiben vertragswidrig und können zivil- und arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen; eine vertragslose Nutzung elektrischer Energie kann jedenfalls bereicherungsrechtliche Ansprüche begründen. Bloßes Vertragsunrecht erfüllt aber nicht die dem *ultima ratio*-Prinzip geschuldete Hürde für den Einsatz des Strafrechts. Die hier aufgezeigte Auslegung des Tatbestands des § 248c StGB, welche die *Fremdheit* der elektrischen Energie nach zivilrechtlichen Nutzungsrechten bestimmt, bei der *Entziehung* elektrischer Energie ein tatbestandsausschließendes Einverständnis anerkennt und sich bei der Bewertung, ob ein *Leiter zur ordnungsgemäßen Entziehung von Energie bestimmt* ist, bei vorgefundenen Steckdosen auf diese und den Stromleiter hin zur Steckdose bezieht, führt neben einer historisch gebotenen Parallelität zu § 242 StGB auch zu kriminalpolitisch vernünftigen, dogmatisch stimmigen Ergebnissen.