

Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Katharina Beckemper, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Mark Zöllner

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

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. 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: Prof. Dr. Katharina Beckemper, Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Mark Zöllner

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner

Internetauftritt: René Grellert

Anzeigenschaltung: Felicitas Munzig

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Rechtsfolgen des Lohnwuchers

Von stud. iur. David Yang, Heidelberg

1

Öffentliches Recht

Vier Wege zur Verfassungsgeschichte

Das Verhältnis von Staat, Religion und Kirchen im Spiegel verfassungsgeschichtlicher Methoden

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Julian Krüper, Düsseldorf

9

Friedrich II. von Preußen und das Recht

Das Interpretationsverbot im ALR, der Prozess des Müllers Arnold und der Überfall auf Sachsen

Von Prof. Dr. Hans Paul Prümm, Berlin

24

Strafrecht

Die mutmaßliche Einwilligung

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam

38

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Öffentliches Recht

Art. 14 GG für Fortgeschrittene

45 Fragen zum Eigentum, die Sie nicht überall finden. Unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts

Von Prof. Dr. Joachim Lege, Greifswald

44

Grundrechte als Herausforderung bei der Falllösung im Examen – wie ist vorzugehen, wenn mehrere Grundrechte oder andere Verfassungsgüter herangezogen werden müssen?

Von Prof. Dr. Ekkehard Hofmann, stud. iur. Fabian König, Würzburg

54

ÜBUNGSFÄLLE*Zivilrecht*

Übungsfall: Action im Kino
Von Jan Ehlers, Greifswald 70

Übungsfall: Nur Europa kann den Bürgen retten
Von Alexander Grimm, LL.M. oec., Johannes Rehahn,
Halle (Saale) 80

Öffentliches Recht

Übungsklausur: Das neue Kulturgutschutzgesetz
Von Dr. Boas Kümper, Bochum/Münster 91

Strafrecht

Übungsfall: Selbstjustiz auf der Intensivstation
Von Akad. Rat a.Z. Dr. Bijan Fateh-Moghadam,
Wiss. Mitarbeiterin Marina Kohake, Münster 98

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN*Öffentliches Recht*

**BVerfG, Ur. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10,
2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10
(Euro-Rettung und Demokratieprinzip)**
(Prof. Dr. Carsten Doerfert, Bielefeld) 106

Strafrecht

**BGH, Ur. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11
(Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung
bei der Putativnotwehr)**
(Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen) 109

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN*Zivilrecht*

**BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – Xa ARZ 191/10
(Besonderer Gerichtsstand der Widerklage bei
Zedentenwiderklage)**
(Prof. Dr. Beate Gsell, München) 117

Öffentliches Recht

**OVG NRW, Ur. v. 23.11.2011 – 11 A 2511/10
(„Partybikes“ als Sondernutzung)**
(Prof. Dr. Matthias Cornils, Mainz) 120

Strafrecht

**BGH, Beschl. v. 1.3.2011 – 3 StR 450/10
(Zur rechtlichen Beurteilung der irrigen Annahme
von Tatsachen, die den Schluss auf eine
Intensivierung des bereits in Gang befindlichen
rechtswidrigen Angriffs zulassen, als
Erlaubnistatbestandsirrtum)**
(Prof. Dr. Arndt Sinn, Osnabrück) 124

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN (Forts.)*Strafrecht*

- BGH, Urt. v. 21.6.2011 – 5 StR 52/11**
(Weitergeltung der verfassungswidrigen
Vorschriften zur [nachträglichen]
Sicherungsverwahrung bis zur Neuregelung,
längstens bis 31.5.2013)
 (Prof. Dr. Tobias Singelstein, Berlin) 128
- BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10**
(Tötungsvorsatz eines Arztes bei verzögerter
Klinikeinweisung nach einer ambulanten Operation)
 (Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig) 132
- BGH, Beschl. v. 15.3.2011 – 4 StR 40/11**
(Zu den Voraussetzungen des Missbrauchs von
Amtsabzeichen und der Amtsanmaßung bei der
Begehung eines Raubes)
 (Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz) 138

BUCHREZENSIONEN*Zivilrecht*

- Florian Mächtel/Ralf Uhrich/Achim Förster (Hrsg.),**
Geistiges Eigentum: Vorschriftensammlung zum
gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und
Wettbewerbsrecht, 2011
 (Wiss. Mitarbeiter Robert Briske, Halle) 144
- Adolf Baumbach/Klaus J. Hopt,**
Handelsgesetzbuch, 35. Aufl. 2012
 (Rechtsanwalt Dr. Jürgen Niebling, München-Pullach) 146

Öffentliches Recht

- Thorsten Deppner/Matthias Lehnert/Philip Rusche/**
Friederike Wapler, Examen ohne Repetitor –
Leitfaden für eine selbstbestimmte und
erfolgreiche Examensvorbereitung, 3. Aufl. 2011
 (Wiss. Mitarbeiter Thomas Felten, Bochum) 148
- Jens Petersen, Medienrecht, 5. Aufl. 2010**
 (Dr. Marcus Schladebach, LL.M., Berlin/Augsburg) 150
- Burkhard Schöbener/Ralf Jahn, Fälle zum**
Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2009
 (Akad. Rat a.Z. Thomas Schwabenbauer, München) 152
- Rolf Schwartmann (Hrsg.), Völker- und**
Europarecht, 8. Aufl. 2011
 (Rechtsreferendarin Viktoria Sinner, Darmstadt) 154

Rechtsfolgen des Lohnwuchers – Teil 2*

Von stud. iur. **David Yang**, Heidelberg

Im zweiten Teil seines Beitrags setzt sich der Verf. mit den Rechtsfolgen und – darauf basierend – den Konkurrenzen des Lohnwuchers auseinander. Der Verf. zeigt dabei, dass sich komplexe Probleme auch ohne Rückgriff auf gewagte dogmatische Konstruktionen bewältigen lassen, indem streng nach der vom Gesetz vorgegebenen Dogmatik vorgegangen wird.

I. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis

Die Rechtsprechung ging ursprünglich davon aus, im Falle des Lohnwuchers müsse der gesamte Vertrag nichtig sein,¹ allerdings habe die Nichtigkeit aufgrund der bereits erfolgten Infunktionsetzung des Arbeitsverhältnisses keine rückwirkende Kraft, vielmehr sei das Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit wie ein fehlerfrei zustande gekommenes zu behandeln.² Als Grund für die Beschränkung der ex-tunc-Nichtigkeit wird auf Schwierigkeiten bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verwiesen: Als Dauerschuldverhältnis besonderer Prägung erzeuge der Arbeitsvertrag eine Vielzahl von Pflichten, Leistungen und Rechtspositionen, die bei einer längeren Vollzugsdauer nicht ohne weiteres rückabgewickelt werden könnten.³ Auch führe eine bereicherungsrechtliche Abwicklung zu unangemessenen Ergebnissen für den Arbeitnehmer, wenn die Arbeitsleistung den Arbeitgeber nicht bereichert habe,⁴ oder wenn die Bereicherung nachträglich entfallen sei, so dass sich der Arbeitgeber auf Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen könne.⁵ Schließlich müsse dem Arbeit-

nehmer auch im Falle der Nichtigkeit des Vertrags Lohn- und Aufrechnungsschutz (§ 850 ZPO; §§ 394, 400 BGB) gewährt werden.⁶

II. Kritik

Die pauschale Einschränkung der Nichtigkeitswirkung durch die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis kann nicht für alle Fälle überzeugen. So müsste eine konsequente Anwendung dieser Lehre das gesamte Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit unangetastet lassen.⁷ Es wäre aber widersinnig, unter Berufung auf Arbeitnehmerschutzerwägungen die Parteien in Fällen des Lohnwuchers an den vereinbarten Leistungen festzuhalten: Dem Arbeitgeber blieben dadurch gerade die Früchte erhalten, die er sich durch sein sittenwidrigkeitsbegründendes Verhalten verschafft hat, so dass der Zweck der Nichtigkeitsvorschrift konterkariert wäre. Und auch dem Arbeitnehmer wäre mit Lohnpfändungsschutz für sein sittenwidriges Gehalt wenig geholfen. Schließlich ist die Annahme fehlerhaft, die ex-tunc-Wirkung der Nichtigkeit des Vertrags müsse Hauptleistungspflichten und Nebenpflichten gleichermaßen treffen. Die verschiedenen Grundlagen und Funktionen der das Arbeitsverhältnis prägenden Einzelregelungen verbieten es vielmehr, vom Schicksal der einen ohne weiteres auf das der anderen zu schließen.⁸ Richtigerweise ist jeder Rechtsbestandteil des Arbeitsverhältnisses einer Prüfung dahingehend zu unterziehen, inwieweit der konkrete Nichtigkeitsgrund seinem Zweck nach auch diese Regelung betreffen soll.⁹ Die Beschränkung der Nichtigkeitsfolge ergibt sich damit nicht pauschal von außen, sondern schon aus dem Zweck der Nichtigkeitsnorm selbst.¹⁰ Bei einer solchen Betrachtung zeigt sich, dass die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsprobleme sich allein auf die zahlreichen Nebenpflichten konzentrieren, welche vom Zweck des Wucherverbotes aber gar nicht betroffen sind, so dass sich die Nichtigkeitsfolge insoweit auf eine ex-nunc-Wirkung beschränken kann. Das Wucherverbot betrifft allein die synallagmatisch verknüpften Hauptleistungspflichten, also die Pflichten zur Arbeitsleistung und Lohnzahlung. Nur diese sind daher als von Anfang an nicht bestehend anzusehen, so dass die diesbezüglich erbrachten Leistungen bereicherungsrechtlich rückabgewickelt werden müssen. Einer solchen Lösung steht auch nicht § 139 BGB entgegen. Dieser klärt

* Fortsetzung von ZJS 2011, 430.

¹ Das BAG AP Nr. 2 zu § 138 BGB, sub III 2 spricht dabei eindeutig von dem „nichtigen Vertrag“ bzw. dem „nichtigen Arbeitsverhältnis“. Ein Teil der Literatur nimmt dagegen an, das BAG gehe von einer Nichtigkeit allein der Lohnabrede aus, vgl. *Sack*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 138 Rn. 121; a.A. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, § 612 Rn. 2; unklar BAG AP Nr. 60 zu § 612 BGB, sub III 1.

² Für Arbeitsverträge: BAGE 5, 58 (66); 8, 47 (50); BAG AP Nr. 2 zu § 138 BGB, sub III 2. Für Gesellschaftsverträge: RGZ 123, 102 (107 f.); 124, 279 (287 f.); *Hefermehl*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 138 Rn. 13 f.

³ *Junker*, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2011, Rn. 197; *Söllner/Waltermann*, Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2009, Rn. 173. Dass die Rückabwicklungsschwierigkeiten aber nicht unüberwindbar sind, zeigt sich bereits daran, dass die Rechtsprechung in manchen Fällen dennoch nach den §§ 812 ff. BGB rückabwickelt, vgl. nur BAGE 14, 180, (186); BAG AP Nr. 34 zu § 138 BGB; vgl. auch *Joussen*, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, Ed. 22, Stand: 1.12.2011, § 611 Rn. 130.

⁴ *Canaris*, BB 1967, 165 (167); *Wilburg*, AcP 162 (1963), 346 (355 f.); *Riezler*, Venire contra factum proprium, 1912, S. 135.

⁵ *Canaris*, BB 1967, 165 (167); *Joussen* (Fn. 3), § 611 Rn. 128; *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse als

Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957, S. 396, vgl. auch BAG AP Nr. 13 zu § 612 BGB, sub 2 a.

⁶ *Kaskel/Dersch*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1957, § 6 I 2, S. 26; *Simitis* (Fn. 5), S. 292, 374.

⁷ Tatsächlich korrigiert aber auch das BAG sein Ergebnis, indem es für die Vergangenheit modifizierend in die Lohnabrede eingreift, s. u., V.

⁸ *Picker*, ZfA 1981, 1 (54).

⁹ *Picker*, ZfA 1981, 1 (55); *Flume*, Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 30 I, S. 548; § 30 8 (S. 554).

¹⁰ Vgl. *Damm*, JZ 1986, 913 (924).

die Frage, welches Schicksal der Vertrag im Falle der Nichtigkeit nur eines Teils erleidet. Voraussetzung seiner Anwendbarkeit ist damit die Teilbarkeit des Vertrags. Die These der herrschenden Meinung, Lohnabrede und Restteil seien ohne weiteres teilbar,¹¹ kann dabei mit guten Gründen bezweifelt werden: Die „objektive Teilbarkeit“ setzt nämlich voraus, dass nach vorgenommener Teilung der verbleibende Rest als sinnvolles Rechtsgeschäft bestehen bleiben kann¹² – ein Arbeitsvertrag ohne Vergütungsvereinbarung kann aber nur schwerlich als „sinnvoll“ bezeichnet werden. Eine Teilbarkeit ließe sich daher nur dann annehmen, wenn es dispositives Recht gäbe, mit dem sich die Lücke füllen ließe. In diesem Zusammenhang greift die herrschende Meinung auf § 612 Abs. 2 BGB zurück.¹³ Dem kann jedoch nicht gefolgt werden: Der Gesetzgeber hatte – wie bei der Untersuchung des Lohnwuchertatbestands gezeigt wurde – § 612 Abs. 1, Abs. 2 BGB gerade nicht als dispositives Gesetzesrecht, sondern als Auslegungsregel konzipiert, die als Vermutung des Parteiwillens im Falle einer fehlenden Vergütungsabrede greifen sollte. Ist ein dieser Auslegung entgegenstehender Wille der Parteien zur (sittenwidrigen) Vergütung dagegen klar zum Ausdruck gekommen (was in den Lohnwucherfällen immer der Fall ist!), passt die Auslegungsregel nicht.¹⁴ Die Fehlerhaftigkeit der Teilbarkeithypothese zeigt sich indes nicht nur am fehlenden dispositiven Ergänzungsrecht, sondern besonders in den Fällen des Wuchers: Die Sittenwidrigkeit liegt ja nicht allein in der Vergütungsabrede begründet, sondern kommt erst durch das Missverhältnis von Leistung zu Gegenleistung zustande. Warum dann aber als Folge der Sittenwidrigkeit nur die Abrede über die Gegenleistung weggestrichen werden soll und nicht beide in Bezug gesetzten Leistungspflichten – und damit der Kern des gesamten Vertrags – lässt sich nicht erklären.¹⁵ Schließlich kommt auch ersichtlich niemand auf den Gedanken, umgekehrt allein die Entgeltabrede als sittengemäß aufrecht erhalten zu wollen und nur die Leistungspflicht entsprechend anzupassen, so dass der Arbeitnehmer von Anfang an nicht etwa zu wenig erhalten, sondern zu viel geleistet hätte. Richtigerweise ist daher die Annahme der Teilbarkeit von Lohnabrede und

restlichem Vertrag zu verneinen.¹⁶ Mit diesem Ergebnis gerät die hier vertretene Lösung nicht in Konflikt: Denn die Nichtigkeit des gesamten Vertrags steht nicht in Frage, differenziert wird nur hinsichtlich des zeitlichen Geltungsumfangs der Nichtigkeit, inwieweit sie also bereits ex tunc und inwieweit sie nur ex nunc wirkt. Über diese Problematik trifft § 139 BGB keine Aussage. Wollte man dagegen dem „Kunst“-Griff der herrschenden Meinung folgen, entstünden gleich mehrere Folgefragen: So muss sie begründen, wie ihre auf der Voraussetzung der Teilbarkeit des Vertrags basierende Lösung mit dem nun tatsächlich einschlägigen § 139 BGB vereinbar ist, welcher im Falle der Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts eine Vermutung für die Nichtigkeit auch des restlichen Teils enthält. Soweit dieses Problem als solches erkannt wird, lässt man § 139 BGB unangewendet oder kehrt dessen Vermutungsregel unter Berufung auf die arbeitnehmerschützende Zielrichtung der Nichtigkeitsnorm schlicht um.¹⁷ Warum für den Arbeitnehmer eine bloße Teilnichtigkeit im Vergleich zur Vollnichtigkeit überhaupt vorteilhaft sein soll, bleibt aber unbeantwortet. Möglicherweise steht dahinter der Gedanke, dass der um die Lohnabrede gekürzte Arbeitsvertrag mit der „Prothese“ des § 612 Abs. 1, Abs. 2 BGB auch für die Zukunft aufrechterhalten bleiben könne.¹⁸ Die Richtigkeit einer solchen Lösung muss aber vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck des Wucherverbots bezweifelt werden: Denn die Aufrechterhaltung des Vertrags zum üblichen Lohn kann durchaus im Widerspruch zum Willen beider Parteien stehen. Dieses selbst verschuldete Dilemma durch ein Wahlrecht des Arbeitnehmers zwischen Nichtigkeit und (modifizierter) Wirksamkeit aufzulösen hieße, die gesetzlich vorgegebene Dogmatik noch weiter aufzulösen und die Einwendungen der §§ 134, 138 BGB in gewisser Weise zu Einreden zu machen. Mit der Aufrechterhaltung des Vertrags zu geänderten Bedingungen wäre man in der Sache ganz nah bei der Auffassung, die eine teleologische Extension der Vergütungsabrede befürwortet.¹⁹ Dogmatisch betrachtet stellt die Lösung des BAG einen Bruch mit der Lehre vom

¹¹ Vgl. nur BAG AP Nr. 20 zu § 612 BGB, sub 1 b; *Preis* (Fn. 1), § 611 Rn. 342.

¹² *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 139 Rn. 64. Die subjektive Teilbarkeit setzt dagegen voraus, dass mehrere Personen auf einer oder beiden Seiten des Rechtsgeschäfts beteiligt sind, siehe *Roth* (a.a.O.), § 139 Rn. 65.

¹³ BAG AP Nr. 15 zu § 612 BGB, sub 4; *Joussen* (Fn. 3), § 612 Rn. 10, 30; *Preis* (Fn. 1), § 611 Rn. 344; *ders.*, § 612 Rn. 2, *Boemke*, JuS 2010, 259 (259); *Lakies*, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2006, Anhang 1 zu § 5 Rn. 46; *Jauernig*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 139 Rn. 8.

¹⁴ *Beuthien*, RdA 1969, 161 (166); *Lobinger*, RdA 2011, 76, 88 (Fn. 101); ausdrücklich auch schon *Oertmann*, DJZ 1913, 254 (256): „Vor dieser anderweiten Willenswirklichkeit muß die bloße Willensvermutung die Segel streichen“.

¹⁵ So bereits *Oertmann*, DJZ 1913, 254 (257 f.) unter Hinweis auf Historie und systematische Stellung des § 612 BGB.

¹⁶ So auch *Sack*, RdA 1975, 171 (175); *Beuthien*, RdA 1969, 161 (166).

¹⁷ Vgl. nur BAG AP Nr. 11 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, sub 4; *Sandrock*, AcP 159 (1960/61), 481 (493, 507 f.); *Wendtland*, in Beck'scher Online Kommentar zum BGB, Ed. 21, Stand: 1.11.2011, § 139 Rn. 6; *Preis* (Fn. 1), § 611 Rn. 342; *Joussen* (Fn. 3), § 611 Rn. 116 (zu § 134 BGB), 125 (zu § 138 BGB); *Jauernig* (Fn. 13), § 139 Rn. 8; *Hager*, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 107, 110; *Damm*, JZ 1986, 913 (916); *Roth*, JZ 1986, 411 (416); *Sack*, RdA 1975, 171 (179); *Boemke*, JuS 2010, 259 (259); dagegen zu Recht *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, 1979, S. 81.

¹⁸ In diese Richtung BAGE 118, 66 (71, 75); 110, 79 (82). Ausdrücklich für eine solche Aufrechterhaltung des Vertrags zu modifizierten Bedingungen plädiert *Rühle*, Wucherverbot, effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?, 1978, S. 68.

¹⁹ Zur Kritik dieser Auffassung s.u., V.

fehlerhaften Arbeitsverhältnis dar: Das Arbeitsverhältnis wird für die Vergangenheit eben nicht mehr komplett wie ein wirksames behandelt, vielmehr lässt man einen willkürlich herausgegriffenen Teil, nämlich die Vergütungsabrede, nun doch ex tunc erlöschen und an deren Stelle zumindest für die Vergangenheit eine über § 612 Abs. 2 BGB fingierte Abrede treten. Die Lösung des BAG beruht darauf, dass die strikte Anwendung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses als unbillig empfunden wird, andererseits aber eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung vermieden werden soll.

III. Bereicherungsrechtliche Lösung

Die Vermeidung einer bereicherungsrechtlichen Lösung durch das BAG ist aber sachlich nicht begründet. Vielmehr lassen sich auch auf diesem Wege dogmatisch und praktisch befriedigende Ergebnisse erzielen, ohne sich über den Willen des Gesetzgebers hinwegzusetzen. Ausgangspunkt muss dabei die Überlegung sein, dass sich die Arbeitsleistungen im Moment der Inanspruchnahme sogleich verflüchtigt, so dass die Leistungsherausgabe in natura dem Arbeitgeber also nicht mehr möglich ist.²⁰ Die dennoch vorhandene Mehrung des Vermögens lässt sich aber durch den Gedanken der ersparten Aufwendungen sichtbar machen,²¹ in den Fällen des Lohnwuchers also in ersparten Kosten für eine Ersatzarbeitskraft. Der Arbeitgeber muss also dem Arbeitnehmer nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB den marktüblichen Lohn für die entsprechende Arbeit ersetzen.²² Da es nur um den Lohnwert der Arbeit selbst, nicht aber um den Arbeitserfolg geht, ist auch das Argument der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis widerlegt, der Wert der Leistung sei häufig nicht messbar.²³ Damit ergibt sich in den allermeisten Fällen kein Unterschied zur herrschenden Meinung. Probleme können sich aber dann ergeben, wenn der Arbeitgeber vorträgt, er hätte zu den marktüblichen Kosten nie eine Ersatzkraft eingestellt. Dabei ist weiter nach dem Grund für diesen Vortrag zu differenzieren. In aller Regel wird der Arbeitgeber sich auf rein rationalen, wirtschaftlichen Gründe berufen. So kann er etwa vorbringen, er hätte keine Ersatzkraft zum üblichen Entgelt eingestellt, weil er unter diesen Konditionen nicht am Markt hätte bestehen können. Nach der hier vertretenen Auffassung zum Tatbestand des Lohnwuchers scheitern solche Fälle aber schon am restriktiv auszulegenden subjektiven Tatbestandsmerkmal des „Ausbeutens“. Problematisch sind daher nur die (sehr hypothetischen) Fälle, in denen der Arbeitgeber die erforderliche Ausbeutungsabsicht aufweist und gleichzeitig auf die Arbeit des Arbeitnehmers nicht angewiesen war, er sich die Arbeitsleistung gleichsam als „Luxus-

aufwendung“ gegönnt hat und die Kosten eines zum üblichen Lohn beschäftigten Arbeitnehmers nie getragen hätte. Zu denken ist etwa an den Fall eines Unternehmers, der in Ausbeutungsabsicht eine Putzhilfe für seine Privatwohnung zu sittenwidrigen Konditionen beschäftigt, aber vorträgt, er hätte selbst geputzt, wenn er sonst den üblichen Lohn hätte zahlen müssen. In der Literatur begegnet man diesem Problem auf verschiedene Weisen. Teilweise wird vertreten, die Vorteile der Arbeitsleistung würden dem Vermögen des Empfängers im Augenblick der Inanspruchnahme endgültig einverleibt, so dass der Bereicherungsschuldner nicht auf mangelnde Ersparnis verweisen könne.²⁴ Damit wird aber die Trennung von Erlangung des Gegenstands (Arbeitsleistung) und abzuschöpfender fortdauernder Vermögensmehrung ohne ersichtlichen Grund aufgehoben und die Möglichkeit einer tatsächlich nicht mehr vorhandenen Vermögensmehrung schlicht ausgeblendet.²⁵ Hinter dieser Auffassung steht letztlich eine Billigkeitserwägung: Der Bereicherungsgläubiger soll nicht leer ausgehen, ebenso sollen dem Bereicherungsschuldner nicht die Früchte seines sittenwidrigen Handelns gesichert werden. Konstruiert wird damit ein Anspruch auf eine „objektive Mindestbereicherung“, der vor dem Hintergrund der Rechtsnatur der Bereicherungshaftung befremden muss: Dieser richtet sich allein auf eine Abschöpfung des „rechtswidrigen, ungebührlichen Habens“²⁶, nicht aber auf einen Zugriff auf das nicht (mehr) gemehrte Stammvermögen des Bereicherungsgläubigers. Aus demselben Grund vermag es auch nicht zu überzeugen, mit der herrschenden Meinung in Anknüpfung an §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB dem Bösgläubigen die Berufung auf Entreichung zu verwehren.²⁷ Denn auch diese Lösung setzt sich über den Charakter des Bereicherungsrechts als Abschöpfungsrecht hinweg und lässt daneben eine „bereicherungsunabhängige Bereicherungshaftung“ treten, die wie das Deliktsrecht verhaltensbezogen gedacht wird, darüber hinaus aber sogar auf den Nachweis eines Schadens verzichtet, indem sie an dessen Stelle eine objektive Mindestbereicherung stellt. Eine solche Lösung findet im Gesetz keinen Anhaltspunkt: §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB verweisen allein auf die „allgemeinen Vorschriften“, stellt also neben die bereicherungsrechtliche Haftung

²⁴ *Mestmäcker*, JZ 1958, 521 (524) mit dem Hinweis auf die „quasikontraktliche Natur“ des Eingriffserwerbs; ähnlich *Kleinheyer*, JZ 1961, 473 (475); *Batsch*, NJW 1969, 1743 (1746).

²⁵ Vgl. *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 311.

²⁶ *Savigny*, Obligationenrecht II, 1853, S. 293 f.; ihm folgend *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 22; *Lobinger* (Fn. 25), S. 314; *Mossler*, Bereicherung aus Leistung und Gegenleistung, 2006, S. 75; *Hartmann*, Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007, S. 27.

²⁷ So etwa *BGHZ* 55, 128 (135); *Kellmann*, NJW 1971, 862 (865); *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 73 II vor 1, S. 309; *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 818 Rn. 53, § 820 Rn. 7.

²⁰ *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 818 Rn. 160; *Kellmann*, NJW 1971, 862 (865).

²¹ Vgl. nur *Schwab* (Fn. 20), § 818 Rn. 82; *Lieb*, NJW 1971, 1289 (1292); *Goetzke*, AcP 173 (1973), 289 (308, 311).

²² So die Rechtsprechung, vgl. nur *BGHZ* 36, 321 (323); 37, 258 (264); zustimmend *Schwab* (Fn. 20), § 818 Rn. 82; *Westermann/Buck-Heeb*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 818 Rn. 24; *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 818 Rn. 26 f.

²³ *Beuthien*, RdA 1969, 161 (165).

eine Schadensersatzrechtliche, ohne die Systeme zu vermischen.²⁸ Letztlich steht auch hinter diesem Ansatz der Gedanke, dass derjenige, der auf die Leistung rechtswidrig zugreift, nicht besser stehen soll als derjenige, der sich die Leistung regulär durch Vertrag (und damit gegen ein sittengemäßes Entgelt) verschafft.²⁹ Teilt man diese Grundbedenken, ließe sich dieses Ergebnis grundsätzlich allerdings wohl auch ohne eine Modifikation bestehender Haftungssysteme begründen. So verweist *Lobinger* in ähnlichem Zusammenhang auf das Prinzip der Rechtszuweisung: Der Inhaber eines subjektiven Rechts könne nicht nur andere von der Inanspruchnahme dieses Rechts ausschließen. Vielmehr beinhalte der Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts über diese negative Ausschlussfunktion hinaus auch positiv die Möglichkeit des Inhabers, seine Bedingungen für einen zulässigen Zugriff festzulegen. Für einen Zugriffswilligen folge daraus das Gebot, sich für seinen Zugriff den insoweit vom Berechtigten aufgestellten Bedingungen zu unterwerfen, sollte er vor diesem Zugriff nicht marktmäßig über die Zugriffskonditionen verhandeln wollen. Diese Kontrahierungspflicht resultiere damit nicht etwa aus den „sekundären“ Schutzsystemen des Bereicherungsrechts oder des Deliktsrechts, sondern aus der „primären“, vom Rechtsinhaber getroffenen Inhaltsbestimmung über das geschützte Recht selbst.³⁰ Für die Schadensersatzhaftung hat dies laut *Lobinger* gleichwohl erhebliche Konsequenzen. Denn es schulde hiernach derjenige, der rechtswidrig, bösgläubig in Bezug auf die eigene Nichtberechtigung und schuldhaft hinsichtlich der Kenntnis der vom Rechtsinhaber festgelegten Kontrahierungsbedingungen zugreife, Schadensersatz in Höhe des anfänglich vom Rechtsinhaber festgelegten Betrags. Der Schuldner könne sich auch nicht darauf berufen, er hätte den Vertrag zu diesen Konditionen nie geschlossen, da das rechtmäßige Alternativverhalten im Falle des bei Bösgläubigkeit und Verschulden zu sanktionierenden Verstoßes gegen das Kontrahierungsgebot nie das Unterlassen, sondern eben der Vertragsschluss zu den vom Rechtsinhaber festgelegten Bedingungen sei. Ob man diese Argumentation allerdings auf die hier in Frage stehenden Fälle des Lohnwuchers ohne weiteres übertragen kann, ist fraglich: Denn anders als in den von *Lobinger* diskutierten Fällen greift hier nicht etwa der Arbeitgeber unbefugt – einem Dieb vergleichbar – auf die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zu. Auch wird der Arbeitnehmer nur selten seinen „eigentlichen“ Preis nennen und damit dem Arbeitgeber die Bedingungen für den Zugriff auf sein Rechtsgut offenlegen. Hier ließe sich allenfalls auf einen „objektivierten“ Willen des verständigen Durchschnittsarbeitnehmers abstellen, was mit einer privatautonomen Definition der eigenen geschützten Rechtsposition nur noch wenig gemein hätte. Verneint man dagegen das Kontrahierungsgebot als Teil des subjektiven Rechts von vornherein, geht der Bewucherte in solchen Fällen ohnehin gänzlich leer aus. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, der Wucherer habe zumindest die Entschei-

dung getroffen, den sittenwidrigen Lohn zu zahlen, so dass immerhin dieser geschuldet sei.³¹ Wollte man nämlich diesem Ansatz auch in den Fällen des Lohnwuchers folgen, hieße dies, einem Willen zur Beachtung zu verhelfen, der vom Recht als sitten- und gesetzeswidrig missbilligt ist und gerade den Grund für die Rückabwicklung des Vertrags darstellt.³² Einen effektiven Schutz vor Bewucherung kann unter dieser Prämisse allein das strafrechtliche Wucherverbot des § 291 StGB bieten, nicht aber das Zivilrecht.

IV. Zwischenergebnis

Die Lösung des BAG kann in ihrer dogmatischen Begründung nicht überzeugen. Richtigerweise ist der Weg über das Bereicherungsrecht zu wählen, so dass der bewucherte Arbeitnehmer über §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB für die Vergangenheit den marktüblichen Lohn fordern kann. Dass sich dort Probleme auftun, wo der Arbeitgeber tatsächlich nicht bereichert ist, spricht nicht für die pauschale Lösung des BAG. Vielmehr ist auf dem Boden der bestehenden Rechtsordnung eine Lösung zu suchen, etwa über die Annahme eines über den reinen Abwehrgelalt von subjektiven Rechten hinausgehenden Zuweisungsgehalts in Form eines Kontrahierungsgebots. Jedenfalls muss der Arbeitnehmer auch bei der bereicherungsrechtlichen Lösung nicht auf Aufrechnungs- oder Pfändungsschutz verzichten: Denn § 850c ZPO, §§ 394, 400 BGB lassen sich zumindest analog auch auf entsprechende Bereicherungsansprüche erstrecken.³³ Auch im Übrigen ergeben sich bei einer solchen Lösung keine anderen praktischen Probleme als bei der vom BAG befürworteten (modifizierten) Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis. Dem Arbeitnehmer geht beispielsweise nicht der Sozialversicherungsschutz verloren; vielmehr wählte das Sozialrecht in § 7 Abs. 1 SGB IV ganz bewusst die Anknüpfung an die „Beschäftigung“ statt der an das Arbeitsverhältnis, um auch Fälle der Nichtigkeit ex tunc erfassen zu können.³⁴ Auch die Verjährung des bereicherungsrechtlichen Anspruchs weicht nicht von der des modifizierten Primärleistungsanspruchs ab. Schließlich ergibt sich selbst dann kein Unterschied, wenn im konkreten Einzelfall der übliche Lohn ein tarifvertraglicher ist, bei dem Ausschlussfristen gelten. Denn die Frage, ob solche oder ähnliche eng mit dem Entgelt verbundenen Regelungen auf den entstandenen Zahlungsanspruch Anwendung finden können, muss für beide Lösungen gleich beantwortet werden.

²⁸ Vgl. *Lobinger* (Fn. 25), S. 314 f.; vgl. auch *Mossler* (Fn. 26), S. 82 f.

²⁹ *Larenz/Canaris* (Fn. 27), § 73 II 5 a (S. 319).

³⁰ *Lobinger* (Fn. 25), S. 322 f.

³¹ Grds. für eine solche subjektive Betrachtung: *Westermann/Buck-Heeb* (Fn. 22), § 818 BGB Rn. 17 ff.; *Hagen*, in: *Festschrift für Karl Larenz zum achtzigsten Geburtstag*, 1973, S. 883 f.; *Koppensteiner*, NJW 1971, 1769 (1770 ff.).

³² Vgl. *Schwab* (Fn. 20), § 818 Rn. 84.

³³ *Beuthien*, RdA 1969, 161 (168 ff.); *Dölle*, ZStW 103, 67 (94 f.).

³⁴ *Seewald*, in: *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*, 71. Lfg. 2011, § 7 SGB IV Rn. 139.

V. Modifizierte Wirksamkeit als normzweckgerechtere Lösung?

Bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung wäre aber eine Konsequenz zwingend: Der Arbeitnehmer müsste, sobald die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Sittenwidrigkeit feststeht, einen neuen Arbeitsvertrag abschließen, wenn er nicht in die Arbeitslosigkeit fallen will. Fraglich ist, ob es überzeugender wäre, ein solches Ergebnis durch eine Modifikation des Vertrags, eine sog. „geltungserhaltende Reduktion“ (hier besser: Extension) der Lohnabrede in noch zu klärender Höhe, zu vermeiden. Teilweise betrachtet man die geltungserhaltende Reduktion als „quantitative Teilnichtigkeit“ und damit als vom Normzweckvorbehalt des § 134 BGB umfasst.³⁵ Dagegen spricht aber, dass die angepasste Lohnabrede kein „minus“, sondern vielmehr ein „aliud“ gegenüber der vertraglich festgelegten Vereinbarung handelt. Es geht also im Kern nicht um eine Teilbarkeitsfrage, sondern um eine Schutzzweckproblematik.³⁶ Richtigerweise ist daher die Frage zu stellen, ob die Rechtsfolgen der §§ 134, 138 BGB in Hinblick auf den Schutzzweck des Wucherverbots dergestalt teleologisch reduziert werden müssen, dass sie die Modifikation des Entgeltversprechens als Folge einer sittenwidrigen Vergütungsabrede zulassen. Wollte man annehmen, dass das zivilrechtliche Wucherverbot dem Arbeitnehmer auch für die Zukunft Arbeit sichern will, müsste man indes anerkennen, dass die Sittennorm einen ihre gesetzliche Rechtsfolge übersteigenden Regelungsanspruch besitzt.³⁷ Dagegen spricht, dass sich der Gesetzgeber bei der

³⁵ Sack, RdA 1975, 171 (175); Kothe, NJW 1982, 2803 (2804).

³⁶ Hager (Fn. 17), S. 108; Roth (Fn. 12), § 139 Rn. 68; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 139 Rn. 27. Das Instrument der geltungserhaltenden Reduktion ist auch der Rechtsprechung nicht fremd, welche dieses etwa in Fällen des Mietwuchers oder bei überlangen Bierbezugsverpflichtungen oder Automatenaufstellverträgen einsetzt, vgl. BGHZ 51, 55 (56 f.); 89, 316 (320 f.); LG Mannheim NJW 1977, 1729 (1731). Die dogmatische Begründung des BGH, nämlich eine analoge Anwendung des § 139 BGB, vermag aber nicht zu überzeugen. Denn § 139 BGB regelt nur die Frage, was im Falle der Teilbarkeit mit dem Rest der Regelung geschieht; die Rechtsfolge enthält aber keine Aussage über die Frage der Teilbarkeit, die hier gerade im Fokus steht, so auch Ulmer, NJW 1981, 2025 (2028); Zimmermann (Fn. 17), S. 60. Auch über die Umdeutung nach § 140 BGB lässt sich ein solches Ergebnis nicht erreichen. Denn bei dieser geht es darum, dem wirtschaftlichen Erfolg, den die Parteien gemeinsam gewollt, aber mit einem rechtlich unzulässigen Mittel angestrebt haben, mit einem anderen rechtlich zulässigen Mittel soweit als möglich zu erreichen. Da hier der Erfolg aber gerade das Verbotene ist, kann die Umdeutung nicht weiterhelfen, vgl. nur BGH NJW 1977, 1233 (1234); Zimmermann (Fn. 17), S. 84 f.; Kothe, NJW 1982, 2803 (2806); Hager (Fn. 17), S. 123.

³⁷ Zum ähnlich gelagerten Problem des Mietwuchers siehe Kothe, NJW 1982, 2803 (2804): Der Mieter würde bei Annahme von Nichtigkeit die Wohnung räumen müssen, was

Festlegung der Rechtsfolge des § 138 BGB ganz bewusst gegen die Fassung des gemeinen Rechts („überwiegend“ Nichtigkeit) und für die Fassung des Code Civil entschieden hatte, nach dem Verstöße gegen die guten Sitten immer Nichtigkeit zur Folge haben sollten.³⁸ Diese Entscheidung lässt bereits vermuten, dass es der Sittenwidrigkeitskontrolle in erster Linie um den Schutz der Rechtsordnung als solchen vor sittenwidrigen Geschäften geht.³⁹ Für ein solches öffentlich-rechtlich geprägtes Verständnis der Norm spricht auch der Wille des Gesetzgebers, unter den Begriff der guten Sitten die „Sittlichkeit“ und „die öffentliche Ordnung“, mit anderen Worten: moralische und allgemeine Interessen des Staates fassen zu wollen.⁴⁰ Dem Schutzzweck wäre danach genüge getan, wenn das Wuchergeschäft für nichtig erklärt und folglich die „guten Sitten“ nicht weiter belastet wären; der richterlichen Modifikation des Vertrags zum Schutze des konkret benachteiligten Arbeitnehmers bedarf es dann nicht mehr. Auch die Ausgestaltung des § 138 BGB als von Amts wegen zu beachtende und nicht zur Disposition der Parteien stehende Einwendung zeigt, dass es der Norm und ihren zugrunde liegenden Sittennormen nicht um den bestmöglichen Schutz der konkret benachteiligten Person geht.⁴¹ Dem Schutzzweck des § 138 BGB entspricht es danach am besten, wenn man der Regelung nur einen negierenden, nicht aber einen gestaltenden Charakter zumisst.⁴² Zu diesem Ergebnis

bei dem Wohnungsmangel nicht dem Schutzzweck des § 5 WiStG/§ 302a StGB a.F. entspreche; ähnlich Hager (Fn. 17), S. 101.

³⁸ Mot., 211 = Mugdan I, 469. Insoweit noch deutlicher die Fassung des Art. 1131 Code Civil: „l'obligation [...] ne peut avoir aucun effet“.

³⁹ Vgl. BAGE 110, 79 (85): Schutz „elementarer Gerechtigkeitsanforderungen, die der gesamten Rechtsordnung zu Grunde liegen“.

⁴⁰ Mot., 211 = Mugdan I, 469. Auf den Begriff der öffentlichen Ordnung wurde später verzichtet, weil man davon ausging, dem Begriff würde eine sichere Umgrenzung fehlen und die gegen die öffentliche Ordnung verstoßenden Rechtsgeschäfte würde ohnehin gegen die Rechts- oder Sittlichkeitsordnung verstoßen, vgl. Prot., 258; Kom. Ber., 45 f. = Mugdan I, 725, 969.; vgl. auch Zimmermann (Fn. 17), S. 83, der in § 138 BGB einen „Ausfluß des Gebots der Selbstachtung des Rechts“ sieht.

⁴¹ Gröber in der zweiten Beratung des Reichstags (siehe Mugdan I, 1013): „Einen Vertrag, den der Staat als gegen die guten Sitten verstoßend ansieht, kann er niemals für gültig erklärt wissen wollen [...] Ein Vertrag, der gegen die guten Sitten verstößt, muß vom Staate unter allen Umständen als nichtig verworfen werden.“ Dagegen hält Rühle (Fn. 18), S. 64 f.) ein Wahlrecht des Schuldners zwischen teilweiser und völliger Nichtigkeit des Vertrags für die in Wucherfällen angemessene Lösung, sieht aber ein, dass dies de lege lata ohne dogmatische Brüche nicht erreichbar ist.

⁴² Ähnlich Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 41 Rn. 3: „Bei diesem Schutz der Rechtsordnung geht es allerdings nicht darum, vom rechtsgeschäftlich Handelnden ein Verhalten zu erzwin-

dürfte man aber wohl auch dann kommen, wenn man das Schutzgut der Sittenklausel stärker auf den Einzelnen beziehen wollte⁴³: Denn auch der Schutz vor dem Missbrauch wirtschaftlicher Macht gegenüber dem Vertragspartner bzw. der Ausnutzung des Schwächeren fordert nicht als Konsequenz die Aufrechterhaltung des Vertrags, sondern nur die Befreiung des Benachteiligten aus dem sittenwidrigen Rechtsgeschäft qua Nichtigkeitserklärung; die positive Gewährleistung von Arbeit bzw. die Chance zur persönlichen Entfaltung i.R.e. Berufs ist selbst bei einer solchen individuelleren Betrachtung nicht Schutzgut des § 138 BGB. Die Frage, ob und zu welchen Bedingungen die Parteien das Arbeitsverhältnis weiterführen wollen, muss dann in einer auf Privatautonomie basierenden Rechtsordnung der Entscheidung der Parteien überlassen werden. Die Sittenwidrigkeitskontrolle kann der Privatautonomie zwar äußerste Grenzen setzen, nicht aber positiv eine gerechte Güterverteilung schaffen.⁴⁴ Dass sich der Staat dort zurückhalten muss, wo er in den „innersten Kern der gegenseitigen Austauschbeziehung“⁴⁵ vordringt, gilt eben nicht nur für den Tatbestand, sondern auch für die Rechtsfolge. Nur auf diese Weise kann einer allzu sorglosen Bejahung der Wuchertatbestände ein Riegel vorgeschoben werden.⁴⁶ Wenn die Gegenauffassung vorbringt, eine an die Normzweckbestimmung gebundene richterliche Intervention sei der kriterienlosen Nichtigkeit vorzuziehen,⁴⁷ übersieht sie, dass hier der Normzweck gerade Nichtigkeit erfordert. Schließlich kann durchaus bezweifelt werden, dass die Rechtsprechung mit einer solchen Moderation „praktikable Ergebnisse“⁴⁸ erzielt: Denn gerade dort, wo die Sittenwidrigkeit aufgrund einer Vielzahl von komplexen Begleitregelungen entsteht, müsste dem Richter ein breites Gestaltungsermessen eingeräumt werden, dessen Ausübung kaum noch an die Nichtigkeitsnorm rückgebunden werden kann.⁴⁹ Das vom Gesetzgeber als solches gewollte „Alles-

gen, das positiv den herrschenden Wertvorstellungen der Allgemeinheit entspricht, sondern nur darum, solchen Rechtsgeschäften, die gröblich gegen die anerkannte Sozialmoral oder rechtliche Prinzipien der geltenden Rechtsordnung verstoßen, die rechtliche Durchsetzbarkeit zu versagen.“

⁴³ Vgl. Fallgruppen bei *Hefermehl* (Fn. 2), § 138 Rn. 45.

⁴⁴ So auch *Franke*, Lohnwucher – auch ein arbeitsrechtliches Problem, 2003, S. 114 f.

⁴⁵ *Bayreuther*, NJW 2007, 2022 (2024).

⁴⁶ Vgl. *Zimmermann* (Fn. 17), S. 192: „Eine gewisse Härte und Rigidität im Bereich der Rechtsfolgenbestimmung ist gerade bei Tatbeständen, die vor uferloser Ausweitung nicht gefeit sind, recht heilsam.“; vgl. auch *Eckert*, AcP 199 (1999), 333 (349).

⁴⁷ So *Damm*, JZ 1986, 913 (917); vgl. auch *Roth*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 242 Rn. 437; *Bucher*, AcP 186 (1986), 1 (37).

⁴⁸ *Hager*, AcP 181 (1981), 447 (450).

⁴⁹ Zutreffend daher auch die Kritik von *Flume* (Fn. 9), § 18 9 (S. 389), die privatautonome Bestimmung dürfe nicht vom Richter durch eine Gestaltung ersetzt werde, „die rechtlich nicht determiniert“ sei.

oder-Nichts“ Prinzip wirkt sich damit privatautonomiefreundlicher aus als eine richterliche Moderation, hinter der sich letztlich eine unserer Rechtsordnung fremde Angemessenheitskontrolle wesentlicher Vertragsbestandteile verbirgt.⁵⁰ Schließlich dürfte es auch im Sinne der Rechtssicherheit sein, wenn dem Richter nicht über das Wucherverbot Räume für billige Ermessensausübungen eröffnet werden und dadurch klare gesetzliche Regelung einer unklaren und unsystematischen Gestaltung weichen müssen.⁵¹ Richtigerweise fordert der Schutzzweck des Wucherverbots also keine über die Nichtigkeit des Vertrags hinausgehende richterliche Anpassung in Form einer geltungserhaltenden Extension der Vergütungsabrede.⁵²

VI. Keine abweichende Lösung für das strafrechtliche Wucherverbot

Nach dem Normzweckvorbehalt des § 134 BGB ist ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“. Die Nichtigkeitsfolge tritt also nur dann ein, wenn der Zweck des Verbotsgesetzes dies verlangt.⁵³ Nach herrschender Meinung ist das Schutzgut des strafrechtlichen Wuchertatbestands das Vermögen,⁵⁴ teilweise werden auch – wie bei § 138 BGB – vom Einzelnen losgelöste Rechtsgüter der Allgemeinheit wie das Vertrauen in das Funktionieren der Wirtschaft als geschützt angesehen.⁵⁵ Auch diese Schutzzwecke fordern aber nicht, dass dem Arbeitnehmer der entsprechende Arbeitsplatz für die Zukunft erhalten bleiben muss; die Rechtsfolge der Nichtigkeit reicht aus.⁵⁶ Über die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ist das Vermögen hinreichend geschützt. Dies entspricht auch der Gesetzgebungshistorie, da die Forderung nach einem zivilrechtlichen Wuchertatbestand mit zwingender Nichtigkeitsfolge ursprünglich sogar von den Kriminalisten ausging:⁵⁷ Ein Rechtsgeschäft, dessen Abschluss vom Staat mit Strafe bedroht sei, dürfe nicht im zivilrechtlichen Prozess für wirksam erklärt und infolgedessen mit „Staatsschutze ausgestattet“ werden.⁵⁸ Auch § 134 BGB

⁵⁰ Zur historischen Entwicklung der Vorschrift siehe *Zimmermann* (Fn. 17), S. 150 f., 194. Zur Angemessenheitskontrolle vgl. *Franke* (Fn. 44), S. 186 f.

⁵¹ *Zimmermann* (Fn. 17), S. 186 f., 202.

⁵² So im Ergebnis auch *Hefermehl* (Fn. 2), § 138 Rn. 46; *Zimmermann* (Fn. 17), S. 192.

⁵³ *Sack*, RdA 1975, 171 (175); *Flume* (Fn. 9), § 17 1, S. 347.

⁵⁴ *Heine*, in *Schönke/Schröder*, Kommentar zum StGB, 28. Aufl. 2010, § 291 Rn. 1.

⁵⁵ *Pananis*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2006, § 291 Rn. 2.

⁵⁶ Dazu passt, dass der Gesetzgeber sogar überlegt hatte, auch dem § 134 BGB das Wucherverbot mit Nichtigkeitsfolge explizit hinzuzufügen und darauf nur verzichtet wurde, weil man dies für entbehrlich hielt, siehe *Kom. Ber.*, 46 f. = *Mugdan I*, 970.

⁵⁷ *Gröber* in der zweiten Beratung des Reichstags (siehe *Mugdan I*, 1013).

⁵⁸ *Enneccerus* in der zweiten Beratung des Reichstags (siehe *Mugdan I*, 1023).

i.V.m. § 291 StGB fordert also nur die Nichtigkeit, nicht aber die richterliche Umgestaltung des Vertrags.

VII. Konsequenzen für das Konkurrenzverhältnis der Wuchertatbestände

1. Das Verhältnis von § 138 Abs. 2 BGB zu § 138 Abs. 1 BGB

Der Wucher nach § 138 Abs. 2 BGB geht als Konkretisierung des sittenwidrigen Geschäfts der Regelung des § 138 Abs. 1 BGB vor.⁵⁹ § 138 Abs. 2 BGB enthält aber keine abschließende Regelung für den Fall, dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht, sperrt also nicht die Annahme eines wucherähnlichen Geschäfts i.R.d. § 138 Abs. 1 BGB.⁶⁰ Ist der Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB erfüllt, liegt auch ein Fall des § 138 Abs. 1 BGB vor.⁶¹

2. Das Verhältnis von § 134 BGB i.V.m. § 291 Abs. 1 StGB zu § 138 Abs. 2 BGB

Weite Teile der Literatur räumen § 138 Abs. 2 BGB im Verhältnis zu § 134 BGB i.V.m. § 291 Abs. 1 StGB Vorrang ein, um ein Überflüssigwerden des § 138 Abs. 2 BGB zu vermeiden.⁶² Vor dem Hintergrund der Angleichung von Zivil- und Strafrecht müsse die zivilrechtliche Spezialregelung des Wuchers das „Gesetzwidrigkeitsblankett“ des § 134 BGB verdrängen.⁶³ Umgekehrt wird teilweise ein Vorrang des § 134 BGB angenommen.⁶⁴ Das BAG geht schließlich von einer parallelen Anwendbarkeit der Vorschriften aus.⁶⁵ Richtigerweise ist der Streit nur durch eine Analyse der Rechtsfolgen zu entscheiden: Da sowohl § 134 BGB i.V.m. § 291 Abs. 1 StGB als auch § 138 Abs. 2 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gelangen, kommen die Normen zu keinem anderen Ergebnis und sind damit ohne weiteres nebeneinander anwendbar.

⁵⁹ RGZ 72, 61 (69); 93, 27 (28 f.); *Krüger-Nieland/Zöller*, in: *BGB-RGRK*, 12. Aufl. 1982, § 138 Rn. 44; *Sack* (Fn. 1), § 138 Rn. 172.

⁶⁰ *Sack* (Fn. 1), § 138 Rn. 228 f.; *Armbrüster*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2006, § 138 Rn. 142; *Flume* (Fn. 9), § 18 7, S. 381; a.A. *Koziol*, *AcP* 188 (1988), 183, (191 f.), der § 138 Abs. 2 BGB als abschließend betrachtet.

⁶¹ *Jauernig* (Fn. 13), § 138 Rn. 19; *Hefermehl* (Fn. 2), § 138 Rn. 73; so auch bereits *Gebhard* in der zweiten Beratung des Reichstags (siehe *Mugdan* I, 1017).

⁶² *Armbrüster* (Fn. 60), § 138 Rn. 140; *Sack* (Fn. 1), § 138 Rn. 174.

⁶³ *Sack* (Fn. 1), § 138 Rn. 174; *Scherner*, *BGB*, Allgemeiner Teil, 1995, Rn. 232; *Bork*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2006, Rn. 1159.

⁶⁴ *Wendland* (Fn. 17), § 138 Rn. 42; *Ellenberger*, in: *Palandt*, *Kommentar zum BGB*, 70. Aufl. 2011, § 138 Rn. 13; *Jauernig* (Fn. 13), § 138 Rn. 19; *Hefermehl* (Fn. 2), § 138 Rn. 63.

⁶⁵ Vgl. *BAGE* 110, 79 (82 f.); zustimmend *Franke* (Fn. 44), S. 161; *Krause*, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2009, § 54 Rn. 73.

3. Das Verhältnis von § 134 BGB i.V.m. § 291 Abs. 1 StGB zu § 138 Abs. 1 BGB

Im Verhältnis von § 134 BGB zu § 138 Abs. 1 BGB geht die h.M. aber davon aus, § 134 BGB müsse *lex specialis* zu § 138 Abs. 1 BGB sein, da ansonsten der sog. Normzweckvorbehalt des § 134 BGB a.E. leerlaufen würde.⁶⁶ Indes wurde bereits gezeigt, dass die Rechtsfolge des § 138 Abs. 1 BGB sehr wohl schutzzweckbezogen ist.⁶⁷ Richtigerweise müssen daher auch solche Verbotsnormen i.S.d. § 134 BGB, die nur gesetzlich normierte Sittennormen darstellen, ihrem Schutzzweck nach dieselbe Rechtsfolge wie diese fordern. Die Gefahr eines „Leerlaufens“ des § 134 BGB besteht damit nicht, die Normen sind nebeneinander anwendbar.

VIII. Sonstige Ansprüche des Arbeitnehmers

Neben den Bereicherungsanspruch treten Schadensersatzansprüche aus § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 291 Abs. 1 StGB.⁶⁸ Dabei ist zu sehen, dass sich vermögensmäßiger Schaden des Arbeitnehmers und Bereicherung des Arbeitgebers entsprechen: Der Arbeitnehmer erleidet grundsätzlich einen Schaden in Höhe der Differenz zu den Kosten einer Ersatzarbeitskraft, die bei einem rechtlich gebilligten Vertragsschluss entstanden wären. Auch hier steht dem Arbeitgeber im Rahmen der Differenzhypothese aber der Einwand zu, er hätte den Arbeitnehmer zu einer höheren Vergütung gar nicht erst eingestellt. Da sich der Arbeitnehmer gerade aus der Notlage heraus, also mangels Alternativen, zur Arbeit unter Wucherbedingungen entschlossen hat, kann er jedenfalls nicht vorbringen, er hätte an einem anderen Arbeitsplatz mehr verdient.⁶⁹

IX. Fazit

Die Lösung des BAG setzt sich mit erstaunlicher Leichtigkeit über viele juristische Probleme hinweg, indem sie – geleitet von Billigkeitserwägungen – zunächst Anleihen bei der Lehre des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses nimmt, das dadurch erzielte Ergebnis dann aber im Wege einer Zweckentfremdung der Regelung des § 612 BGB modifiziert. Der hier vorgeschlagene alternative Lösungsweg über das Bereicherungsrecht mag zwar auf den ersten Blick kompliziert erscheinen, doch sollte die (vermeintlich) leichtere Handhabbarkeit der Lösung der Praxis nicht als Grund dazu dienen, die Auseinandersetzung mit juristischen Problemen zu scheuen. Der dogmatisch wenig stringente Ansatz der Rechtspre-

⁶⁶ *BAG NJW* 1993, 2701 (2703); *Armbrüster* (Fn. 60), § 138 Rn. 4; *Ellenberger* (Fn. 64), § 138 Rn. 13.

⁶⁷ Dies verkennt *Sack*, *RdA* 1975, 171 (176 f.), wenn er eine Übertragung des Schutzzweckvorbehalts des § 134 BGB auf § 138 BGB fordert.

⁶⁸ Der Gesetzgeber hat zwar sogar über eine ausdrückliche Normierung des Schadensersatzes im Falle des Lohnwuchers nachgedacht, dies dann aber im Hinblick auf § 826 BGB unterlassen, siehe *Kom. Ber.*, 46 f. = *Mugdan* I, 970.

⁶⁹ Kann er dies dagegen beweisen, dürfte ihn in der Regel ein überwiegendes Mitverschulden nach § 254 BGB treffen, siehe *Oertmann*, *DJZ* 1913, 254 (255 f.).

chung verstellt den Blick auf zahlreiche allgemeine Probleme des Zivilrechts, die sich in der Rechtsfolge des Lohnwuchers spiegeln. Letztlich gilt auch hier dasselbe wie bei der Diskussion des Lohnwuchertatbestands im ersten Teil des Beitrags: Der freien Rechtsschöpfung der Gerichte muss dort ein Riegel vorgeschoben werden, wo eine klar am Gesetz orientierte Lösung möglich ist.

Vier Wege zur Verfassungsgeschichte

Das Verhältnis von Staat, Religion und Kirchen im Spiegel verfassungsgeschichtlicher Methoden

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Julian Krüper**, Düsseldorf*

I. Worum es geht

Dieser Aufsatz ist ein Werbetext. Die Aufgabe von Werbung ist es, Bedürfnisse zu „wecken“, von denen die Umworbene noch nicht wissen, dass sie sie haben. Werbung bringt die Vorzüge eines Produkts auf knappe und griffige Formeln – und baut darauf, dass das Produkt in den Augen der Umworbene einhält, was die Werbung verspricht. In diesem Sinne gilt: Die Beschäftigung mit Verfassungsgeschichte¹ macht klug, sie macht Spaß und beschert Klausurpunkte.

Historische Kompetenz befördert wie jedes Wissen um Grundlagen des eigenen Faches die „Qualität der juristischen Erkenntnis und schärft die juristische Argumentation“, indem sie „juristisches Differenzierungsvermögen“² schafft. Sie verhilft dazu, auf die Frage, warum das Recht ist wie es ist, neben philosophischen, theoretischen und dogmatischen, neben soziologischen und praktischen auch rechtshistorische Gründe namhaft machen zu können.

In diesem Beitrag geht es darum, Perspektiven vorzustellen, die helfen, den historischen Stoff der Verfassungsgeschichte zu erschließen. Man könnte (was leider etwas abschreckend wirkt, aber trotzdem richtig ist) auch von Methoden verfassungsgeschichtlichen Denkens sprechen.³ Methoden bezeichnen nicht einen konkreten Inhalt, sondern die Art seiner wissenschaftlichen Erfassung (II. und III.). Verdeutlicht werden soll die Leistungsfähigkeit der vorgestellten Perspektiven an zwei eng verschwisterten Sachfragen, nämlich dem historischen Verhältnis von Staat und Kirche auf der einen Seite und an der Entwicklung der Religionsfreiheit auf der anderen (IV.-VI.). Dabei wird sich zeigen: Das verfassungsgeschichtliche Projekt kann man ganz verschieden angehen – „und in dem Wie da liegt der ganze Unterschied“.⁴

II. Geschichtsschreibung als „making sense“

Jede Beschäftigung mit geschichtlichen, auch verfassungsgeschichtlichen Themen muss sich darüber im Klaren sein, dass es *die*, dass es *eine*, gar eine *wahre* Geschichte nicht gibt und nie gegeben hat. Die Frankfurter Rechtshistorikerin *Marie Theres Fögen* (1946-2008) hat dies im Titel ihres Buches

„Römische Rechtsgeschichten“ (im Plural!) auf den Punkt gebracht.⁵ Deutlicher noch wird sie im Buch selbst mit der Feststellung „Die Antike kennt uns nicht“.⁶ Sie bringt damit zum Ausdruck, dass wir nicht mit der Erwartungshaltung an historische Phänomene herantreten dürfen, diese könnten uns etwas, nämlich eine historische Wahrheit, einen bestimmten Sinn vermitteln. Anders formuliert: Historische Tatsachen „sprechen“ nicht zu uns. Die Aufgabe der historischen Betrachtung eines Sachverhalts ist damit also ebenso sehr „archäologisch“, also auf das Ermitteln der historischen Fakten bezogen, wie sie auch „interpretierend“ ist, also ein Deutungsangebot der Fakten liefert. Geschichtliche Forschung heißt deswegen auch Geschichtsschreibung, *Historiographie*. Sie enthält ein kreatives Element, das freilich nicht bedeutet, geschichtliches „making sense“ sei ein Vorgang willkürlicher Interpretation, gleichsam historisches Fabulieren.⁷

Das wirkungsmächtigste Missverständnis eines schlichten Geschichtsbewusstseins ist die Vorstellung, geschichtliche Forschung sei die Tätigkeit, historische Vorgänge wie Dominosteine sachlich zu ordnen und bloß chronologisch aufzureihen. Fast ließe sich sagen: Das Gegenteil ist der Fall. Geschichtliche Forschung kümmert sich auf der Basis zu ermittelnder Fakten eher darum, historische Kausalverläufe zu untersuchen und zu konstruieren und sich dabei stets zu fragen, ob es auch alles anders hätte sein können. Es geht dabei darum, sich ein Bewusstsein für die Kontingenz historischer Prozesse, für ihre Umwege, Hintertüren und Abkürzungen zu erhalten.⁸ Nicht die Herstellung einer linearen historischen Erzählung steht also im Mittelpunkt geschichtlichen Denkens, sondern die Herstellung einer möglichen (!) historischen Entwicklung.⁹

Für einen historischen Erkenntnisgewinn ist es daher notwendig, sich darüber klar zu werden, was man von „der Geschichte“ erfahren möchte. Man muss der amorphen Masse geschichtlicher Fakten mit einem bestimmten Erkenntnisinteresse entgegentreten, also eine bestimmte Frage an die Geschichte herantragen, um in den Genuss ihrer Antworten zukommen, denn: „Das wichtigste Selektionsinstrument des

* Für kritische Lektüre und weiterführende Hinweise danke ich *Dr. Fabian Clemens*, Prof. *Dr. Lothar Michael*, Prof. *Dr. Martin Morlok* und *Dr. Antje v. Ungern-Sternberg*; in besonderer Weise bin ich PD *Dr. phil. Sabine Mecking* zu Dank für das Teilen ihrer historischen Expertise verpflichtet.

¹ Zu einer instruktiven Abschtichtung des Begriffs der Verfassungsgeschichte vgl. *Boldt*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl. 1990, S. 10 ff.; weiter auch *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 10. Aufl. 2011, Rn. 1 ff.; *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 9. Aufl. 2010, S. 1 ff.

² *Krüper*, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 2010, Abschnitt A.

³ Für methodische Zugänge zur Verfassungsgeschichte vgl. *Willoweit* (Fn. 1), S. 4 ff.

⁴ *Strauss/Hofmannsthal*, Der Rosenkavalier, op. 59, 1. Akt.

⁵ *Fögen*, Römische Rechtsgeschichten, 2002; zu diesem Ansatz jetzt auch anschaulich *Baer*, Rechtssoziologie, 2011, S. 20 („Geschichte oder Geschichten“).

⁶ *Fögen* (Fn. 5), S. 11.

⁷ S. zu diesem Komplex sehr instruktiv *Stolleis*, Rechtsgeschichte schreiben – Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?, 2008, der diesem Beitrag ähnliche und weitere Perspektiven auf die Verfassungsgeschichte erörtert.

⁸ Der Begriff ist in diesem Zusammenhang der Philosophie entlehnt und bezeichnet Umstände, die nicht notwendig (zwingend), aber auch nicht unmöglich sind. Kontingenz bezeichnet also die Möglichkeiten und Zufälle im Sinne alternativer Kausalverläufe.

⁹ Für ein Beispiel vgl. *Schönberger*, in: Vesting/Korhoth (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, 2011, S. 7.

Historikers ist die Frage¹⁰. Es geht dabei darum, eine Perspektive einzunehmen, ein Erkenntnisinteresse zu formulieren, um „Komplexität und Chaos“¹¹ zu reduzieren und handhabbar zu machen.

Ein solcher Ansatz scheint auf den ersten Blick unnatürlich, weil er der organisch erscheinenden historischen Entwicklung ein analytisches Konstrukt aufzunötigen und die historischen Zusammenhänge damit zu desintegrieren scheint. Und in der Tat trennt eine solche Herangehensweise Sachverhalte auf, die aufeinander bezogen, bisweilen direkt miteinander verschränkt sind. Gerade darin liegt aber auch der Vorzug: Eine perspektivengebundene Abschichtung von verschiedenen, aber untereinander verwandten Sachverhalten kann viel deutlicher notwendige von zufälligen Zusammenhängen unterscheiden. Dies ist gerade für Juristen von Bedeutung, die nicht zu Unrecht der Neigung verdächtigt sind, alles aus der Perspektive des Rechts wahrzunehmen und unter dem Einfluss des Rechts zu vermuten – und dabei systematisch die Abhängigkeit des Rechts, seine Bedingtheit durch Kultur, Tradition und Politik ausblenden.

III. „Ein“ Gegenstand – „viele“ Perspektiven

Welche Perspektive man schließlich wählt, steht letztlich im Belieben derjenigen, der auf geschichtliche Zusammenhänge schauen und ist abhängig von ihren Interessen. Es gibt eine Vielzahl denkbarer Perspektiven, nicht alle davon versprechen gleichermaßen reiche Frucht. Die Wahl einer sinnvollen Perspektive, das Stellen relevanter Fragen ist also bereits Teil des rechtshistorischen Geschäfts.

In diesem Beitrag sollen vier Perspektiven vorgestellt werden, die (verfassungs-)geschichtswissenschaftlich eingeführt sind und historiographische und spezifisch juristische Zugänge miteinander verbinden.

1. Herrschafts- bzw. Politikgeschichte

Die wohl längste geschichtswissenschaftliche Tradition hat diejenige Form der Geschichtsschreibung, die Personen und Ereignisse in bestimmten institutionellen Zusammenhängen in den Mittelpunkt stellt. Dieser Zugang konzentriert sich auf herrschaftsgeschichtliche Fragen, also auf das, was man mit einer Anleihe beim Theater auch „Haupt- und Staatsaktionen“¹² nennt.¹³

Die herrschaftsgeschichtliche Perspektive ist der (verfassungs-)rechtlichen wie der verfassungsgeschichtlichen Perspektive in bestimmter Weise besonders nahe: Erstens beschäftigen sich Juristen traditionell mit der Legitimation politischer Herrschaft. Zweitens nehmen sie, damit in engem und bisweilen unauflöselichem Zusammenhang stehend, Staatlichkeit als institutionelles Phänomen in den Blick. Bis heute begegnet uns dieser Zugang in Gestalt des Staatorganisationsrechts des Bundes und der Länder, des Kommunalverfassungsrechts der Gemeinden und des Rechts der funktionalen Selbstverwaltungskörperschaften, beispielsweise der berufsständischen Kammern.

Die Haltung, dass Geschichtswissenschaft sich vor allem mit politischer Geschichte im engeren Sinne beschäftigen solle, war in besonderer Weise prägend für die (wissenschaftsgeschichtliche) Ära des Historismus.¹⁴ Aber auch heute behaupten Herrschafts- und Politikgeschichte einen besonderen Stellenwert in der Geschichtswissenschaft im Allgemeinen und der Verfassungsgeschichte im Besonderen. Dabei war über lange Zeit der so genannte Primat der Außenpolitik die Leitperspektive der Geschichte, der zu einer wissenschaftlichen Konzentration auf Staatenbeziehungen und Staatenentwicklungen führte. Herrschaftsfragen sind nach dieser Lesart vor allem außen- und kriegspolitische Fragen, die aber etwa in der durch die Jahrhunderte reichenden Heiratspolitik europäischer Fürstenhäuser sehr persönliche Dimensionen haben konnten.¹⁵

Jedenfalls für die Geschichtswissenschaft des 19. Jahrhunderts erklärt sich der Primat der Außenpolitik aus der zentralen politischen Erfahrung der Menschen, der Gründung des preußisch dominierten Deutschen Reiches 1870/1871, in der ganz überwiegend die Durchsetzung von Machtstaatsmechanismen, nicht aber die Durchsetzung der liberalen deutschen Nationalbewegung, einem in diesem Sinne „innenpolitischen“ Phänomen, gesehen wurde.¹⁶ Versucht man den herrschaftsgeschichtlichen Ansatz rechtlich zu wenden, ließe sich sagen: Ein wesentlicher Teil der Geschichte als Geschichte der Staatenbeziehungen war Völkerrechtsgeschichte, ohne dass all diese Beziehungen im engeren Sinne auf einer völkerrechtlichen Basis fußen.

Das wohl letzte eindeutig in dieser klassischen Perspektive geschriebene Buch ist *Gerhard Ritters* (1888-1967) zwischen 1954 und 1968 erschienenes „Staatskunst und Kriegs-

¹⁰ *Herbst*, Komplexität und Chaos, 2004, S. 42.

¹¹ Vgl. die geschichtstheoretischen Überlegungen bei *Herbst* (Fn. 10), passim.

¹² Mit dem Begriff der „Haupt- und Staatsaktion“ werden traditionell Schauspiele wandernder Theatertruppen des 17. und 18. Jahrhunderts bezeichnet, in denen eine oft mythisch-heldenhaft angelegte, mit großem „Staat“ ausgeschmückte „Hauptaktion“ mit humoristischen Einlagen, die „Nebenaktion“, durchsetzt zur Aufführung kommt.

¹³ Vgl. dazu und darüber hinaus den überaus lesenswerten Beitrag des bedeutenden Verfassungshistorikers *Otto Brunner*, *Historische Zeitung* 209 (1969), 1 zum Thema „Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht“ (insbes. 3 ff.).

¹⁴ Nach *Jaeger/Rüsen*, *Geschichte des Historismus*, 1992, S. 4, bezeichnet der Basisbegriff Historismus „ein Denken, bei dem die Geschichte eine hervorragende Rolle bei der Klärung weltanschaulicher Fragen spielt“; wissenschaftsgeschichtlich bezeichnet er „die erste umfassende Ausprägung des modernen fachwissenschaftlichen historischen Denkens“ (S. 5); die rechtswissenschaftliche Spielart dieses Denkens, die sich werkgeschichtlich vor allem mit *Savigny* verbindet, bezeichnet man als „Historische (Rechts-)Schule“ (S. 29 ff.).

¹⁵ Diesem Thema widmet sich beispielsweise *Schönpflug*, in: *Biskup/Kohlrausch* (Hrsg.), *Das Erbe der Monarchie*, 2006, S. 77 ff.

¹⁶ *Borowsky/Nicolaysen*, in: *Goertz* (Hrsg.), *Geschichte*, 3. Aufl. 2007, S. 528.

handwerk“, das nicht einfach „ein historisches Buch“ war, sondern als wissenschaftliches Gegenmodell zu „Griff nach der Weltmacht“, 1961 von *Fritz Fischer* (1908-1999) veröffentlicht, im Mittelpunkt einer Kontroverse um die richtige Form von Geschichtsschreibung stand.¹⁷

Die Einsicht, dass der historiographische Primat der Außenpolitik eine im Ansatz unterkomplexe historische Perspektive ist, fand um die Wende zum und bis weit hineinreichend in das 20. Jahrhundert (und bis heute) zunehmend Anhänger. Ein geschichtswissenschaftlicher Paradigmenwechsel bahnte sich an, eine neue und andere Form der Geschichtsschreibung entstand.

2. Sozial- bzw. Gesellschaftsgeschichte

Als wissenschaftliche Gegenbewegung zur herrschaftsgeschichtlichen Perspektive sind in diesem Sinn sozial- bzw. gesellschaftsgeschichtliche Fragestellungen zu verstehen. Der Kern ihrer Gegenbewegungsidee kommt in einem Gedicht *Bertolt Brechts* (1898-1956) zum Ausdruck („Fragen eines lesenden Arbeiters“), in dem es (auszugsweise) heißt:

„Wer baute das siebentorige Theben?
In den Büchern stehen die Namen von Königen.
Haben die Könige die Felsbrocken herbeigeschleppt?
Und das mehrmals zerstörte Babylon,
wer baute es so viele Male auf? In welchen Häusern
des goldstrahlenden Lima wohnten die Bauleute?
Wohin gingen an dem Abend, wo die chinesische Mauer
fertig war, die Maurer? [...]“

Diesseits und jenseits ihres klassenideologischen Gehalts verdeutlichen diese Zeilen den Ansatz der Sozialgeschichte, hinter der Fassade der „Haupt- und Staatsaktionen“ nach sozialen und ökonomischen Entwicklungsbedingungen innerhalb eines Gemeinwesens zu fragen und zu forschen.¹⁸ Der sozialgeschichtliche Ansatz ist damit gegenüber dem herrschaftsgeschichtlichen Ansatz stärker analytisch und weniger erzählend.¹⁹ Der Primat der Außenpolitik wird relativiert, der Primat der Innenpolitik (*Hans-Ulrich Wehler*) rückt in einem ganz umfassenden Sinne auf die Forschungsgenda.

Ein erster Versuch, die Verengung des Historismus auf herrschaftsgeschichtliche Fragestellungen aufzubrechen, verbindet sich mit dem Leipziger Historiker *Karl Lamprecht* (1856-1915) und dem Straßburger Wirtschaftshistoriker *Gustav Schmoller* (1838-1917). Sie bemühten sich um die Wende zum 20. Jahrhundert, *Schmoller* zum Beispiel durch die Gründung der „Vierteljahresshefte für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte“, die Perspektive der etablierten Geschichtsschreibung aufzubrechen. Sie wandten sich gegen eine historische Erkenntnisperspektive, die „von den Bedingungen, in die Menschen versetzt sind, schon nichts mehr

wußte“.²⁰ Die geschichtswissenschaftliche Auseinandersetzung, die dies auslöste, ist als Methodenstreit, als Historikerstreit oder auch als *Lamprecht-Kontroverse* bekannt.²¹ Durchgesetzt haben sich *Lamprecht* und seine Mitstreiter dabei nicht, Sozialgeschichte war also um die Jahrhundertwende in Deutschland noch nicht konsensfähig.²² Demgegenüber feierte der sozialgeschichtliche Ansatz in Frankreich, angestoßen vom Soziologen *Emile Durkheim* (1858-1917), schon früh erhebliche Erfolge. Er verbindet sich dort mit der so genannten „Annales-Schule“²³, deren Anliegen es war, Geschichtswissenschaft als eine historische Sozialwissenschaft zu verstehen, eine Wissenschaft des menschlichen Handelns insgesamt.²⁴ Darin liegt nicht weniger als eine massive Erweiterung, wenn nicht sogar praktisch ein Austausch des wissenschaftlichen Erkenntnisgegenstandes (2) und der Art seiner Betrachtung (1). Zu (1): Wo die Herrschaftsgeschichte wesentlich Ereignisgeschichte ist, also zeitlich scharf abgegrenzte Vorkommnisse betrachtet, treten in der Sozialgeschichte längere historische Prozesse auf den Plan. Es geht in der berühmten Formulierung des französischen Historikers *Fernand Braudel* (1902-1985) um die „longue durée“.²⁵ Zu (2): Nicht zufällig bemüht der Historiker *Jörg Baberowski* zum Zwecke der Beschreibung des sozialgeschichtlichen Erkenntnisgegenstandes den Historiker *Lucien Febvre* (1878-1956) und dessen emphatischen Ausruf: „Historiker, seid Geographen! Seid auch Juristen und Soziologen und Psychologen!“²⁶ Sein anspruchsvoller Appell – der sich im Übrigen ohne weiteres umkehren ließe zu: „Juristen, seid Historiker! Seid auch Soziologen, Philosophen und Psychologen usw.“ – beschreibt anschaulich das sozialgeschichtliche Projekt einer „histoire totale“ (*Braudel*), das nicht mehr nach anscheinend wichtigen und angeblich unwichtigen Gegenständen unterscheidet, sondern das Leben der Menschen in all seinen Facetten historisiert. Es dauerte bis in die 1970er Jahre, bis die „intellektuelle Neugier und Frische“ der Annales-Schule auch in Deutschland auf breiter Front aufgenommen und ihre Forschungsansätze rezipiert wurden.²⁷

Der potentiell umfassende Ansatz der Sozialgeschichte als „totaler Geschichte“ filtert also nicht einen abschließend bestimmten, für den Verfassungsgeschichtler in besonderer Weise relevanten Katalog an Sachmaterien heraus, die sich

²⁰ *Baberowski* (Fn. 19), S. 140.

²¹ Zur wissenschaftsgeschichtlichen Bedeutung solcher Methodenstreits vgl. *Augsberg*, in: Lüdemann/Funke (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 145 ff.

²² *Baberowski* (Fn. 19), S. 141.

²³ Benannt nach französischer historischer Zeitschrift „Annales d’histoire économique et sociale“, die von den einflussreichen Sozialhistorikern Marc Bloch und Lucien Febvre herausgegeben wurde.

²⁴ *Baberowski* (Fn. 19), S. 141.

²⁵ Vgl. die deutsche Übersetzung von *Braudel*, *Histoire et Sciences Sociales. La Longue Durée*, bei Wehler (Hrsg.), *Geschichte und Soziologie*, 2. Aufl. 1984, S. 213 ff.

²⁶ Zitat bei *Burke*, *Offene Geschichte*, 1988, S. 7 f.

²⁷ *Mooser* (Fn. 18), S. 578.

¹⁷ Zur sog. „Fischer-Kontroverse“ vgl. *Borowsky/Nicolaysen* (Fn. 16), S. 531 f.

¹⁸ Den wirtschaftsgeschichtlichen Aspekt beleuchtet intensiv *Mooser*, in: Goertz (Fn. 16), S. 568 ff.

¹⁹ *Baberowski*, *Der Sinn der Geschichte*, 2005, S. 141.

gleichsam (sozial-)verfassungsgeschichtlich erforschen ließen. Vielmehr kann der Jurist im Sinne einer *histoire constitutionnelle* totale von der ihm wichtigen rechtlichen Sachmaterie ausgehend historische Entwicklungen in Augenschein nehmen. Das sozialgeschichtliche Konzept legitimiert dies wissenschaftlich, indem es jenseits der eingefahrenen Pfade einer institutionellen Herrschaftsperspektive auf soziale und kulturelle Faktoren verweist, die auch verfassungsrechtsgeschichtlich relevant sein können. Salopp formuliert: Verfassungsgeschichte wird danach nicht nur im Kabinettsaal gemacht, sondern auch in der Kneipe. Unter dem Rubrum der Sozialgeschichte kann der Verfassungshistoriker also nach den gesellschaftlichen Kontexten einer rechtlichen Entwicklung fragen und forschen. Wechselseitige Abhängigkeiten und Bedingtheiten werden damit deutlich, ein historisches gesellschaftliches „Herkommen“ (verfassungs-)rechtlicher Regelungen gewinnt an Klarheit und ermöglicht Aussagen über die Entstehungs- und Geltungsbedingungen eines konkreten Rechtssatzes. Ein solcher Anspruch führt den Verfassungsjuristen beinahe zwangsläufig an die Grenzen seines Fachs, wahrscheinlicher aber noch (weit) darüber hinaus.²⁸ Der Anspruch *Fèbvres*, die eigene Erkenntnisperspektive um die anderer Fächer und Disziplinen zu erweitern, wird hier greifbar. Wer also über die rechtliche Regulierung wirtschaftlicher Tätigkeit forscht, wird etwas über den wirtschaftsgeschichtlichen Vorgang der Industrialisierung wissen müssen. Wenn die Entwicklung der Freiheit der Wissenschaft als Grundrecht interessiert, wird Bildungs-, Wissenschafts- und Hochschulpolitik, ihr Herkommen und ihre Geschichte betreiben müssen. Und wen beschäftigt, über welchen langen Weg sich die rechtliche Gleichberechtigung von Mann und Frau entwickelt hat, wird über die wirtschaftlichen, religiösen und sittlichen Vorstellungen über die Rolle der Geschlechter in vergangenen Zeiten arbeiten müssen,²⁹ will er als Jurist sinnvolle Aussagen über sein Thema treffen.

Dabei ist die Verquickung von sozial- und verfassungsgeschichtlichem Interesse aufgrund der Staats- und Herrschaftsferne der Sozialgeschichte und der Staats- und Herrschaftsnähe der Verfassungsgeschichte nicht von vornherein naheliegend. Die sozialgeschichtliche Idee in Reinform lässt sich bei einer Verquickung beider Perspektiven daher zumeist nicht voll verwirklichen, auch und gerade weil das (Verfassungs-)Recht immer auf die vielgestaltige soziale Wirklichkeit bezogen war.

3. Ideen- und Wissenschaftsgeschichte

Verfassungsgeschichte lässt sich auch als Ideen- oder Wissenschaftsgeschichte betreiben. Sie stellt dann die historische

Entwicklung derjenigen geistigen Konzepte in den Mittelpunkt ihrer Betrachtung, die einen (un-)mittelbaren Bezug zu Verfassungs-(rechts-)fragen haben. Wenn Verfassungsfragen Herrschaftsfragen sind, sind damit naturgemäß Konzepte der politischen Philosophie angesprochen. Es kommt dabei zu einem interessanten Zusammenfall von wissenschaftlichen Disziplinen: Was sich als verfassungsorientierte Ideengeschichte anlässt, wird schnell zur Geschichte einer Wissenschaft an sich, nämlich der der Rechts- und Staatsphilosophie oder auch der des Öffentlichen Rechts selbst. So stellt eines der wesentlichen verfassungsgeschichtlichen Werke unserer Zeit, die „Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland“ von *Michael Stolleis*³⁰, die Entwicklung der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht in den Mittelpunkt (die natürlich, und unter dem Aspekt der Entwicklung des Rechtsstaats als „Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts“ (*Otto Mayer* [1846-1924]), wesentlich auch Verwaltungsrechtsgeschichte ist).³¹

Der enge Zusammenhang zwischen Ideengeschichte und Wissenschaftsgeschichte scheint zum Beispiel auf, wenn man sich mit dem historischen Werden des demokratischen Denkens beschäftigt. Ohne Zweifel wird man die Quellen des demokratischen Denkens in der Philosophie der griechischen Antike aufsuchen, z.B. in *Aristoteles* (384-322 v. Chr.) „Politik“ oder den „Staat“ *Platons* (428/427-348/347 v. Chr.) und die Entwicklung dieser Gedanken durch die Zeit verfolgen, bis in die Gegenwart, deren politische Philosophie schon das Zeitalter der Postdemokratie ausgerufen hat.³²

Wird Verfassungsgeschichte als Ideen- und Wissenschaftsgeschichte betrieben, so gewinnt damit, soviel ist schon klar geworden, die Philosophie besondere Bedeutung. Das Herausstellen des engen Zusammenhangs von historischen Prozessen und geistigen Konzepten ist dabei durchaus eine Eigenheit der deutschen Wissenschaftstradition. Gemeint ist damit vor allem die überaus einflussreiche Epoche des deutschen Idealismus. Der Idealismus, nicht als Einstellung des Individuums, sondern als wissenschaftliche Strömung, bezeichnet eine Denktradition, die in der Wirklichkeit des Menschen nur den Ausdruck bestimmter geistiger Ideen sieht. Geschichte wird damit nicht primär als die Abfolge von konkreten Ereignissen, sondern als Ausdruck einer fortdauernden Auseinandersetzung zwischen bestimmten philosophischen Ideen interpretiert – eine Auseinandersetzung, die wir vor allem nach *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* (1770-1831) als Dialektik bezeichnen. Der Idealismus hat, nicht zuletzt unter Einfluss *Hegels*, aber auch in den Werken *Immanuel Kants* (1724-1804), *Johann Gottlieb Fichtes* (1762-1814), *Friedrich Wilhelm Josef Schellings* (1775-1854) eine ganz eigene Philosophie der Geschichte entwickelt. Deren Einzelheiten sollen hier nicht dargestellt werden. Allein der

²⁸ Zur Stellung des Verfassungshistorikers zwischen den Disziplinen vgl. jüngst *Lesaffer*, in: Klink/Taekema (Hrsg.), *Law and Method*, 2011, S. 133 ff.

²⁹ *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 2010, S. 211, formuliert in diesem thematischen Zusammenhang treffend, es sei bemerkenswert, „dass wesentliche Teile der Ideengeschichte diese Unfreiheit [Anm.: von Frauen] mit erheblichem intellektuellem Aufwand und großem Einfluss legitimiert“ hätten.

³⁰ *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 4, 1988-2012.

³¹ Vgl. dazu jüngst *Cancik*, *Rg* 19 (2011), 30; s. auch *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, 1992, S. 229 ff.

³² So der Titel des weit beachteten Buches von *Crouch*, *Postdemokratie*, 2008.

Hinweis auf den besonderen Einfluss der idealistischen Geschichtsphilosophie auf Theoriemodelle des historischen Fortschritts sei hier erlaubt.³³

Man kann sich als Jurist gerade von dieser Dimension der Geschichtlichkeit des Rechts fernzuhalten versuchen. Vor allem ein Rechtsverständnis, das sich den theoretischen Postulaten des Rechtspositivismus³⁴ verpflichtet fühlt, muss gegenüber einer ideengeschichtlichen Einfärbung rechtlicher Kontroversen Skepsis bewahren. Indes ist kaum von der Hand zu weisen, dass die Vorgaben der Verfassung weder von ihrem historischen Herkommen her, noch von ihrer normativen Reichweite für sich stehen – es gibt eine „Verfassung hinter der Verfassung“,³⁵ die auch auf ideengeschichtlichen Säulen ruht. Diese sichtbar zu machen, ist allerdings nicht primär die Aufgabe der Verfassungspraxis, also der Parlamente, Behörden, Gerichte oder des Verfassungsgerichts, sondern zunächst eine Aufgabe der Rechtswissenschaft, namentlich einer (historisch orientierten) Verfassungstheorie.³⁶ Daher leugnet der Rechtspositivismus auch nicht die Relevanz historischer (moralischer usw.) Motive für die Entstehung des Rechts, er legitimiert das Recht nur nicht durch sie.³⁷

4. Verfassungsrechtstextgeschichte

Die dem Juristen zweifellos nächstliegende historische Erkenntnisperspektive ist diejenige, die sich unmittelbar auf den Gegenstand der juristischen Tätigkeit selbst bezieht, also auf das (geschriebene) Recht, den Rechtstext.³⁸ (Verfassungs-)Rechtstextgeschichte ist dem Juristen aus mehreren Gründen nahe: Erstens hat sie eine wertende Auseinandersetzung mit einem gegebenen Normtext zum Gegenstand, ähnelt darin also der juristischen Kerntätigkeit, der Rechtsanwendung. Sie kann, denkt man an die Rechtsvergleichung oder das Studium historischer Entwurfsfassungen einer Norm, mit der Ausle-

gung und der Anwendung des Rechts sogar Hand in Hand gehen. So wird beispielsweise der Regelungsgehalt der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG bis heute oft anhand des Entwurfs verdeutlicht, den der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee für dieses Grundrecht formulierte, nach dem jeder nach seinem Belieben tun und lassen könne, was anderen und ihren Rechten nicht schade.

Gleichzeitig führt die Orientierung an der Geschichtlichkeit von Verfassungstexten den Juristen auch in historisch übersichtlichere und das heißt vor allem jüngere Gefilde. Verfassungstexte in einem anspruchsvollen, unserem heutigen Verständnis des Verfassungsbegriffs nahe kommenden Weise, sind vom historischen Standpunkt aus betrachtet noch recht junge Phänomene. Zwar finden sich mit der englischen Magna Charta Libertatum von 1215, der Bill of Rights von 1689, aber auch mit dem Augsburger Religionsfrieden von 1555 und dem Westfälischen Frieden von 1648 einflussreiche Schriftstücke, die jedenfalls in Teilen die Funktion von Verfassungsverbürgungen hatten. Zur ihrer ersten Blüte kam die Verfassungsidee aber erst mit den großen republikanischen Revolutionen in Amerika und in Frankreich.³⁹ Staatlichkeit, so wie wir sie heute verstehen, ist also Verfassungsstaatlichkeit und das heißt: Staatlichkeit, die sich auf der Grundlage einer Verfassung mit gewissen Mindestgehalten konstituiert.⁴⁰ Nach wie vor maßgeblich ist hier die Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen v. 26.8.1789, mit der in den Nachwehen der Revolutionsereignisse vom 14. Juli grundlegende und bis heute gültige verfassungsrechtliche Prinzipien ausgesprochen wurden. Dazu zählt auch Art. 16, in dem es heißt: „Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution“. Dieser emphatische Verfassungsbegriff, der die Verfassung von dem formalen Schicksal befreit, ungeachtet ihres Inhalts als reines Organisationsstatut eines Gemeinwesens verstanden zu werden, prägt unser Denken bis heute: Verfassung ohne den materiellen Kern von Grundrechten und Gewaltenteilung ist möglich, aber sinnlos. Die Garantiefunktion der Verfassung, die der Art. 16 anspricht („est [...] assurée“), verweist, wenn auch verdeckt, auf einen kulturgeschichtlich bedeutsamen und unserer Gegenwart selbstverständlichen Umstand, nämlich den Zusammenhang von Rechtsgeltung und Schriftlichkeit des Rechts.⁴¹ Waren beispielsweise die französischen lois fondamentales de royaume über geraume Zeit keineswegs schriftlich fixiert, bereitete das immer stärker sich verbreitende Verfassungsvertragsdenken der Verschriftlichung des Rechts eine Grundlage,⁴² das Zeitalter des Verfassungsstaates brach an. Hintergrund dieser Entwicklung bildet ein in den Begriffen der Medientheorie

³³ Für einen Überblick s. jüngst *Hübner*, Die Geschichtsphilosophie des deutschen Idealismus, 2011, zu *Kant*, *Fichte*, *Hegel* und *Schelling*.

³⁴ Zum Begriff des Rechtspositivismus vgl. *Funke*, in: Krüper (Fn. 2), § 2 Rn. 27 ff.; der Rechtspositivismus ist seinerseits selbst Ausdruck einer bestimmten philosophischen Tradition des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts, des sog. Neukantianismus, einer philosophischen Wissenschaftstheorie, s. dazu knapp *Mahlmann* (Fn. 29), S. 152.

³⁵ Nach *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2008.

³⁶ Vgl. *Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie, 1988, S. 30: „Verfassungstheorie wird sich also immer auch historisch versichern müssen“.

³⁷ Vgl. jüngst zu tradierten Missverständnissen über den Rechtspositivismus *Dreier*, in: Jabloner u.a. (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode, Festschrift Heinz Mayer, 2011, S. 61 (insbes. S. 71 ff.); zum Konzept des (Rechts-)Positivismus und seiner Kritik anschaulich auch *Mahlmann* (Fn. 29), S. 143 ff.

³⁸ S. zu einem solchen Ansatz beispielsweise die berühmte Verfassungsgeschichte von *Brunner*, Land und Herrschaft, 4. Aufl. 1959, S. 120 ff.

³⁹ Vgl. für eine Übersicht *Rofner*, in: Krüper (Fn. 2) § 6 Rn. 14 ff.

⁴⁰ Vgl. zum Begriff des Verfassungsstaats aus verfassungsgeschichtlicher Perspektive *Boldt*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 2, 2. Aufl. 1990, S. 11 ff.

⁴¹ *Mohnhaupt*, Ius Commune 25 (1998), 121 (122).

⁴² Vgl. für die Zusammenhänge zwischen „leges fundamentales“ und moderner Verfassung *Mohnhaupt*, Ius Commune 25 (1998), 121.

beschreibbares Verhältnis zwischen verschiedenen Formen kultureller Tradierung, in den Begriffen des amerikanischen Jesuiten, Literaturwissenschaftlers und Medientheoretikers Walter J. Ong (1912-2003) zwischen „Orality and Literacy“. Mit der Umstellung auf schriftliche Formen kultureller Tradierung, die einher gehen mit einer Aufwertung (Kanonisierung) zentraler Texte wie der Verfassung,⁴³ ist ein Zuwachs an personenunabhängiger Kontinuität in der Zeit einerseits, andererseits aber vor allem auch an tradierungsfähiger Komplexität verbunden – zwei Merkmale, deren Bedeutung in Ansehung moderner Verfassungen unmittelbar einleuchtend ist: Den Katalog der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im deutschen Grundgesetz mündlich fehlerfrei zu tradieren, mag gelingen, ist aber unwahrscheinlich.

Verfassungsrechtstextgeschichte kann also Antworten darauf liefern, in welcher Form eine geschriebene Verfassung einerseits den Anforderungen eines emphatischen Verfassungsbegriffs Rechnung trägt. Andererseits liefert sie aber auch Einsichten in den Stand dessen, was man zu einem bestimmten Zeitpunkt für verfassungsrechtlich notwendig gehalten hat, beispielsweise bei der Garantie von Grundrechten. Verfassungsrechtstextgeschichte ist also ein Instrument, um rechtliche (Dis-)Kontinuitäten offen zu legen und zu erforschen. Verfassungsrechtstextgeschichte ist damit auch der Lackmus-Test auf Vorkommen und Umfang eines verfassungsrechtlichen Wertewandels. Darin ist Verfassungsrechtstextgeschichte gleichzeitig auch ein Instrument, das Differenzen zwischen geschriebenem Recht und geltendem Recht („law in the books“ und „law in action“) aufzeigen kann, nämlich immer dann, wenn der verfassungsrechtliche Textbefund und Verfassungsnormativität in der Wirklichkeit, beispielsweise in Gestalt von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, auseinander fallen.

Verfassungsrechtstextgeschichte lässt sich, spricht man von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, auch als Geschichte der Verfassungsinterpretation betreiben. Der Verfassungstext, der gegenüber Texten des einfachen Rechts wie dem Polizeirecht, dem Sachenrecht oder dem besonderen Teil des StGB erheblich abstrakter formuliert ist – oder jedenfalls abstrakter verstanden wird – ist besonders Konkretisierungsbedürftig. Die Frage danach, wie diese Konkretisierung im Einzelnen stattfindet, in welchen historischen Kontexten und wie sie sich ändert, ist im Sinne unserer Überlegungen eine „Verfassungsrechtstextgeschichte zweiter Ordnung“. Sie erkennt an, dass der Verfassungstext in der Verfassungsrechtspraxis weit mehr ist als das geschriebene Grundgesetz. Er fasst, spricht man von Deutschland, bis dato 127 Bände amtlicher Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zahlreiche Kommentare, Monographien, Lehrbücher und natürlich Aufsätze. Verfassungsrecht und Verfassungsgeschichte haben ihren Ort also nicht nur im geschriebenen Recht, sondern immer und überall dort, wo über Verfassung geschrieben und gesprochen, gestritten und entschieden wird (s. dazu auch die folgenden Überlegungen zur Diskursgeschichte).

⁴³ Vgl. zum Begriff und zur Funktion des Kanons Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, 5. Aufl. 2005, S. 103 ff.

5. Weiteres, vor allem Kultur- und Diskursgeschichte

Vor einem Missverständnis ist zu warnen. Keineswegs sind die hier vorgestellten Perspektiven abschließend. (Verfassungs-)Geschichte lässt sich selbstverständlich auch unter anderen Blickwinkeln fruchtbar betreiben. Nicht zuletzt hat die Verfassungsgeschichte selbst schon eine bestimmte, eine selektierende Perspektive,⁴⁴ denn sie konzentriert sich, jedenfalls dann, wenn sie nahe an einer Verfassungsrechtstextgeschichte bleibt, auf die rechtlich greifbaren Ergebnisse politischer Prozesse: Diese müssen nicht immer in einer Vollverfassung im heutigen Sinne aktuell werden. Auch bloße Organisationsstatuten oder Einzelkodifikationen, die bestimmte Einrichtungen zum Gegenstand haben, können Gegenstand verfassungsgeschichtlicher Überlegungen sein (man denke beispielsweise – willkürlich gegriffen aus einer unendlichen Zahl an Beispielen – an die Hofordnung Kaiser Maximilians I. (1459-1519), mit der neben dem Reichskammergericht der sog. Reichshofrat als zweite zentrale Gerichtsinstitution im Heiligen Römischen Reich etabliert wurde).⁴⁵

Aber natürlich kennt die Geschichtswissenschaft auch eine Reihe weiterer Forschungsperspektiven, deren Berührungspunkte mit Verfassungsfragen mehr oder weniger stark sind. Dazu zählen, der Verfassungsgeschichte vergleichbar, die wissenschaftlichen Disziplingeschichten, z.B. die Geschichte der Naturwissenschaften, aber auch die Geschichte kultureller Praktiken wie Literatur-, Musik- oder Technikgeschichte. Schließlich zählen auch die „Verfassungsgeschichten“ anderer Institutionen als des Staats dazu, im Kontext dieses Beitrags besonders natürlich die Kirchengeschichte.⁴⁶ Geschichte lässt sich auch zeitalterbezogen betreiben, also als Epochen-⁴⁷ oder die Zeitgeschichte⁴⁸ (als „Gegenwartsgeschichte“) zählen dazu, die als Querschnittsgeschichten natürlich auch verfassungsrechtliche Aspekte kennen, man kann hier zum Beispiel an Rechtsfragen der deutschen Teilung und Wiedervereinigung denken.⁴⁹

Seit geraumer Zeit geht vor allem unter den geistes- und sozialwissenschaftlichen Disziplinen ein Phänomen um, das weite Teile der Forschung in diesen Gebieten auf neue oder

⁴⁴ S. etwa den Beitrag von Stolleis, in: Goertz (Fn. 16), S. 391 ff., der die Verfassungsgeschichte anschaulich als Teildisziplin der Geschichte insgesamt zeigt.

⁴⁵ Siehe <http://www.reichshofratsakten.uni-goettingen.de> zur Erschließung der Akten des Reichshofrats; allgemein zum Reichshofrat s. Press, in: Battenberg/Ranieri (Hrsg.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*, 1994, S. 349 ff.

⁴⁶ Stolleis (Fn. 44), S. 401 f. zur kirchlichen Rechtsgeschichte; Marksches, in: Goertz (Fn. 16), S. 461 ff.

⁴⁷ Jordan, *Einführung in das Geschichtsstudium*, 2003, S. 27 ff., dort auch zum hier vorgestellten Ansatz einer sektoralen Forschungsperspektive.

⁴⁸ Zur juristischen Zeitgeschichte vgl. die Beiträge in Stolleis, *Juristische Zeitgeschichte*, 1993.

⁴⁹ Vgl. zu Rechtsfragen deutscher Teilung und Einheit jetzt Krüper/Sauer (Hrsg.), *Staat und Recht in Teilung und Einheit*, 2011; zur juristischen Zeitgeschichte als Disziplin s. auch Stolleis (Fn. 48).

jedenfalls andere als die herkömmlichen Grundlagen gestellt hat. Gemeint ist der Begriff der Kultur als (neuer) Leitbegriff der Forschung und der mit seinem Auftreten verbundene sogenannte „cultural turn“. Es handelt sich dabei um ein höchst voraussetzungsvolles Konzept, dessen Wurzeln, überraschend genug, vor allem in sprachtheoretischen Konzepten des sogenannten Strukturalismus zu suchen sind.⁵⁰

Ähnlichkeiten bestehen zwischen den kulturwissenschaftlichen Ansätzen der verschiedenen Disziplinen insoweit, als es ihnen um die Untersuchung geht, wie „Gesellschaften die sie umgebenden Wirklichkeiten mit bestimmten Bedeutungsnetzen ausstatten“.⁵¹ Anders formuliert: Es geht darum, wie Gesellschaften den „Sinn“ (von Worten, Taten, Gesten, Ritualen, Begriffen, Institutionen) begründen und sich so Wirklichkeit schaffen – und gewendet auf die Geschichte ist zu fragen, welche „historischen Formen von Sinn und Bedeutung“⁵² in Gesellschaften aufgetreten sind. Dass dies eine Perspektive ist, die dem Verfassungsjuristen sachlich nahe steht, ist offenbar: Es ist gerade die Verfassung, die einen ersten Rang als sinnstiftende und sinnordnende Quelle einnimmt. Im Begriff der „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“ kommt dies besonders zum Ausdruck.

Zwischen der Kulturgeschichte und der sogenannten Diskursgeschichte besteht ein enger, auch verfassungsgeschichtlich interessanter Zusammenhang. Sinn- und Bedeutungsstrukturen sind zumeist sprachlich konstituiert, ebenso wie das Wissen um solche Strukturen. Diskursgeschichte als Teil der Kulturgeschichte fragt sich, welche „Gegebenheiten [...] zu einem bestimmten historischen Zeitpunkt als ‚wahr‘ und ‚wirklich‘ gewusst“ werden. Sie versucht, „das ans Tageslicht zu holen, was in einem Maße selbstverständlich und unmittelbar geworden ist, dass es gerade deswegen nicht mehr wahrgenommen werden kann“.⁵³ Dabei geht es darum, warum bestimmte Aussagen zu einem bestimmten Zeitpunkt gemacht werden, warum und wie sie gemacht werden und welche sozialen und politischen Machtstrukturen dies bedingen. Es geht also durchaus „praktisch“ darum, warum und „wie“ in einer Gesellschaft über bestimmte Dinge gesprochen wird. Der französische Philosoph *Michel Foucault* (1926-1984), auf dessen Arbeiten der diskursgeschichtliche Ansatz fußt, spricht von der „Ordnung des Diskurses“⁵⁴, die zu untersuchen sei.

Trotz der offenbaren Nähe zu verfassungsrechtlichen wie verfassungsgeschichtlichen Fragen ist die historische Diskursanalyse im Bereich des Rechts und der Rechtsgeschichte bislang wenig genutzt worden.⁵⁵ Dies mag auch etwas damit zu tun haben, dass die diskursanalytischen Ideen der höchst umstrittenen französischen (Post-)Strukturalisten von vielen Wissenschaftlern für eine „besonders spinnerte Spielart von

„French Theory“⁵⁶ gehalten werden. Einflussreich sind sie, ob „spinnert“ oder nicht, aber sehr.

IV. Religion und Glaubensfreiheit als Referenzobjekt

Eine Erprobung der vorgestellten Perspektiven am Beispiel des Verhältnisses von Staat und Religion und der Glaubensfreiheit verspricht deswegen interessant zu sein, weil sich ein juristisch ergebnisses Spannungsverhältnis zwischen Religion und staatlichem Herrschaftsanspruch ergibt.⁵⁷ Religion ist ein „soziales System“, das dem einzelnen Menschen Orientierung und Sinn zu geben beansprucht.⁵⁸ Traditionell verknüpfen jedenfalls die monotheistischen Weltreligionen diese Sinnggebung mit einem mehr oder weniger stark ausgeprägten Absolutheitsanspruch, nicht allein im geistlichen, sondern oft auch im weltlichen Bereich. Einen solchen weltlichen Herrschaftsanspruch hat auch das staatliche Recht. Es erhebt, juristisch formuliert, einen Normativitätsanspruch, letztverbindlich darüber zu entscheiden, was richtig, in den Worten des Rechts: was rechtmäßig ist und was nicht. Es besteht also aus der Perspektive der Moderne ein latenter Normativitäts-, genauer noch: ein Normbegründungskonflikt zwischen staatlichem Recht und religiösen Normen, jedenfalls aber eine Konkurrenz.⁵⁹ Religion und Recht sind dabei zwei Systeme, die für bestimmte Bereiche des menschlichen Lebens absolute Geltung beanspruchen: Weder kann man vom Standpunkt der Religion „ein bisschen katholisch“ sein, noch hat sich die Idee einer „relativen Rechtswidrigkeit“ bisher auf breiter Front durchsetzen können.⁶⁰ Religion und das staatliche Recht haben also das Potential, in ein konfliktträchtiges Verhältnis zueinander zu treten, in dem beide Seiten miteinander um Vorherrschaft ringen. „Reason and revelation“ streiten also um ihre Autorität. Es geht dabei um Vorherrschaft in der Sache, aber auch, und das ist der zweite wichtige Aspekt, um Herrschaft von Institutionen, historisch gewendet also um die Dominanz von Staat oder Kirche.

Bevor wir im Folgenden diesem Spannungsverhältnis am Beispiel der hier eingeführten Perspektiven nachgehen, ist ein verfassungsgeschichtlicher „disclaimer“ notwendig. Die nachstehenden Überlegungen haben illustrierende Funktion – sie sind im Sinne der eingangs gemachten Feststellung Werbung für die verfassungsgeschichtliche Sache. Sie sollen einen Eindruck von der Vielfältigkeit verfassungsgeschichtlicher Ansatzpunkte vermitteln – und Lust darauf machen, sich mit dieser Vielfalt selbst detaillierter zu beschäftigen. Abschließend sind sie – natürlich – nicht.

⁵⁶ Formulierung nach *Kiesow*, Rg 8 (2006), 81, dort als Paraphrase von Urteilen über den französischen Rechtshistoriker *Pierre Legendre*.

⁵⁷ So (für das Alte Reich) *Boldt* (Fn. 1), S. 108 f.

⁵⁸ *Luhmann*, Die Religion der Gesellschaft, 2002, S. 7 ff., spricht von der „Sinnform Religion“.

⁵⁹ S. dazu jetzt instruktiv die Beiträge in *Jansen/Oestmann* (Hrsg.), *Gebot, Gewohnheit, Gesetz*, 2011.

⁶⁰ Vgl. aber die weiterführenden Überlegungen bei *Bumke*, *Relative Rechtswidrigkeit*, 2004.

⁵⁰ *Krüper*, § 14 Rn. 9 ff.

⁵¹ *Landwehr*, Kulturgeschichte, 2009, S. 9.

⁵² *Landwehr* (Fn. 51), S. 13.

⁵³ *Landwehr* (Fn. 51), S. 40.

⁵⁴ *Foucault*, Die Ordnung des Diskurses, 12. Aufl. 2011.

⁵⁵ *Landwehr*, Historische Diskursanalyse, 2. Aufl. 2009, S. 162 f.

V. Anwendung der Perspektiven auf das Referenzobjekt

1. Verfassungsgeschichte als Herrschaftsgeschichte

Die herrschafts- oder auch institutionengeschichtliche Perspektive auf Religion und Glaubensfreiheit wird in Deutschland dominiert von der Entwicklung der institutionellen Auseinandersetzung von Staat und Kirche(-n). In einer (verklärenden) Formulierung des Historikers *Franz Schnabel* (1887-1966): „Seit Jahrhunderten hatte der abendländische Geist sich von den Idealen des Christentums immer weiter entfernt“. ⁶¹ Die historische Erzählung, die sich damit verbindet, kennt ein bestimmendes Narrativ, ein erzählerisches Leitmotiv, nämlich das der Säkularisierung ⁶² oder, anders formuliert, das der fortschreitenden Distanzierung von Staat und Kirchen, ⁶³ von Recht und Religion. Das Säkularisierungsmotiv dominiert, weil es für die deutsche Verfassungsgeschichtsbeurteilung große Plausibilität zu haben scheint. Es ist dabei in aller Regel angesiedelt im thematischen Umfeld der Reformation, die für die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche(-n) eine überragende Bedeutung hat – nicht aber, wie mit Recht bemerkt wird, für die Entstehung der Religionsfreiheit als eines subjektiven Rechts des Bürgers. ⁶⁴

Dabei ist wichtig zu sehen, dass das Säkularisierungsnarrativ prägend für verschiedene Geschichten sein kann: Die Säkularisierungsgeschichte lässt sich erzählen als eine Verlustgeschichte, in der das Religiöse seinen (ihm gemäßen) Stellenwert im öffentlichen Leben verloren hat. Man kann die Säkularisierungsgeschichte aber auch, und diese Perspektive dominiert, als Emanzipationsgeschichte des modernen Staats erzählen. ⁶⁵ Auch kann man den Rationalisierungsschub, den der Staat durch die Trennung von Religion und Kirche erfahren hat, positiv bewerten und trotzdem kritisch nach dem schwindenden Stellenwert des Religiösen im öffentlichen Raum fragen. ⁶⁶ Und schließlich kann man das Säkularisie-

rungsnarrativ als Staatsbildungserzählung grundsätzlich in Frage stellen ⁶⁷ und gerade in der gezielten Konfessionalisierung nach der Reformation ein Movens der modernen Staatsbildung sehen. ⁶⁸

Die Säkularisierungsgeschichte ist für Juristen deshalb so interessant, weil mit ihr wesentlich die Entwicklung und Herausbildung des Staates in seiner heutigen Gestalt verbunden war. Er hat (über einen Zeitraum mehrerer Jahrhunderte) seine institutionellen und inhaltlichen Verwicklungen zunächst mit dem katholischen, später auch mit dem protestantischen Glauben abgelegt und sich auf eigener Wert- und Legitimationsgrundlage konstituiert. Das bedeutet nicht, dass die ehemalige enge Verbundenheit zwischen Kirchen und Staat seine Verfassung und sein Recht nicht bis heute kulturell mitprägt. ⁶⁹ Es besteht aber keine Abhängigkeitsbeziehung mehr – Staat und Recht verstehen sich nicht mehr als von „Gottes Gnaden“, sondern ziehen ihre Legitimation aus demokratischen Herrschaftsstrukturen und der *Bindung* an Recht. Dies ist historisch betrachtet keineswegs selbstverständlich. Über geraume Zeit nämlich leitete staatliche Herrschaft ihre Legitimation aus der Verbindung mit der Religion und der Institution der Kirche ab. Ein Beispiel dafür ist der so genannte Cäsaropapismus, womit der Zusammenfall von staatlicher und weltlicher Herrschaft in einer Herrscherperson bezeichnet wird, beispielsweise den römischen Kaisern und bis heute (auf dem Gebiet des Vatikanstaats) den Päpsten. Zum anderen aber, und dies betrifft eine Reihe von vor allem mittelalterlichen Herrschaftsstrukturen im „deutschen“ Raum, geschah dies durch den eminenten Einfluss der römischen Kirche auf die weltlichen Herrscher. Terminologisch wird dieser Zusammenhang abgebildet in dem Begriffspaar des sacerdotium, der geistlichen Herrschaft, und des regnum (imperium), der weltlichen Herrschaft, die man über lange Zeit als Einheit ansah. Die Päpste liehen in dieser Lesart den weltlichen Herrschern das „geistliche Schwert“, welches diese stellvertretend für sie führten.

Freilich bestand immer ein latenter Streit darüber, ob statt eines Verhältnisses der Gleichordnung nicht doch ein Vorrang des sacerdotium bestehe, welchen die Päpste regelmäßig durchzusetzen versuchten. Dass in diesem Spannungsverhältnis grundsätzlich dem ius divinum, dem von Gott abgeleiteten Recht der Kirche der Vorrang zukam, war theoretisch weitgehend unstrittig, ⁷⁰ faktisch aber konnten die Päpste ohne die „Amtshilfe“ der weltlichen Herrscher ihren Machtanspruch kaum durchsetzen. Es gab also jenseits der „Aktenlage“ ein komplexes Verwobenheitsverhältnis zwischen weltlicher und geistlicher Macht, das alles andere als konfliktfrei war. Den Höhepunkt in den Auseinandersetzungen zwischen

⁶¹ *Schnabel*, Deutsche Geschichte des 19. Jahrhunderts, Bd. 4, 1936 (1987), S. 3; die Formulierung erinnert an *Novalis*, Die Christenheit oder Europa, 1799, der eröffnet mit dem das Mittelalter verklärenden Satz: „Es waren schöne glänzende Zeiten, wo Europa ein christliches Land war, wo eine Christenheit diesen menschlich gestalteten Welttheil bewohnte; ein großes gemeinschaftliches Interesse verband die entlegensten Provinzen dieses weiten geistlichen Reichs“; den Hinweis auf diesen Zusammenhang verdanke ich *Fabian Clemens*.

⁶² Von lat. saeculum: Zeit, Zeitalter, Jahrhundert, im kirchlichen Wortschatz der Begriff zur Bezeichnung des diesseitigen, weltlichen (zeitigen) Lebens, im Gegensatz zum ewigen Bestand der göttlichen Ordnung; verwandt ist der Begriff der Säkularisation als der Prozess der Überführung kirchlichen Eigentums in staatliches Eigentum; zum Begriff vgl. *Luhmann* (Fn. 58), S. 282 f.

⁶³ Jüngst dazu *Dreier*, Rg 19 (2011), 72; klassisch zum Thema *Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 42 ff.

⁶⁴ Z. B. bei *Dreier*, Rg 19 (2011), 72 (75) m.w.N.

⁶⁵ So *Böckenförde* (Fn. 63), passim.

⁶⁶ Z.B. bei *Böckenförde*, in: Meier (Hrsg.), Der säkularisierte Staat, 2006, S. 11 ff.; *Heinig*, JZ 2009, 1136.

⁶⁷ Z.B. bei *Boldt* (Fn. 1), S. 218 ff.

⁶⁸ So und zum Verhältnis beider Positionen instruktiv *Stoll-eis*, Ius Commune 20 (1993), 1, mit breitem Nachweisapparat; s. auch *Dreier*, Merkur 64 (2010), Nr. 732, 429 ff.

⁶⁹ Zu den erheblichen Fortwirkungen der einst engen Verwicklung im heutigen Recht vgl. *Korioth*, in: Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht, 2007, S. 39 (S. 41 ff.).

⁷⁰ *Korioth* (Fn. 69), S. 42.

geistlicher und weltlicher Herrschaft bildete der sog. Investiturstreit, der unter anderem um die Frage kreiste, wem das Recht zustehen solle, einträgliche kirchliche Ämter zu besetzen (Investitur),⁷¹ entweder den weltlichen Herrschern als Laien (Laieninvestitur als Investitur *durch* Laien) oder der Kirche selbst. Es handelt sich bei dieser Frage keineswegs um eine Marginalie. Bis heute behaupten Institutionen im Bereich der Ämtervergabe gerne eine starke Autonomie. Fremdeinflüsse, seien sie rechtlich legitimiert oder nur faktisch bestehend, werden abzuwehren versucht. Ein aktuelles Beispiel: Die gegenwärtigen wissenschaftspolitischen und -rechtlichen Kontroversen gehen darum, ob und in welchem Umfang Universitäten von Gremien geleitet und beaufsichtigt werden sollen, denen universitätsfremde Mitglieder angehören, denen auch ein Ämterbesetzungsrecht zusteht, denn: Wer Ämter besetzt, der übt Einfluss, wer Ämter innehat, der übt Kontrolle aus. Investitur war und ist also, herrschaftstheoretisch betrachtet, ein heikles Thema, dessen Sprengkraft noch dadurch gesteigert war, dass die einst zu besetzenden kirchlichen Ämter erhebliche ökonomische Privilegien umfassten – der Ämterkauf, die so genannte Simonie, war daher an der Tagesordnung.⁷²

Der Investiturstreit, dessen Bezeichnung als bloßer Streit ein vorübergehendes Ereignis von kurzer Dauer suggeriert, währte tatsächlich von 1057 bis 1122. Er endete mit einem erheblichen Einflussgewinn der römischen Kurie, für die deutschen Reichsgebiete festgelegt im Wormser Konkordat von 1122. Daneben aber brachte er auch einen enormen geistigen Aufschwung, denn als Streit, der auch, freilich nicht ausschließlich mit dem Wort ausgefochten wurde, zog er eine erste Blüte des intellektuellen Lebens nach sich, die sich in der Entstehung und Verbreitung von Universitäten und akademischer Bildung ausdrückte; vor allem die Rechtswissenschaft hat davon profitiert, die Renaissance des Römischen Rechts in Gestalt der so genannten Digesten nahm hier ihren Anfang.⁷³

Für das Verhältnis von Staat und Kirche, für die rechtliche Stellung Andersgläubiger in den Gebieten des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation, aber auch für die Materie des Religionsverfassungsrechts⁷⁴, waren die spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Glaubensauseinandersetzungen prägend. Deren rechtliche Verkörperung in Gestalt des Augsburger Religionsfriedens vom 25.9.1555 und des Westfälischen Friedens vom Oktober 1648 sind in ihrer Bedeutung nur vor dem Hintergrund der Reformation zu verstehen.⁷⁵

Diese hatte im Reich zu einer Glaubensspaltung in das katholische und das lutherische (auch: augsburgische) Bekenntnis – die *confessio augustana* – geführt. Der Augsburger Friede, mit dem die kriegerischen Auseinandersetzungen zwischen den katholischen und protestantischen Kräften im Reich beigelegt wurde (Schmalkaldischer Krieg), führte zu zwei berühmten, für die Entwicklung des Religionsrechts schlechthin konstituierenden Rechtsinstitutionen: dem so genannten *ius reformandi* und dem *ius emigrandi*. Das *ius reformandi* gab den Landesherrn das Recht, das in ihrem Territorium verbindliche Bekenntnis festzulegen: *cuius regio, eius religio*. Die Landesherrn konnten also wählen, ob sie und vor allem ihre Untertanen dem katholischen Bekenntnis oder dem neuen protestantischen Bekenntnis anhängen würden. Die Bedeutung dieses Rechts lässt sich richtig nur vor dem geschichtlichen Hintergrund religiöser Kriege verstehen: Anders als nach unserem heutigen Verständnis, das religiöses Bekenntnis als Element persönlicher Sinnorientierung, als Ausdruck einer mit Rechten begabten *persona moralis*⁷⁶ begreift und diese Phänomene daher im Bereich des Privaten, „nahe bei der Person“ ansiedelt,⁷⁷ war Religion auch nach dem Augsburger Religionsfrieden eine öffentliche Sache. Hierin brach sich ein bis heute anzutreffendes Verständnis Bahn, dass für eine gelingende – friedliche – politische Gemeinschaft ein mehr oder weniger hoher Grad an kultureller, und damals also konfessioneller Übereinstimmung in der Bevölkerung nötig ist.⁷⁸ Wollte man sich dem landesherrlichen Bekenntnis nicht unterwerfen, so gab das *ius emigrandi* nach protestantischer Lesart ein bürgerliches Auswanderungsrecht unter Mitnahme der persönlichen Habe, nach katholischer Lesart hingegen ein landesherrliches Ausweisungsrecht.⁷⁹

Im Osnabrücker Teil des Westfälischen Friedens, der den dreißigjährigen Krieg im Verhältnis zwischen Reich und Schweden beendete, wurde das Modell des Augsburger Friedens wieder aufgenommen, fortgeschrieben und erweitert. Eine Erweiterung lag darin, dass sich der Friede auch auf das calvinistische Bekenntnis erstreckte, es wurden also drei Bekenntnisse im Reich anerkannt. Durch die Festlegung eines Normaljahres (1624) wurden die Landesherrn verpflichtet, die zu diesem Zeitpunkt in ihren Territorien verbreiteten Bekenntnisse zu achten und ihren Schutz nicht zurückzunehmen. Das *ius reformandi* wurde also auf ein Recht des Landesherrn zur Erweiterung der anerkannten Bekenntnisse

⁷¹ Zum Investiturstreit *Willoweit* (Fn. 1), S. 50 ff.

⁷² Mit dem Begriff der Simonie wird der Kauf kirchlicher Ämter und der mit ihnen verbundenen Pfründen bezeichnet; für den Kontext des Investiturstreits vgl. *Boldt* (Fn. 1), S. 108 f.

⁷³ Zum Ganzen *Fenske*, *Der moderne Verfassungsstaat*, 2001, S. 44 f.

⁷⁴ Zum Konzept des Religionsverfassungsrechts vgl. *Morlok/Krüper*, in: Heun u.a. (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, 2006, Sp. 2019.

⁷⁵ *Willoweit* (Fn. 1), S. 128 ff. (zum Augsburger Religionsfrieden), S. 148 ff. (zum Westfälischen Frieden).

⁷⁶ Zum Begriff der *persona moralis* im Werk *Samuel Pufendorfs* s. *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1986, S. 58 ff.

⁷⁷ *Rössler*, *Der Wert des Privaten*, 2001, S. 144 ff., ordnet die Religion einem Bereich „dezisionaler Privatheit“ im Sinne eines „ich entscheide eine Sachfrage selbst“ (gegenüber „informationeller“ [„was weiß man über mich“] und „lokaler“ [„hier bin ich für mich“] Privatheit) zu.

⁷⁸ Im 20. Jahrhundert expliziert der Jurist und Politikwissenschaftler *Hermann Heller* diesen Gedanken unter dem Stichwort der „sozialen Homogenität“.

⁷⁹ *Borowski*, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, 2006, S. 20.

reduziert.⁸⁰ „Individualrechtlich“ wurde das wichtige Recht der Hausandacht, zum Teil unter Teilnahme eines Geistlichen, zum Teil ohne eine solche, für die Anhänger der Minderheitenbekenntnisse festgelegt. Die Zurückdrängung in den Bereich des Privaten verdeutlicht die institutionelle Stoßrichtung des Westfälischen Friedens, der in heutigen Begriffen als Recht der religiösen Gefahrenabwehr zu verstehen ist. Nichtsdestoweniger ist er für die Entwicklung der Religionsfreiheit von besonderer Bedeutung. Dass damit nicht die Anerkennung des Menschen als einer moralisch und religiös autonomen Person verbunden ist, versteht sich historisch (noch) von selbst – das heraufziehende 18. Jahrhundert änderte diesen Zustand.

Die Säkularisierungsgeschichte ließe sich natürlich an dieser Stelle fortsetzen. Wichtige Stationen der Auseinandersetzung von Staat und Kirche folgten,⁸¹ aus denen sich heute ein säkularer Staat entwickelt hat, der sich einer religiös pluralisierten Gesellschaft gegenüber sieht – und der sich darin alte Fragen in neuem Gewand stellt. Dies ist beispielsweise dort der Fall, wo es darum geht, ob muslimische Gemeinden öffentlich sichtbare, als Sakralbauten erkennbare Moscheen errichten sollen dürfen (ja!) oder doch auf die „Hausandacht der Moderne“ in Hinterhöfen und Industriegebieten verwiesen werden sollen (nein!).⁸²

2. Ideengeschichte der Religionsfreiheit

1895 erschien in Berlin erstmals eine kleine, aber sehr einflussreiche Schrift *Georg Jellinek* (1851-1911), die sich zu einem „internationalen Bestseller“⁸³ entwickelte und die für das Verständnis der Geschichte der Religionsfreiheit bis heute Bedeutung hat.⁸⁴ *Jellinek* postulierte darin „Die Religionsfreiheit in den anglo-amerikanischen Kolonien als Ursprung der Idee, ein allgemeines Menschenrecht durch Gesetz festzustellen“.⁸⁵ *Jellinek* legt dar, wie sich in den amerikanischen Kolonien bereits im 17. Jahrhundert – Europa versucht eben, den dreißigjährigen Krieg zu bewältigen – religiöse Freiheit als staatliches Rechtsprinzip etabliert habe, und zwar vor allem durch stark religiös geprägte Kolonialisten wie *Roger Williams* (1603-1683), die nicht allein die Freiheit des Glaubens, sondern auch die Trennung von Staat und Kirche durchgesetzt haben.⁸⁶ Ideengeschichtlich grundiert *Jellinek* seine Überlegungen indes nicht – das in seinem Buch nachfolgende Kapitel über naturrechtliche Einflüsse auf

die menschenrechtliche Entwicklung bleibt gegenüber der Religionsfreiheit neutral. Und tatsächlich ist zwischen der Entstehung der Freiheit des Glaubens *als Recht* und seiner expliziten ideengeschichtlichen Unterfütterung eine Asynchronität festzustellen. Zwar wird den Herrschern eine (moderate) Freiheit des Bekenntnisses in den europäischen Glaubensauseinandersetzungen abgerungen (in Amerika sogar eine weit reichende Freiheitsgarantie gegenüber dem Kolonialherrscher England), aber die Erklärung dieses Rechts aus einer philosophischen Positionierung des Individuums heraus wird doch erst eine Frucht der Philosophie der Aufklärung.⁸⁷ Mit liberalen Freiheitsgarantien im eigentlichen Sinne hatten die Gewährleistungen des Augsburger und des Westfälischen Friedens wenig zu tun.⁸⁸ Zwar kannte schon die antike Philosophie mit den Status' der bürgerlichen Gleichheit (*isegoria*, *isonomia*) menschenrechtsähnliche Gehalte, sie bezogen sich allerdings auf eine polis, die Kultusgemeinschaft und politisches Gemeinwesen war. Eine Trennung von „Staat“ und Religion war unbekannt. Das Bedürfnis nach einem religiösen Freiheitsrecht bestand also nicht. Es ist insofern auch nicht erstaunlich, dass erst mit der breiten Durchsetzung einer Trennung von Staat und Kirche das Denken in Kategorien religiöser Freiheit Aufschwung erfuhr.

Indes zeigt die Suche nach spezifischen ideengeschichtlichen Wurzeln religiöser Freiheit auch, dass das „Kleben an Begriffen“ dazu führen kann, wesentliche historische Entwicklungslinien zu übersehen, die der Sache nach schon lange bestanden, allerdings unter anderen Begriffen firmierten. So beinhaltet die Idee religiöser Freiheit wesentlich auch ein Element wechselseitiger Toleranz,⁸⁹ ohne die Religionsfreiheit und mehr noch religiöser Friede nicht zu haben sind.⁹⁰ Damit rücken beispielsweise schon spätantike Übereinkommen wie die 313 getroffene Vereinbarung zwischen dem weströmischen Kaiser Konstantin (bis 337) und dem oströmischen Kaiser Licinius (etwa 265-325) in den Blick, nach der weitreichende religiöse Freiheiten innerhalb des römischen Gesamtreichs gewährt wurden (was freilich politisch motiviert war und insofern auch herrschaftsgeschichtlich eingeordnet werden kann). Freilich war der Toleranzbegriff dieser Zeit nicht der einer positiv-affirmativen Toleranz, sondern – eben im Hinblick auf das Erfordernis sozialen Friedens – der einer hinnehmenden Duldsamkeit gegenüber jenen Bekenntnissen, die nicht der Mehrheit entsprachen.

Eine als ideengeschichtliche Begründung im engeren Sinne anzusehende Konzeptualisierung von Toleranz, die auch

⁸⁰ *Borowski* (Fn. 79), S. 22.

⁸¹ Vgl. dazu *Dreier*, Rg 19 (2011), 72.

⁸² S. dazu *Krüper*, in: *Heinig/Munsonius* (Hrsg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, i.E.; umfassend jetzt *Gaudernack*, *Muslimische Kultstätten im öffentlichen Baurecht*, 2011.

⁸³ *Kersten*, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, 2000, S. 426.

⁸⁴ S. für eine Einordnung *Frotscher/Pieroth* (Fn. 1), Rn. 26 ff.

⁸⁵ *Jellinek*, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 3. Aufl. 1919, S. 42 ff.

⁸⁶ Die These *Jellineks* von der Religionsfreiheit als Urgrundrecht ist überaus kontrovers diskutiert worden, einen instruktiven Überblick gibt *Borowski* (Fn. 79), S. 64 ff.

⁸⁷ Vgl. *Lorz*, *Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants*, 1993, S. 160 ff., 307 ff.; v. *Ungern-Sternberg*, *Religionsfreiheit in Europa*, 2008, S. 17 f.

⁸⁸ *Klippel*, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1976, S. 102.

⁸⁹ *Habermas*, *Philosophy* 79 (2004), 5 zur Vorreiterfunktion religiöser Freiheit für das Entstehen kultureller Rechte.

⁹⁰ Ein umfassender Überblick zur begriffs-, ideen- und politikgeschichtlichen Entwicklung des Toleranzdenkens bei *Schreiner*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 6, 2004, S. 445 ff.

Grundzüge dessen erkennen lässt, was der moderne Mensch unter (religiöser) Freiheit und wechselseitiger Toleranz zu verstehen geneigt ist, findet sich bei *Augustinus* (354-430). *Augustinus*, dessen Leben und Werk situiert sind in der Epochenwende von der Antike zum Mittelalter, zählt zu den so genannten Kirchenvätern, jenen Denkern der ersten nachchristlichen Jahrhunderte, die in ihren Werken Wesen und Selbstverständnis des Christentums ausgeformt und geprägt haben. *Augustinus* entwickelte das tolerantia-Denken fort, nicht begrenzt auf zweckhafte Bestimmung als Mittel zur Gewährleistung sozialen Friedens allein, sondern auch verstanden als „Grundtugend“. ⁹¹ Er unterlegt diese Tugend ihrerseits religiös und sieht sie als Folge der christlichen Liebe der Menschen zueinander, die es gebiete, die Sünden anderer zu ertragen – *quis caritas omnia tolerat* (1. Brief Paulus an die Korinther, 1 Kor 13, 7). ⁹² Dabei gewinnt das augustianische Toleranzpostulat auch eine dezidiert institutionelle Seite, wenn damit im Interesse einer höheren Einheit auch die Hinnahme von Schismen, also Spaltungen der Glaubensgemeinschaft, verbunden ist. Um also die Einheit des Gesamtverbandes nicht zu gefährden beziehungsweise sie endgültig zu beseitigen, sollen auch Differenzen und Teilungen tolerierend hingenommen werden. Kind seiner eigenen Zeit, kennt *Augustinus*' Toleranzidee natürlich auch deutlich gezogene und enge Grenzen, vor allem gegenüber den sog. Donatisten (einer nordafrikanischen Kirchenabspaltung) und Häretikern, die auch mit staatlicher Gewalt zu verfolgen seien. Auch der Zwangsbekehrung von Nichtchristen – „*compelle intrare*“ – stand *Augustinus* positiv gegenüber. ⁹³

Naturrechtliche Motive, die für die Entstehung der Menschenrechtsidee von herausgehobener Bedeutung sind, ⁹⁴ begegnen im Hinblick auf Religion und Toleranz bei *Thomas von Aquin* (1225-1274), der wie *Augustinus* zu den bedeutendsten Theologen und Philosophen, in seinem Falle des Hochmittelalters ⁹⁵ zählt. *Thomas* verknüpft das augustianische Toleranzdenken mit naturrechtlichen Argumenten, wenn er etwa feststellt, dass die Zwangstaufe jüdischer Kinder dem Naturrecht widerspreche, wenn damit gegen den Willen der Eltern über ein noch nicht vernunftbegabtes Kind religiös disponiert werde. Das notorische Problem, konkrete Inhalte des Naturrechts zu postulieren und zu begründen einmal außer Acht gelassen, deutet sich hier bereits die Wirkungsmächtigkeit des naturrechtlichen Denkens für die theoretische Konstruktion und die praktische Annahme von Grund- und Menschenrechten an, die im Zeitalter der Aufklärung zu ihrer breitesten Entfaltung kam.

Das Werk des spätmittelalterlichen Theologen, Mathematikers und Philosophen, des im pfälzischen Kues geborenen

späteren Kardinals und Fürstbischofs von Brixen *Nikolaus von Kues* (1401-1464), kreiste zu einem wesentlichen Teil um theologisch-philosophische Fragen von Einheit und Vielheit, von *concordia* und *discordia* und um die Frage, wie Vielheit, Differenz, Antagonismen und Pluralismen zu erklären und zu rechtfertigen seien, wenn das herrschende Ordnungsideal Einheit (des Glaubens, der Kirche, der Herrschaft usw.) postuliert. *Nikolaus*' Werk, eines „*medieval thinkers for the modern age*“ ⁹⁶, bietet daher nicht zufällig bedeutende Ansätze zu einer „Theorie der Toleranz“, die für ihn ein Modus war, voneinander abweichende religiöse Riten in ein Verhältnis des Einklangs zu bringen. Die Anerkennung verschiedener religiöser Wahrheiten verband sich damit allerdings ebenso wenig wie bei *Augustinus*. ⁹⁷ Verschiedene christliche Bekenntnisse und auch das jüdische Bekenntnis waren danach vorstellbar und auch positiv hinnehmbar, im Kern des theologischen Bekenntnisses abweichende Religionen billigte aber auch *Nikolaus* nicht. Darin bestand zwischen ihm und *Martin Luther* (1483-1546) noch Einigkeit, denn auch *Luther* hielt am universellen Anspruch der Kirche fest, meinte aber, dass das religiöse Bekenntnis selbst ein Werk Gottes sei und daher nicht weltlich erzwungen werden könne. ⁹⁸

Es zeigt sich, dass für die ideengeschichtliche Entwicklung von religiöser Toleranz bis zur Reformation katholische Theologen „zuständig“ waren. Sie entwarfen nicht das Bild einer Religionsfreiheit in einer pluralistisch-multireligiösen Gesellschaft, wie sie für unsere Gegenwart kennzeichnend ist, sondern für ein in seinen Glaubensströmungen mal mehr, mal weniger zentrifugales, kirchlich dominiertes Gemeinwesen. Freilich sind ihre Gedanken Wegbereiter geworden für viele Denker der politischen Theorie, vor allem der Neuzeit, darunter etwa *John Locke* (1632-1704). ⁹⁹

So brachte *Jean Bodin* (1529-1596) in seinem staatstheoretischen „Großwerk“ „*Six Livres de la République*“, mehr aber noch in seiner Schrift „*Colloquium Heptaplomeres*“ seine Überzeugung zum Ausdruck, dass religiöse Homogenität für die Stabilität des Staates förderlich, aber eben keineswegs zwingend sei. Sei religiöse Einheit nicht herzustellen, reiche eine, freilich friedliche Koexistenz der Religionen im Staat aus. Wechselseitige Toleranz sei zu gewähren und einzuhalten. ¹⁰⁰

Bedeutende ideengeschichtliche Impulse erfuhre die Entwicklung religiöser Freiheit als Menschenrecht schließlich in den Werken *Immanuel Kants* (1724-1804), dessen Denken für die philosophische Emanzipation des Individuums ¹⁰¹ von überragender Bedeutung war. ¹⁰² Eine zentrale Forderung der

⁹¹ *Schreiner* (Fn. 90), S. 452.

⁹² So und Weiteres bei *Schreiner* (Fn. 90), S. 452.

⁹³ Dazu und zu Augustinus' Staatsbild vgl. *Loetscher*, *Church History* 4 (1935), 16 (39).

⁹⁴ *Klippel* (Fn. 87), passim.

⁹⁵ Die Frage, in welche Phasen das Mittelalter sinnvoll teilbar ist, ist Gegenstand historischer Auseinandersetzungen, verbreitet, wenn auch bestritten, ist die Teilung in Früh-, Hoch- und Spätmittelalter.

⁹⁶ Vgl. den Band von Yamaki (Hrsg.), *Nicholas of Cusa – A Medieval Thinker for the Modern Age*, 2001.

⁹⁷ *Schreiner* (Fn. 90), S. 460.

⁹⁸ *Schreiner* (Fn. 90), S. 476.

⁹⁹ S. zur Position *Lockes* in einem ideengeschichtlichen Kontext etwa *Dees*, *Noûs* 32 (1998), 81 (91).

¹⁰⁰ *Schreiner* (Fn. 90), S. 489 f.

¹⁰¹ *Lorz* (Fn. 87), S. 71 ff.

¹⁰² Für den Kontext der Grundrechtsgeschichte vgl. die Darstellungen bei *Hufen*, *Staatsrecht* II, 2. Aufl. 2009, § 2; für

Philosophie *Kants* bestand in der Gewährleistung individueller Glaubensfreiheit. „Für ihn [...] musste die damals noch längst nicht überwundene Praxis staatlicher Einflussnahme auf die religiöse Gesinnung der Bürger einen unerträglichen Angriff auf die autonom-vernünftige Selbstbestimmung als das Grundelement der menschlichen Persönlichkeit und damit auf Bestimmung und Zwecke der Menschheit überhaupt darstellen“. ¹⁰³ *Kant* geht dabei davon aus, dass religiöse Lehren nicht in einem Gewissheit vermittelnden Sinne „gewusst“ (sondern eben nur geglaubt) werden können und die öffentliche Gewalt solch ein Wissen daher auch nicht für sich in Anspruch nehmen könne. Die Konsequenz daraus ist die Anerkennung eines weiten Bereichs persönlicher Autonomie gerade für den Bereich der Religion. ¹⁰⁴

3. Verfassungsgeschichte als Sozialgeschichte

Verfassungsgeschichte unter sozialgeschichtlichen Vorzeichen zu betreiben, scheint von den vier im Rahmen dieses Beitrags vorgestellten historischen Erkenntnisperspektiven wahrscheinlich die fremdeste zu sein. Dies hat vorrangig zwei Gründe:

Erstens: Verfassungsrecht heute lebt wesentlich von der grundlegenden Unterscheidung von Staat und Gesellschaft. Der Staat als die Sphäre des Rechts und der Herrschaftsinstitutionen lässt sich in den Begriffen des Rechts leicht erfassen, historisch und aktuell. Besonders natürlich stark rechtspositivistisch geprägte Juristen in der Tradition *Hans Kelsens* (1881-1973) sehen dies so.

Die Sphäre der Gesellschaft, der wir Religion und religiöse Institutionen heute zurechnen, erschließt sich juristisch nicht ohne weiteres. Näher kommt man ihr als Jurist über die Grundrechte, die überhaupt erst die Distanz schaffen, die nötig ist, um von Staat und Gesellschaft als unabhängigen Sphären zu sprechen. Nun hat aber die herrschaftsgeschichtliche *tour d'horizon* gerade gezeigt, dass über lange Zeit der Staat und die Religion in unauflösbarem Zusammenhang standen und zudem ihre Auseinandersetzung, die Säkularisierung politischer Herrschaft, alles andere als schnell und komplikationslos verlief. Ein sozialgeschichtlich interessierter Blick auf die Verfassungsgeschichte von Religion und religiöser Freiheit muss sich also auf die Suche nach „Nischen des Sozialen“ machen, in denen jenseits des „religiösen Staats“ verfassungsgeschichtlich erhebliche soziale Phänomene zu untersuchen sind. Damit rücken zum Beispiel Fragen nach der Rechtsstellung religiöser Minderheiten und anderer

Randgruppen ¹⁰⁵ auf die Agenda, im deutschen historischen Kontext vor allem und insbesondere jene der Juden. ¹⁰⁶

Zweitens: Ein weiterer Grund ist namhaft zu machen für das Fremdeln des Juristen mit der Verbindung von sozialgeschichtlicher und verfassungsgeschichtlicher Perspektive. Die Sozialgeschichte ist ihrem Wesen nach interdisziplinär, in religiösen Fragen rücken damit die Religionswissenschaft und vor allem auch die Religionssoziologie in den Mittelpunkt, die zum Beispiel im Werk *Max Webers* (1864-1920) bedeutende Impulse erfahren hat. Dies wirft nicht allein Fragen nach der individuellen interdisziplinären Kompetenz des forschenden Verfassungsjuristen auf – Verstehe ich religionssoziologische Texte? –, sondern auch die Frage danach, wie sich disziplinfremde Ergebnisse sinnvoll in eine (verfassungs-)juristische Forschung einbringen lassen. ¹⁰⁷

Eine an sozialgeschichtlichen Fragen interessierte Verfassungsgeschichte, die sich versteht als die Geschichte der Entwicklung und Legitimation von politischer Herrschaft, wird also – beispielsweise – das Vorkommen vom Mehrheitsbekenntnis abweichender Religiosität und ihre rechtliche Behandlung thematisieren oder auch das Auftreten und die rechtliche Verarbeitung alternativer (religiöser) Sinnstiftungsmechanismen (für das die Wiedertäuferbewegung im 16. Jahrhundert ein Beispiel sein mag).

Unter einem solchen sozialgeschichtlichen Blickwinkel tritt die Geschichte der Juden in Deutschland besonders in den Vordergrund. ¹⁰⁸ Sie waren vom 11. Jahrhundert bis zur ihrer weitgehenden rechtlichen und politischen Gleichstellung im 19. Jahrhundert, der „Judenemanzipation“, selten weniger, sondern zumeist stark diskriminiert, unterdrückt und bis in den Tod verfolgt – nicht erst im Dritten Reich, in dem der Exzess der Ausrottung der Juden den Staat gleichsam mitkonstituierte. ¹⁰⁹

Theologisch-ideengeschichtlich genossen die Juden, zum Beispiel in den Werken *Augustinus*, insofern einen Sonderstatus, als sie zwar nicht-christlichen Bekenntnisses waren, aber als Hüter und Zeugen der Botschaft des Alten Testaments doch gegenüber anderen Religionen stärker geachtet waren. Auch *Luther*, als Kind eines durch und durch antisemitischen Zeitalters, bemühte diesen Gedanken. Sozial aber

¹⁰⁵ S. für diesen Forschungsansatz und das Erkenntnispotential einer dezidierten Randgruppenforschung *Rexroth*, *Historische Zeitschrift – Beihefte* 29 (1995), 427 (für Forschungen zu jüdischen Gemeinschaften 450 f.).

¹⁰⁶ S. dazu beispielhaft *Kisch*, *Forschungen zur Rechts-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte der Juden*, 1979.

¹⁰⁷ Für die Rezeption sozialwissenschaftlicher Theorien in der dogmatischen Rechtswissenschaft diskutiert dies *Lüdemann*, in: *Boysen u.a. (Hrsg.), Netzwerke*, 2007, S. 266 ff.

¹⁰⁸ Umfassende Informationen sind online z.B. unter <http://www.judentum-projekt.de> zu finden.

¹⁰⁹ Zu den Diskriminierungs-(dis-)kontinuitäten vgl. die eindrücklichen, in *Zeitgenossenschaft zum Nationalsozialismus* entstandenen Ausführungen bei *Kisch* (Fn. 106), S. 115 ff.; für einen Überblick zur Geschichte der Judenverfolgung in Deutschland und Europa bis in die Neuzeit vgl. *Ortag*, *Jüdische Kultur und Geschichte*, 5. Aufl. 2003, S. 89 ff.

andere Denker der Aufklärung und ihr Verhältnis zur Religionsfreiheit s. die Darstellungen bei *Fritsch*, *Religiöse Toleranz im Zeitalter der Aufklärung*, 2004, z.B. zu *Christian Wolff*, S. 66 ff., oder *Moses Mendelssohn*, S. 83 ff.

¹⁰³ *Lorz* (Fn. 87), S. 160.

¹⁰⁴ *Lorz* (Fn. 87), S. 160.

war die Stellung der Juden alles andere als geachtet oder gar privilegiert. Unter den Repressionen in West- und Mitteleuropa leidend, die vor allem 1096 im Umfeld des ersten Kreuzzugs pogromartig eskalierten, flüchteten sich die Juden vor allem in die Gebiete Osteuropas, insbesondere nach Polen, auch um die weiten Teils geltenden Ansiedlungsverbote in Süd- und Westeuropa zu umgehen.

Sofern die Anwesenheit von Juden geduldet war, wie oft in Teilen des Heiligen Römischen Reiches, war ihre Rechtsstellung gegenüber der christlichen Bevölkerung trotz einiger Privilegien wie einer teilweisen Gerichtsautonomie¹¹⁰ schwächer ausgeprägt. Durch Zölle, mit denen sich die Juden den Schutz des Kaisers erhalten mussten, und durch Sonderabgaben waren sie finanziell stark belastet. Das Rechtsinstitut der kaiserlichen Kammerknechtschaft legitimierte diese Praxis, doch gab es den Juden, die als kaiserliches Eigentum betrachtet wurden, im Gegenzug (häufig nur schwachen) Schutz vor christlichem Pöbel und zudem die Möglichkeit der Religionsausübung.¹¹¹ Bestimmte Berufsverbotsregelungen drängten die Juden aus Zünften und Gilden und stark in den Bereich des Geldhandels, dessen schlechter Ruf des christlichen Zinsverbots wegen die Juden noch unbeliebter machte.¹¹²

Vereinzelt gelang es Menschen jüdischen Glaubens wider die allgemeine Diskriminierung an Fürstenhöfen herausgehobene Stellungen einzunehmen – das berühmteste historische und rezeptionsgeschichtlich wirkungsmächtigste Beispiel hierfür ist *Joseph Süß Oppenheimer* (1698-1738), der als so genannter Hoffaktor die finanziellen Geschicke des Herzogs Karl Alexander von Württemberg (1684-1737) leitete und nach dessen Tod, durch staatliche Stellen sanktioniert, ermordet wurde. *Süß* war das historische Vorbild für eine Novelle *Wilhelm Hauffs* (1802-1827) und des gleichnamigen Romans „Jud Süß“ *Lion Feuchtwangers* (1884-1958), vor allem aber für den ebenfalls gleichnamigen NS-Propaganda-Film des Regisseurs *Veit Harlan* (1899-1964). Dessen „Jud Süß“-Regie wiederum war der politische Anlass jenes Zivilrechtsstreits, der zum „legendären“ Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts führte.¹¹³

Die verfassungsgeschichtliche, im engeren Sinne gar verfassungsrechtliche Relevanz dieser Umstände und Entwicklungen liegt nicht ohne weiteres auf der Hand. Indes ist die Funktion der Diskriminierung und Stigmatisierung bestimmter (religiöser) Bevölkerungsgruppen für die innere Stabilisierung eines möglicherweise ohnehin fragilen (durch konfessi-

onelle Auseinandersetzungen geschwächten) politischen Gemeinwesens von Bedeutung – Abgrenzung von Anderen und gegen Andere stiftet Identität und Zusammenhalt. In Reinform ist dies in der nationalsozialistischen Rassenpolitik zu sehen. Aber auch die Hochzeit des Antisemitismus im Mittelalter und früher Neuzeit belegt diese Vermutung¹¹⁴. Sie bestätigen die sozial- und verfassungsgeschichtliche Relevanz konfessioneller Milieus¹¹⁵ und kultureller Mentalitäten. Gerade letztgenannte „hängen aufs engste mit anderen sozialen und politischen Strukturen zusammen“.¹¹⁶ Es ist daher auch kaum zufällig, dass das Schwinden der religiösen Legitimierung staatlicher Herrschaft, wie sie für das 19. Jahrhundert kennzeichnend ist, einher geht mit einer immer weiter reichenden rechtlichen Gleichberechtigung der Juden. An der Begründung und Durchsetzung der liberalen Nationalstaatsidee hatte die jüdische Bevölkerung lebhaften geistigen, bisweilen auch politisch-ämtermäßigen Anteil.¹¹⁷ Dass das 19. und auch das 20. Jahrhundert mentalitätsgeschichtlich gleichwohl antisemitisch durchgefärbt waren, steht damit nur zum Teil in Widerspruch.¹¹⁸

4. Verfassungsrechtstextgeschichte

Fragt man nach dem Stellenwert von Religion und religiöser Freiheit in Verfassungstexten, so muss man zunächst eine regionale und eine zeitliche Radizierung vornehmen, da kaum alle Verfassungstexte aller Zeiten und Regionen sinnvoll miteinander verglichen werden können. Beschränkt man sich auf Deutschland und erhebt das Bestehen echter Vollverfassungen zum Auswahlkriterium, so rückt damit, wenn man von den weit reichenden religionsrechtlichen Regelungen des Preußischen Allgemeinen Landrechts einmal absieht,¹¹⁹ das Zeitalter des so genannten (deutschen) Frühkonstitutionalismus in den Blick.¹²⁰ Der Begriff bezeichnet im weiteren Sinne eine Epoche vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis in das 19. Jahrhundert hinein; im engeren Sinne bezeichnet er eine politische Bewegung, die nach dem Zerfall des Heiligen

¹¹⁴ Zu frühen Formen des Antisemitismus vgl. *Walz*, Historische Zeitschrift 260 (1995), 719, der die Traditionslinien zwischen vormodernem und modernem Antisemitismus untersucht.

¹¹⁵ Vgl. dazu *Volkov*, Historische Zeitschrift 253 (1991), 603 (zu religiösen Milieus insb. 607).

¹¹⁶ *Sellin*, in: *Schieder/Sellin* (Hrsg.), Sozialgeschichte in Deutschland, Bd. 3, 1987, S. 101 ff.

¹¹⁷ S. für eine äußerst anregungsreiche, biographiegeschichtlich grundierte Perspektive auf diese Zusammenhänge *Stoll-eis*, Konstitution und Intervention, 2001, S. 130 ff., der insbesondere auch die immensen sozialen Anpassungsleistungen der jüdischen Akademiker thematisiert.

¹¹⁸ Beispielhaft sei hier aus dem Bereich der Kunst- und Kulturgeschichte auf die berüchtigte Schrift *Richard Wagners*, Das Judentum in der Musik, 1863, verwiesen; s. für eine historische Kontextualisierung die Auseinandersetzung bei *Fischer*, Richard Wagners „Das Judentum in der Musik“, 2000.

¹¹⁹ *Borowski* (Fn. 79), S. 23 ff.

¹²⁰ Dazu *Willoweit* (Fn. 1), S. 222 ff.

¹¹⁰ *Gotzmann*, Historische Zeitschrift 267 (1998), 313 dort zur Rechtslage im 18. Jahrhundert.

¹¹¹ S. zum Institut der Kammerknechtschaft *Battenberg*, Historische Zeitschrift 245 (1987), 545 der das Institut nicht nur rechtshistorisch, sondern vor allem auch in seiner sozialgeschichtlichen Funktion bewertet.

¹¹² S. zur Bedeutung des Wucherverbots, seiner Ausnahmen und der Diskriminierung von Juden aufgrund Wuchers *Gilomen*, Historische Zeitschrift 250 (1990), 265.

¹¹³ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51 (Lüth) = BVerfGE 7, 198; s. dazu *Henne/Riedlinger* (Hrsg.), Das Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus (rechts-)historischer Sicht, 2005.

Römischen Reiches Deutscher Nation 1806 und nach dem Wiener Kongress auf Verfassungsgebung in den deutschen Ländern drang.¹²¹

Die Verfassungen des Frühkonstitutionalismus¹²² waren in ihren Garantien von Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht präzedenzlos. So kannte schon das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 als große vernunftrechtliche Kodifikation eine Garantie der Gewissensfreiheit, in der sich das für den aufgeklärten Absolutismus Preußens kennzeichnende Toleranzdenken ausdrückte¹²³ – jeder sollte nach seiner Façon selig werden.

Die bayerische Verfassung vom 26.5.1818 sah in ihrem Titel IV unter § 9 als religionsrechtliche Basisbestimmung vor:

„Jedem Einwohner des Reichs wird vollkommene Gewissens-Freyheit gesichert; die einfache Haus-Andacht darf daher Niemanden, zu welcher Religion er sich bekennen mag, untersagt werden“.

Die badische Verfassung aus dem August 1818 regelte in ihrem § 18:

„Jeder Landeseinwohner genießt der ungestörten Gewissensfreyheit und in Ansehung der Art seiner Gottesverehrung des gleichen Schutzes“.

Die Verfassung des Königreichs Württemberg vom 25.9.1819 regelte im Kapitel III in § 27:

„Jeder ohne Unterschied der Religion genießt im Königreiche ungestörte Gewissens-Freiheit“.

Die Freiheitsgarantien der frühkonstitutionellen Verfassungen zielen, trotz Unterschieden im Detail insbesondere im Hinblick auf die Rechtsträgerschaft, auf einen ähnlichen Gehalt, nämlich die Freiheit des Gewissens als inneres Phänomen. Dies wird vor allem in der Formulierung der bayerischen Verfassung deutlich, die „daher“ das Recht der einfachen Hausandacht allen Religionen (nicht nur christlichen Konfessionen!) zubilligt.¹²⁴ Noch immer ist dahinter ein Verständnis zu sehen, welches das öffentliche religiöse Bekenntnis für tendenziell konfliktrichtig hält und die Ausübung des Glaubens, jedenfalls sofern er nicht der Mehrheitsgesellschaft entspricht, in das Private abdrängt. Die heutige grundrechtsdogmatische Kategorie von *forum internum* (hier: Gewissensfreiheit) und *forum externum* klingt also schon an, ist aber mit anderen Rechtsfolgen verknüpft. Wo das verfassungsrechtliche Freiheitsversprechen heute

gerade auch das *Handeln* nach Maßgabe des Glaubens schützt, bleiben die frühkonstitutionellen Verfassungen dahinter zurück. Zwar wurde die Entscheidungsfreiheit des Individuums anerkannt, praktische, genauer: öffentliche Konsequenzen sollte diese aber nicht haben. Die Sphäre der Öffentlichkeit wurde viel stärker als heute als eine staatlich reglementierte Sphäre begriffen, gleichsam unter hoheitlichem Zulassungsvorbehalt stehend. Alles sich in der Öffentlichkeit abspielende Handeln stand also in der Wahrnehmung der Zeitgenossen in einem engen Zusammenhang zum Staat. Daher kennen die frühkonstitutionellen Verfassungen stets auch Vorbehalte zugunsten von christlichen Konfessionen, wenn es um die Verquickung von staatlicher Sphäre und individuellem Bekenntnis in Gestalt eines Amtsträgers geht. So legte die bayerische Verfassung unter Titel IV fest:

„Die in dem Königreiche bestehenden drey christlichen Kirchen-Gesellschaften genießen gleiche bürgerliche und politische Rechte.“

Die nicht christlichen Glaubens-Genossen haben zwar vollkommene Gewissens-Freyheit, sie erhalten aber an den Staatsbürgerlichen Rechten nur in dem Maaße einen Antheil, wie ihnen derselbe in den organischen Edicten über ihre Aufnahme in die Staats-Gesellschaft zugesichert ist“.

Die Verfassung Badens regelte in § 9 des Titels II:

„Alle Staatsbürger von den drey christlichen Confessionen haben zu allen Civil- und Militärstellen und Kirchenämtern gleiche Ansprüche“.

Ähnlich heißt es in der württembergischen Verfassung:

„Den vollen Genuß der staatsbürgerlichen Rechte gewähren die drei christlichen Glaubens-Bekenntnisse. Andere christliche und nicht christliche Glaubens-Genossen können zur Theilnahme an den bürgerlichen Rechten nur in dem Verhältnisse zugelassen werden, als sie durch die Grundsätze ihrer Religion an der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten nicht gehindert werden“.

Es überrascht nicht, dass unter dem Eindruck des Vormärz und der liberalen Nationalstaatsbewegung, die für das 19. Jahrhundert mitprägend war, die Fragen von Glaubensfreiheit und konfessioneller Bindung an Bedeutung verloren. Einigkeit nach Innen zur Gewährleistung einer geschlossenen staatlichen Einheit nach Außen wurde wichtig, Differenzen im Inneren wurden daher rechtlich zunehmend eingeebnet. Daher wurden in allen hier genannten Verfassungen die staatsbürgerlichen Rechte zwischen 1834 (Gleichstellung der Angehörigen der (nicht-)unierten griechischen Kirchen in Bayern) bis 1871 (durch Reichsgesetz) vom religiösen Bekenntnis gelöst.

Bis heute hat sich die Trennung von staatlichem Amt und religiösem Bekenntnis mit allem Recht verfassungsrechtlich gehalten und findet sich nun in Art. 33 Abs. 3 S. 1 GG. Die sozialen Konflikte, die damit reguliert werden sollen, beste-

¹²¹ Näheres bei *Schulze*, Frühkonstitutionalismus in Deutschland, 2002, S. 49 ff.; *Schulz*, Verfassung und Nation, 2004, S. 99 ff.; *Boldt* (Fn. 40), S. 75 ff.

¹²² Für einen Überblick zu den Gegenständen vgl. *Boldt* (Fn. 40), S. 78 ff.

¹²³ *Hilker*, Grundrechte im Frühkonstitutionalismus, 2005, S. 126 ff.

¹²⁴ Vgl. auch *Hilker* (Fn. 123), S. 245 f.

hen allerdings fort, wenn man an die integrationspolitischen Kontroversen um Lehrerinnen, Schöffinnen und Richterinnen denkt, die in Ausübung ihres Amtes ein Kopftuch tragen wollen. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Art. 4 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes

„Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich“.

bleibt also auch in der Gegenwart ein Versprechen, dessen „uneingeschränkte“ und das heißt vor allem: *gleiche* Einlösung für alle Bürger nach wie vor Gegenstand verfassungsrechtlicher Kontroverse ist.

VI. Ausblick mit Rückblick

Ausblicke, Ergebnisse und Résumés am Ende wissenschaftlicher Texte beinhalten zumeist ausdrücklich, bisweilen implizit, den Anspruch, kondensierten Sinn zu vermitteln und wissenschaftliche Zwecke zu bestimmen und zu begründen. Die Frage nach dem „Sinn“ ist auch eine Frage, die das Nachdenken über Geschichte immer schon begleitet hat. Dem Juristen ist sie latent sympathisch, denn großer Sinn und letzte Zwecke – telos – suggerieren Eindeutigkeit und Eindeutigkeit verspricht Bewertbarkeit – und Bewertung ist das Handwerk des Juristen. So einfach verhält es sich hier, wenig überraschend, allerdings nicht.

Eine Reformulierung der Frage nach dem Sinn der Geschichte ist die Frage nach ihrem Ziel: Ob es ein solches gibt oder nicht, ob wir darauf zusteuern oder nicht, was dieses Ziel sein könnte und was wir tun müssen, um es zu erreichen (oder zu vermeiden!). Historiker hat diese Frage immer schon beschäftigt, weil sie in das Herz ihrer Wissenschaft zielt. Philosophen haben sich diese Frage gestellt, weil ein etwai-ges Ziel der Geschichte Prognostizierbarkeit von Entwicklungen begründete und die menschliche Neugierde auf Zukünftiges befriedigte. Die politikphilosophische Erzählung des historischen Materialismus in der Tradition von *Karl Marx* (1818-1883) und *Friedrich Engels* (1820-1895) hat mit dem Sozialismus/Kommunismus ein solches Ziel postuliert, hat damit aber wie alle „großen Erzählungen“ (*Jean-François Lyotard* [1924-1998]) unserer Zeit einstweilen nicht recht behalten. Andere Denker sind der These vom Sinn der Geschichte entgegengetreten, darunter im 20. Jahrhundert zum Beispiel der liberale Philosoph *Karl A. Popper* (1902-1994) in seinem berühmten Buch über „Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“.¹²⁵

Gegenüber diesen theoretischen Großentwürfen eines „entweder – oder“ dominieren in der historischen Praxis „middle range theories“ (*Robert K. Merton* [1910-2003]), mit denen eingegrenzte historische Prozesse interpretiert und bewertet werden,¹²⁶ zum Beispiel in Theorien der Industrialisierung oder der Nationalstaatsbildung. Die damit verbundene „Mittelfristigkeit“ der Erkenntnisperspektive einerseits

und die mittlere theoretische Abstraktionshöhe andererseits bieten dem verfassungshistorisch interessierten Juristen, der sich mit letzten Deutungen, absoluten Wahrheiten und „grand theories“ kraft Amtes ohnehin zurückhalten sollte, griffige Ansatzpunkte für eigenständige Deutungsansätze, weil sie Geschichte handhabbar segmentieren, sachlich und/oder zeitlich.

Mit einem solchen, theoretisch weit zurückgenommenen Ansatz lässt sich auch etwas über den Sinn von verfassungsgeschichtlicher Betrachtung sagen: Letzte, „ewige und endgültige“ Aussagen über die Bedeutung und das Ziel von Verfassung und Verfassungsrecht sind von ihr nicht zu erwarten. Sie erhellt aber die historische Funktion und die Entwicklung des Verfassungsrechts und kann für bestimmte Zeiten und auch für die Gegenwart Aussagen über das Herkommen von Verfassung und Verfassungsrecht machen. Verfassungsgeschichte trägt, wie die Rechtsgeschichte insgesamt, zum Verständnis der Relativität und Zeitgebundenheit jeder juristischen Erkenntnis bei. Sie lehrt den Juristen Skepsis und Distanz gegenüber eigenen fachlichen Gewissheiten und macht ihn damit weniger anfällig für Verabsolutierungen und Exzesse.

Ins Rechtliche gewendet lässt sich sagen: Durch den Abschied von letzten Sinnerwartungen als Zielerwartungen rückt das Ideal eines „ewigen Friedens“ als Ziel der Geschichte (und nebenbei, auch des Rechts) vielleicht nicht in unerreichbare Ferne.¹²⁷ Was die Verfassungsgeschichte dabei lehrt, ist die Tatsache, dass ein solch hochgestecktes, im doppelten Wortsinne idealistisches Ziel nicht selbstverständlich zu erreichen ist. Es verlangt die permanente Pflege der Verfassung und des Verfassungsrechts durch alle Mitglieder der „Offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ (*Peter Häberle*), die sinnvoll nur auf verfassungsgeschichtlicher Grundlage erfolgen kann.

VII. Zum Weiterlesen

- Zum Methodischen: *Stolleis*, Rechtsgeschichte schreiben – Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?, 2008; Goertz (Hrsg.), Geschichte, 3. Aufl. 2007; *Brunner*, Historische Zeitschrift 209 (1969), 1.
- Zur Grundrechtsgeschichte: *Kröger*, Grundrechtsentwicklung in Deutschland, 1998.
- Kurzdarstellungen: *Roßner*, Verfassungsgeschichte, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 2010, § 6; *Stolleis*, Rechtsgeschichte, Verfassungsgeschichte, in: Goertz, (Hrsg.), Geschichte, 3. Aufl. 2007, S. 391 ff.
- Gesamtdarstellungen von Historikern: *Fenske*, Der moderne Verfassungsstaat, 2001; *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, 3. Aufl. 2002.
- Gesamtdarstellungen von Juristen: *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 6. Aufl. 2009; *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 10. Aufl. 2011.
- Zum Vertiefen: *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 4. Bd., 1988-2012.

¹²⁵ *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 2, Aug. 2003, insbesondere S. 304 ff.

¹²⁶ *Herbst* (Fn. 10), S. 108 f.

¹²⁷ *Kant*, in: Höffe (Hrsg.), Immanuel Kant, Zum ewigen Frieden, 3. Aufl. 2011; s. zur Geschichtsphilosophie *Kants Herbst* (Fn. 10), S. 114 ff.

Friedrich II. von Preußen und das Recht

Das Interpretationsverbot im ALR, der Prozess des Müllers Arnold und der Überfall auf Sachsen

Von Prof. Dr. Hans Paul Prümm, Berlin*

I. Einführung

In diesem Beitrag soll anlässlich des dreihundertsten Geburtstags¹ Friedrichs II. von Preußen sein Verhältnis zum Recht beleuchtet werden.² Dies geschieht nicht in einer abstrakten Sichtweise, sondern anhand von drei Beispielen, die für unterschiedliche Problemfelder stehen:

(1) Anhand der §§ 45 bis 50 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten, die nicht zuletzt auf Friedrichs Intervention zurückgehen, sollen einige Probleme der juristischen Methodik, und damit der Grundlagen in der Rechtswissenschaft,³ angesprochen werden (II. 2.).

(2) Das Eingreifen Friedrichs in die Prozesse des Müllers Christian Arnold soll nicht nur das Problem der unabhängigen Justiz unter dem verfassungsrechtlich abgesicherten Gewaltenteilungsprinzip, sondern auch das Auseinanderfallen von juristischer Richtigkeit und juristischer Entscheidungskompetenz thematisieren (II. 3.).

(3) Der Überfall Friedrichs auf Sachsen führt uns von der nationalen juristischen Methodik und einem innerstaatlichen dogmatischen Rechtsproblem in die internationale Rechtsdimension (II. 4.).

Doch bevor wir diese Punkte bearbeiten, ein kurzer Blick auf die Person Friedrichs II.

1. Einige Daten zur Person Friedrichs II

Friedrich II. von Preußen wurde am 24.1.1712 in Berlin geboren und starb am 16.8.1786 in Potsdam. Er regierte seit dem 31.5.1740, dem Sterbetag seines Vaters, als König in Preußen und nach der ersten polnischen Teilung im Jahre 1772 als König von Preußen.⁴

Er war der Sohn des preußischen Königs Friedrich Wilhelm I. (1688-1740), des sog. Soldatenkönigs,⁵ der ihn außerordentlich hart erzog⁶ und ihn 1730 wegen des Fluchtver-

suchs mit seinem Freund Hans Hermann von Katte (1704-1730), dessen Enthauptung aufgrund des Todesurteils⁷ er zusehen musste,⁸ für mehrere Monate in Küstrin – dem heutigen polnischen Kostzryn nad Odra – in Haft nehmen ließ.^{9, 10}

2. Das Faszinosum Friedrichs II

Wie man den Staufenkaiser Friedrich II. (1194-1250) als „stupor mundi“ bezeichnet hat,¹¹ ging auch von Friedrich II. von Preußen ein Faszinosum aus, dem sich nur wenige entziehen konnten. Dieses Faszinosum Friedrichs II. von Preußen, auch Friedrich der Große, der große Friedrich¹² oder der Alte Fritz genannt, zeigt sich unter anderem daran, dass immer wieder prominente Autoren sich mit ihm beschäftigten. Dazu zählen nicht nur Historiker von nationalem und internationalem Rang wie Franz Kugler¹³, Leopold von Ranke¹⁴, Thomas Carlyle¹⁵ oder Johannes Kunisch¹⁶, sondern auch

worden, so hätte er sich totgeschossen, aber Friedrich habe kein Ehre, er lasse sich alles gefallen.“

⁷ Siehe dazu Merten, Der Katte-Prozess, 1979.

⁸ Siehe dazu Fontane, in: v. Petersdorf (Hrsg.), Wanderungen durch die Mark Brandenburg, Das Oderland, Jenseits der Oder, Küstrin, Die Katte-Tragödie (1879), o.J., S. 421 ff.

⁹ Siehe Einzelheiten bei Carlyle (Fn. 6), S. 115.

¹⁰ Allerdings ist Friedrich weder von dem Kriegsgericht (so aber Carlyle [Fn. 6], S. 124) noch von seinem Vater zum Tode verurteilt worden (so richtig stellend die Anmerkung von Linnebach [Fn. 6], S. 124, Fußnote).

¹¹ Zum „Staunen der Welt“ siehe Hübner, in: Wieczorek/Schneidmüller/Weinfurter (Hrsg.), Die Stauer und Italien, Drei Innovationsregionen im mittelalterlichen Europa, Bd. 1, Essays, 2010, S. 269 (S. 273) sowie Thomson, in: Fansal/Ermete (Hrsg.), Kaiser Friedrich II. (1194-1250), Welt und Kultur des Mittelmeerraums, o.J. (2008), S. 301; Carlyle (Fn. 6), S. 540, spricht hinsichtlich Friedrich II. von Preußen vom „Staunen aller Menschen“.

¹² Gauland, perspektive 21. Brandenburgische Hefte für Wissenschaft und Politik 49 (2011), 13 (14).

¹³ Kugler, Geschichte Friedrich des Großen, mit den berühmten Holzschnitten von Adolph Menzel, o.J., Gedenkausgabe zum 150. Todestag des großen Königs, 1840.

¹⁴ V. Ranke, Preussische Geschichte, 1975, Siebentes bis Zwölftes Buch.

¹⁵ Carlyle, Geschichte Friedrich des Zweiten genannt der Große, 1858-1869; hier wird die Ausgabe von Linnebach (Fn. 6) benutzt.

¹⁶ Kunisch, Friedrich der Große, Der König und seine Zeit, Sonderausgabe, 2011; siehe darüber hinaus Bled, Friedrich der Große, Biographie, 2006; Heinrich, Friedrich II. von Preußen, Leistung und Leben eines großen Königs, 2009, sowie aus Anlass des Friedrich-Jahres 2012: Bendikowski, Friedrich der Große, 2011; Bisky, Unser König, Friedrich der Große und seine Zeit – ein Lesebuch, 2011; Goeller, Der alte Fritz, Mensch, Monarch, Mythos, 2011; Leithold, Friedrich

* Der Verf. ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht am Fachbereich Allgemeine Verwaltung der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin.

¹ S. dazu Friedrich300, unter:

<http://www.perspectivia.net/content/publikationen/friedrich300-colloquien> (zuletzt abgerufen am 15.9.2011).

² Siehe dazu auch Ogris, in: Hauser (Hrsg.), Friedrich der Große in seiner Zeit, 1987, S. 47.

³ Zur Unterscheidung der Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft und solcher in der Rechtswissenschaft siehe Prümm, LL.B. Zeitschrift des Ius Studiengangs (LL.B.) 1 (2011), 25 (27).

⁴ Boldt, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1, Von den Anfängen bis zum Ende des älteren deutschen Reiches 1806, 2. Aufl. 1990, S. 308.

⁵ Siehe dazu auch heute noch lesenswert: Klepper, Der Vater, Roman eines Königs (1937), 12. Aufl. 2005.

⁶ Siehe dazu etwa Carlyle, Friedrich der Große, ausgewählt und eingeleitet von Linnebach, o.J., S. 101, wonach Friedrichs Vater meinte: „(W)äre er von seinem Vater so behandelt

eigentlich fachfremde Personen, wie der Literaturnobelpreisträger *Thomas Mann*¹⁷, oder der Gründer des „Spiegel“, *Rudolf Augstein*¹⁸.

Dabei gibt es einige Faktoren, die Friedrichs Ruhm und seine Anerkennung begründen. Zunächst sein diszipliniertes Arbeiten:¹⁹ Friedrich stand in der Regel morgens um drei Uhr auf und machte sich nach dem Lever an die Arbeit. In den Kriegen war er häufig im Kampfgetümmel und deshalb auch mehrmals Lebensgefahren ausgesetzt. So schrieb der preußische Husarenoberst, Karl Ernst von Warnery:²⁰ „Der König blieb gern ganze Nächte hindurch bei den Batterien, wo er sich einen Bund Stroh bringen ließ, um darauf zu ruhen – alles, um seinen Soldaten ein Vorbild zu sein.“ Trotz scheinbar aussichtsloser Lagen rappelte er sich – wie etwa nach der desaströsen Schlacht bei Kunersdorf (heute das polnische Kunowice bei Słubice) –²¹ immer wieder auf.

Besonderes prominent wurde Friedrich als erfolgreicher Krieger; immerhin er hat die beiden schlesischen Kriege (1741-1742 und 1744/45) und den Siebenjährigen Krieg (1756-1763) trotz vernichtender Teil-Niederlagen letztlich gewonnen. *Augstein* „würdigt“ dies so: „Ohne Hohenfriedberg, ohne Soor, ohne Leuthen, ohne die Eroberung und Behauptung Schlesiens wäre Friedrich nicht Friedrich, sondern irgendein bemerkenswerter Monarch des 18. Jahrhunderts“ geblieben.²²

Ein weiterer immer wieder positiv hervorgehobener Vorgang ist die Trockenlegung des Oderbruchs durch Friedrich in der Zeit von 1747 bis 1762. Berühmt ist in diesem Zusammenhang sein Satz:²³ „Hier habe ich im Frieden eine Provinz erobert, die mir keinen Soldaten gekostet hat.“ Vor seiner Trockenlegung war das Oderbruch eine intakte Wasser- und Sumpflandschaft, vergleichbar dem Spreewald.²⁴ Heute sehen wir die Trockenlegung dieser natürlichen Überschwemmungsgebiete keineswegs mehr ausschließlich unter positiven Gesichtspunkten – immense Deichkosten, Binnenhochwasser im Oderbruch und Jahrhunderthochwasser der Oder zeigen die Umweltschutzprobleme zu Genüge auf.

Immer wieder macht das Wort vom „roi philosophe“ die Runde. Allgemein bekannt ist, dass Friedrich mit *François Marie Arouet de Voltaire* (1694-1778), dem seinerzeit wohl bekanntesten Philosophen der europäische Aufklärung, nicht

nur einen langfristigen Briefwechsel führte²⁵, sondern ihm auch von 1751 bis 1753 an seinem Hof Gastfreundschaft bot.²⁶ Friedrich hat staatsphilosophische Arbeiten veröffentlicht;²⁷ die bekannteste ist der „Antimachiavelli“,²⁸ der auf „Vernunft und Gerechtigkeit“ aufgebaut und orientiert ist.²⁹ Der Titel ergibt sich aus der Gegenposition, die Friedrich zu *Niccolò Machiavelli* (1469-1527) einnimmt.

Der Florentiner *Machiavelli* hatte ein Buch, „Il Principe“, geschrieben, das jedoch erst nach seinem Tod veröffentlicht wurde.³⁰ Im Gegensatz zu den Abhandlungen, die sich bis dahin mit der Leitung eines Staatswesens beschäftigt hatten, orientierte sich *Machiavelli* in diesem Buch nicht in erster Linie an Staatsidealen, wie der Gerechtigkeit oder dem Gemeinwohl, sondern vorrangig an dem Interesse des jeweiligen Fürsten an seiner Machterhaltung. Eben diesen Ansatz hielt Friedrich für falsch.

Friedrich schrieb darüber hinaus historische Werke. Hier sind vor allem die „Geschichte meiner Zeit“ aus dem Jahre 1746³¹, die „Denkwürdigkeiten zur Geschichte des Hauses Brandenburg“ aus dem Jahre 1751³² und die „Geschichte des Siebenjährigen Krieges“ aus dem Jahre 1764³³ zu erwähnen.

Zu dem Bild des *homme de lettres* – also der umfassend gebildeten Persönlichkeit – passt natürlich im wahrsten Sinne des Wortes das Bild des passionierten Flötenspielers. Wahrscheinlich haben die meisten von uns schon einmal das Gemälde des preußischen Malers *Adolph von Menzel* (1815-1905): „Das Flötenkonzert Friedrich des Großen in Sanssouci“³⁴ gesehen, auf dem Friedrich zusammen mit Carl Philipp Emanuel Bach bei einem Kammerkonzert mitwirkt. Friedrich hatte bei dem berühmten Flötisten Johann Joachim Quantz (1697-1773) Flötenunterricht genommen und zahlte ihm ein Gehalt vergleichbar mit dem Salär hochrangiger Beamter.³⁵

Friedrich hat das Image des aufgeklärten Monarchen, das etwa durch die Abschaffung der Folter und seinen religiösen Liberalismus geprägt wird. Allerdings zeigt sich hier auch zugleich die „andere“ Seite Friedrichs: In der Tat schaffte er unmittelbar nach seiner Inthronisation die Folter – zunächst

II. von Preußen. Ein kulturgeschichtliches Panorama von A – Z, 2011; *Luh*, Der Große. Friedrich II. von Preußen, 2011; *Unger*, Friedrich. Ein deutscher König, 2011.

¹⁷ *Mann*, Politische Schriften und Reden 2, 1968, S. 20.

¹⁸ *Augstein*, Friedrich der Große und die Deutschen, 1968.

¹⁹ So ausdrücklich v. *Unruh*, Die Verwaltung 20 (1987), 355 (364).

²⁰ Zitiert nach: v. *Flocken*, Das Zauberwerk von Bunzelwitz, Brandenburgische Blätter Nr. 219 (2011), S. 14.

²¹ Dazu etwa *Carlyle* (Fn. 6), S. 584 ff.

²² *Augstein* (Fn. 18), S. 293.

²³ Nach *Wolff/Heerwagen/Kröner*, Entdeckungen links und rechts der Oder, 1995, S. 94 f.

²⁴ *Fontane* (Fn. 8), Das Oderbruch, 1. Wie es in alten Zeiten war (1879), S. 286.

²⁵ Siehe Hans Pleschinski (Hrsg.), *Voltaire – Friedrich der Große, Briefwechsel*, 2011.

²⁶ *Benninghoven/Börsch-Supan/Gundermann*, Friedrich der Große, Ausstellung des Geheimen Staatsarchivs Preussischer Kulturbesitz anlässlich des 200. Todestages König Friedrich II. von Preußen, 1986, S. 137 f., 147 f.

²⁷ Siehe dazu *Friedrich der Große*, Philosophische und staatswissenschaftliche Schriften, o. J.

²⁸ *Friedrich II.*, in: Ritter (Hrsg.), *Friedrich der Große, Werke und Schriften*, 1998, S. 772.

²⁹ *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 773.

³⁰ *Machiavelli*, Gesammelte Werke in einem Band, hrsgg. von A. Ulfing, o.J., S. 313.

³¹ *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 33.

³² *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 639.

³³ *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 227.

³⁴ Wenn nicht: Sie können es sich bei Wikipedia unter: „Das Flötenkonzert Friedrich des Großen in Sanssouci“ anschauen.

³⁵ *Clark*, Preußen Aufstieg und Niedergang 1600-1947, 2007, S. 212.

allerdings nicht bei Landesverrat und „großen“ Mordtaten³⁶ – und die Zensur ab; letztere führte er aber 1749 wieder ein.³⁷ Die Leibeigenschaft hat er jedoch nicht aufgehoben, um den Rittergütern nicht die billigen Arbeitskräfte zu nehmen.³⁸ Er formulierte am 22.6.1740 zwar die bekannte Sentenz: „Die Religionen müssen alle Tolleriert werden und Mus der fiscal das auge darauf haben, das Keine der anderen abruhu tuhe, den hier mus ein jeder nach seiner Faßon Selich werden“³⁹ und genehmigte – wohl auch unter dem Eindruck der Veränderung des Verhältnisses zwischen Protestanten und Katholiken durch die Eroberung Schlesiens – den Bau der St. Hedwigskathedrale in Berlin,⁴⁰ setzte aber durch den „Erlaß eines Revidierten General-Privilegiums und Reglements für die Judenschaft im Königreich Preußen“ im Jahre 1750 die von seinen Vater begonnene Diskriminierung der Juden fort,⁴¹ allerdings bei Weitem nicht so intensiv wie seine große Rivalin Maria Theresia (1717-1780), Erzherzogin von Österreich und Königin von Ungarn, die 1744 alle Juden aus Prag vertreiben wollte.⁴²

Dieser letzte Punkt führt sozusagen zu Friedrichs Schattenseite: Nicht zuletzt wegen dieser anderen Seite hat *Schieder* die Herrschaft Friedrichs als „Königtum der Widersprüche“ bezeichnet.⁴³ Während Friedrich Wilhelm I., der sog. Soldatenkönig, „in der Praxis ein Mann des Friedens war“,⁴⁴ hat Friedrich II., der roi philosophe, ganz Deutschland mit Krieg überzogen – die Schlesischen Kriege waren ja keineswegs auf Schlesien begrenzt, sondern erstreckten sich auf ganz Deutschland.

Friedrich war im Innersten wohl vereinsamt: Seine Frau, Elisabeth Christine von Braunschweig-Wolfenbütteln-Bevern (1715-1797), hat er unmittelbar nach seinem Regierungsan-

tritt auf das Schloss Schönhausen ausquartiert, wo sie dann über 50 Jahre – ohne wirklichen Kontakt zu ihrem Mann – lebte.⁴⁵ Seine liebsten „Freunde“ waren letztlich seine Hunde⁴⁶, die oft neben ihm schliefen⁴⁷ und neben denen er begraben werden wollte.⁴⁸ Er kümmerte sich in letzten Jahren kaum um sein Äußeres und düpierte durch seine heruntergerissene Kleidung⁴⁹ und seinen Gestank seine Besucher und Mitarbeiter. Das Verhältnis zu Letzteren hat etwa *Thomas Mann* so skizziert: Durch seinen Despotismus und sein Mißtrauen hat er „der Arbeit aller anderen die Würde entzog[en]. Er liebte die Arbeit in dem Maße, dass er sie ganz allein an sich riss und seinen Dienern nichts davon gönnte; denn was für sie übrig blieb, war Schreiberfron, ganz ohne Ehre und Selbständigkeit, und er beargwöhnte und kontrollierte sie auch hierin noch auf das beschämendste.“⁵⁰ Gegenüber dem Bischof vom Ermelande bekannte er 1785: „Glauben Sie mir, wüsste Ich Alles, könnte Ich Alles selbst lesen, selbst beantworten (aber ich bin nur ein einzelner Mensch!), meine Untertanen sollten gewiss glücklich sein.“⁵¹

Friedrich war auch keineswegs so sparsam, wie es immer wieder dargestellt wird, vielmehr stellte seine Bautätigkeit (z.B. Sanssouci, Neues Palais, Opernhaus unter den Linden) diejenige seines als verschwendungssüchtig eingeschätzten Großvaters, Friedrichs I. (1657-1713), in den Schatten.⁵² Hinsichtlich der Soldaten wandte er sich einerseits gegen den Vorschlag *Machiavellis*, gegenüber den eigenen Truppen Härte zu zeigen,⁵³ und meinte, „ein König, der es sich zum Grundsatz macht, Furcht einzuflößen, wird nur über Sklaven herrschen“,⁵⁴ war aber andererseits der Auffassung, seine Soldaten sollten vor den eigenen Offizieren mehr Angst als vor dem Feind haben.⁵⁵ Seine Misanthropie kommt etwa in diesem Zitat zum Ausdruck: „Der Pöbel verdient keine Aufklärung. Wenn acht Zehntel des Volkes über den Erwerb ihres Unterhalts nicht zum Leben kommen, wenn ferner ein Zehntel aus Oberflächlichkeit, Leichtsinne und Dummheit nichts lernt, so ergibt sich, dass das bisschen Menschenverstand, dessen unser Geschlecht fähig ist, sich nur im geringen

³⁶ *Benninghoven/Börsch-Supan/Gundermann* (Fn. 26), S. 63 f.

³⁷ *Benninghoven/Börsch-Supan/Gundermann* (Fn. 26), S. 303 f.

³⁸ *Valentin*, Geschichte der Deutschen, Von den Anfängen bis 1945 und *Klöss*, Deutsche Geschichte, 1945 bis zur Gegenwart, 1993, S. 273.

³⁹ *Benninghoven/Börsch-Supan/Gundermann* (Fn. 26), S. 64; das Zitat belegt auch, dass Friedrich weder in der deutschen noch in der französischen Ausdrucksweise bzw. Rechtschreibung sicher war, Richter (Hrsg.), Die Briefe Friedrich des Großen an seinen vormaligen Kammerdiener Fredersdorf, 1926, S. 13 f., 16.

⁴⁰ *Benninghoven/Börsch-Supan/Gundermann* (Fn. 26), S. 119 f.

⁴¹ *Heinrich*, in: Schlenke (Hrsg.), Preußen: Beiträge zu einer politischen Kultur, 1981, S. 61 (S. 81 f.); siehe dazu auch *Schenk*, Friedrich und die Juden, 2007, Fn. 1.

⁴² *Seibt*, Die Begründung Europas, Ein Zwischenbericht über die letzten tausend Jahre, 2005, S. 293.

⁴³ *Schieder*, Friedrich der Große, Ein Königtum der Widersprüche, 1983; vgl. auch die Auflistung der Widersprüchlichkeiten durch *Ranke*, in: Korff (Hrsg.), Preußen, Versuch einer Bilanz, 1981, S. 211 (S. 212 f.).

⁴⁴ *Taylor*, Die Mauer, 13. August 1961 bis 9. November 1989, 2011, S. 31.

⁴⁵ *Clark* (Fn. 35), S. 226 f.

⁴⁶ *Valentin* (Fn. 38), S. 266.

⁴⁷ *Bisky* (Fn. 16), S. 367.

⁴⁸ *Sibylle Prinzessin von Preußen/Friedrich Wilhelm Prinz von Preußen*, Die Liebe des Königs, Friedrich der Große, Seine Windspiele und andere Passionen, 2006, S. 7.

⁴⁹ Siehe dazu die Beschreibung von Christian August Fürst von Waldeck, zitiert in *Benninghoven/Börsch-Supan/Gundermann* (Fn. 26), S. 232; vgl. auch *Richter* (Fn. 39), S. 16.

⁵⁰ *Mann* (Fn. 17), S. 28 f.; *von Unruh* (Fn. 19), S. 363 weist daraufhin, dass Friedrich mit zunehmendem Alter immer mehr Angelegenheiten selbst entschied.

⁵¹ *Preuß*, Friedrich der Große, Eine Lebensgeschichte, Bd. 3, 1833, S. 380.

⁵² *Kunisch* (Fn. 16), S. 252 ff.

⁵³ *Machiavelli* (Fn. 30), S. 353 ff.

⁵⁴ *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 844.

⁵⁵ Vgl. *Möbius*, Mehr Angst vor dem Offizier als vor dem Feind?, Eine mentalitätsgeschichtliche Studie zur preußischen Taktik im Siebenjährigen Krieg, 2007.

Bruchteile eines Volkes befindet.“⁵⁶ Im Antimachiavell vertrat er die Position, dass „nur wenig Menschen vernünftig sind“.⁵⁷

Die Kriege, die Friedrich geführt hat, brachten Preußen an den Rand des politischen und finanziellen Ruins, den er letztlich nur durch das „Mirakel des Hauses Brandenburg“ abwenden konnte;⁵⁸ das unendliche Leid, das die Kriege den Preußen⁵⁹ und den Menschen in den anderen Staaten brachte, konnte er jedoch nicht wieder gutmachen. Besonders hart beurteilt ihn insofern der kanadische Historiker Szabo: „Frederick was an opportunist and risk taker dressed in the veneer of an intellectual, but at the root he was a heartless killer and mean-spirited and callous man who was careless of human life.“⁶⁰

II. Friedrich II. und das Recht

1. Allgemeines

Friedrich hat weder eine konsistente Rechtstheorie entwickelt noch hat er eine eigenständige Rechtsethik angestrebt. Er war kein Jurist, hatte aber viel mit Juristen zu tun: So gehörten zu seinem kleinen Hausstand kurz nach der Entlassung aus der Festungshaft in Küstrin zwei Juristen, mit denen er unmittelbar zu tun hatte⁶¹ – und er wird dort eine ganze Menge über Rechtsanwendung gelernt haben. Er hat – auch heute noch berühmte – Juristen wie Samuel Freiherr von Cocceji (1679-1755), Johann Heinrich Casimir Graf von Carmer (1721-1801) und Regierungsrat Carl Gottlieb Svarez (1764-1798) in ihrer Arbeit erlebt. Allerdings hatte er ein gespaltenes Verhältnis zu den Rechtsarbeitern:⁶² „Die Rechtspflege hatte unter dem vorigen Herrscher arg danieder gelegen und bedurfte besonders sorglicher Aufmerksamkeit. Die Gesetze wurden umgangen, die Anwälte machten Treu und Glauben zum Gegenstand schimpflichen Handelns, und Reichtum oder Armut bestimmten den Ausgang eines Rechtsfalles.“

⁵⁶ *Friedrich II.*, zitiert nach *Brandt*, in: Brandt (Hrsg.), *Preußen, Zur Sozialgeschichte eines Staates, Eine Darstellung in Quellen*, 1981, S. 10 (S. 13).

⁵⁷ *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 788 f.; besonders pikant wird diese Aussage dann, wenn man sie neben diejenige Friedrichs II. stellt, wonach „dieses bisschen Vernunft uns [scil.: die Menschen] von den Tieren unterscheidet“, *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 812.

⁵⁸ Siehe *Sternberger*, *Das Mirakel des Hauses Brandenburg, Die Schlacht von Kunersdorf 1759*, 2009.

⁵⁹ Unter dem Aspekt der 400.000 preußischen Kriegstoten allein während des Siebenjährigen Kriegs (*Ferlet*, *Siebenjähriger Krieg [1756-1763]*, abrufbar unter: <http://www.berlin-die-hauptstadt.de/sjk.htm> [zuletzt abgerufen am 14.9.2011]) kommt einem die Aussage Friedrichs: „Das Leben der Untertanen ist der köstlichste Schatz, der dem Fürsten anvertraut wird.“ (*Friedrich II.* [Fn. 28], S. 841) doch sehr merkwürdig vor.

⁶⁰ *Szabo*, *The Seven Years War in Europe 1756-1763*, 2008, S. 427.

⁶¹ *Carlyle* (Fn. 6), S. 126.

⁶² *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 231.

Die Wichtigkeit des Rechts für Friedrich lässt sich exemplarisch an je zwei theoretischen und praktischen Aktivitäten belegen:

Zum einen veröffentlichter er eine Schrift „Über die Gründe, Gesetze einzuführen oder abzuschaffen“⁶³ und hielt an der Akademie der Wissenschaften Vorlesungen über die Aufgaben der Gesetzgebung.⁶⁴ Praktisch widmete Friedrich sich intensiv der Verbesserung der Durchsetzung des Rechts in Preußen. Er bediente sich dafür vor allem Juristen als Großkanzler: Freiherr von Cocceji und Graf von Carmer. Der erste konzipierte im Auftrag Friedrichs das „Project des Codicis Fredericiani Marchici“ aus Jahre 1748⁶⁵, der zweite zeichnete verantwortlich für die ersten Entwürfe des Allgemeinen Preußischen Landrechts seit dem Jahre 1784.⁶⁶ Den Anteil Friedrichs an diesem Gesetz beschreibt zutreffend *Hattenhauer*:⁶⁷ „Wenn es auch erst nach dem Tode des großen Königs in Kraft treten konnte, wird man das Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) dennoch als eine Frucht der späten Regierungszeit Friedrich II. von Preußen [...] bezeichnen müssen. Gesetzesinitiative wie Gesetzgebungsverfahren sind ohne die Person Friedrich des Großen nicht denkbar.“ Schon zu Lebzeiten Friedrichs war das ALR fertig gestellt, allerdings gelang es Friedrich nicht, die Bedenken der Stände gegen die Neuerungen zu zerstreuen, so dass es erst nach seinem Tod verkündet wurde.⁶⁸

2. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten

a) Die Ausgangslage

Nach *Wieacker* gibt es eine hundertjährige Geschichte der „preußischen Kodifikation“,⁶⁹ die letztlich in dem Inkrafttreten des Allgemeinen Landrecht(s) für die Preußischen Staaten am 1.6.1794 mündete. Friedrich hat in diesem Ablauf zwei Projekte gestartet: Das „Projekt des Corpus Iuris Fridericiani“, das Samuel Freiherr von Cocceji betrieb, kam – auch wegen des Siebenjährigen Krieges – nicht zum Abschluss.⁷⁰

Der Vorgang, der zum ALR führte, wurde von Friedrich mit der Cabinettsordre v. 14.4.1780⁷¹ eingeleitet.⁷² Ihm wur-

⁶³ *Friedrich II.* (Fn. 27), S. 68.

⁶⁴ *Benninghoven/Börsch-Supan/Gundermann* (Fn. 26), S. 104.

⁶⁵ *Codex Fridericianus Marchicus 1748*, abrufbar unter <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Fontes.htm> (zuletzt abgerufen am 30.10.2011).

⁶⁶ *Kunisch* (Fn. 16), S. 299 f.

⁶⁷ *Hattenhauer*, in: *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, 2. Aufl. 1994, S. 1.

⁶⁸ Das Publikationspatent ist abgedruckt bei *Hattenhauer* (Fn. 67), S. 48 ff.; siehe zum ALR Ebel (Hrsg.), *Gemeinwohl – Freiheit – Vernunft – Rechtsstaat, 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten; Symposium der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, 27.-29. Mai 1994, 1995; *Schwennicke*, *JuS* 1994, 456.

⁶⁹ *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 327.

⁷⁰ *Wieacker* (Fn. 69), S. 328.

⁷¹ Abgedruckt bei *Hattenhauer* (Fn. 67), S. 43 ff.

⁷² *Wieacker* (Fn. 69), S. 329.

de kurz vor seinem Tod der „Entwurf eines Allgemeines Gesetzbuches für die Preußischen Staaten“ vorgelegt, den er mit den Worten kommentierte: „Es ist aber sehr dicke, und Gesetze müssen kurz und nicht weitläufig sein.“⁷³

Heutzutage bekommt jede/-r Rechtsstudierende die klassischen Interpretationsmethoden sowie die Rechtsfortbildungsmethoden der Lückenergänzung und Gesetzeskorrektur im Rahmen des Studiums vermittelt.⁷⁴ Man muss sich aber darüber im Klaren sein, dass das „Kleeblatt“ der Interpretationsmethodik erst im 19. Jahrhundert durch *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861) wirkungsmächtig eingeführt worden ist.⁷⁵ Bis dahin gab es keinen anerkannten Interpretationskanon, so wie er heute den Rechtsstudierenden beigebracht wird. Dies war – neben der grundsätzlichen Unzufriedenheit Friedrichs mit den Juristen – auch ein Grund für die interpretations- und rechtsfortbildungskritische Einstellung des ALR. Unter diesem Eindruck sind die entsprechenden Vorschriften des ALR zu sehen:

b) Interpretationsregeln, eingeschränktes Interpretationsverbot und Anzeige von notwendigen Rechtsfortbildungen

Einleitung §§ 46 bis 50 ALR haben folgenden Wortlaut:⁷⁶

„Auslegung der Gesetze.

§. 46. Bey Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beylegen, als welcher aus den Worten, und dem Zusammenhange derselben, in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes, deutlich erhellet.

§. 47. Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die prozeßführenden Parteyen zu benennen, seine Zweifel der Gesetzcommission anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen.

§. 48. Der anfragende Richter ist zwar schuldig, den Beschluß der Gesetzcommission bey seinem folgenden Erkenntniß in dieser Sache zum Grunde zu legen; den Parteyen bleiben aber die gewöhnlichen Rechtsmittel dagegen unbenommen.

§. 49. Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er zwar nach den in dem Gesetzbuche angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß, erkennen.

§. 50. Er muß aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justitz so fort anzeigen.“

⁷³ *Wieacker* (Fn. 69), S. 330.

⁷⁴ Vgl. etwa *Beaucamp/Treder*, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, 2. Aufl. 2011, Rn. 133 ff, 245 ff.

⁷⁵ *Berkemann*, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 523 (S. 526).

⁷⁶ Nach Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (Fn. 67).

§ 46 ordnet zunächst die grammatikalische und die systematische Interpretationsmethode an, um dann den Richter zur teleologischen Methode hinzuführen. Wenn ihm aber diese Methoden den Sinn des Gesetzes nicht erhellen, muss er gem. §§ 47 f. die Entscheidung aussetzen und die Meinung der Gesetzeskommission einholen; deren Auffassung hat er dann der Entscheidung des Falles zugrunde zu legen. Findet der Richter keine gesetzliche Entscheidungsgrundlage, muss er nach § 49 f. das Recht fortbilden und dem Chef der Justitz mitteilen, dass das Gesetz insofern einen Mangel aufweist. Ob das System in sich stimmig ist, erscheint zweifelhaft, da dem Richter kraft eigener Kompetenz die Interpretation unklarer Normen versagt wird, während ihm die Rechtsfortbildung, die sich ja weiter vom Gesetz entfernt, überlassen bleibt. Damit wird auch die Absicht Friedrichs, den Richtern keine allzu großen Spielräume zu gewähren,⁷⁷ konterkariert.

c) Das Schicksal des eingeschränkten Interpretationsverbotes

Das eingeschränkte Interpretationsverbot des ALR ist seinerseits das Ergebnis einer Entwicklung. Im Jahre 1749 hatte von Cocceji im Auftrag Friedrichs im Project des Corpus Juris Fridericiani ein Kommentierungsverbot vorgesehen: „Und damit die Privati, insbesondere aber die Professores, keine Gelegenheit haben mögen, dieses Land-Recht durch eine eigenmächtige Interpretation zu corumpieren, so haben S. Königl. Majestät bei schwerer Strafe verboten, daß niemand, wer er auch sey, sich unterstehen solle, einen Commentarium über das Land-Recht oder einen Theil desselben zu schreiben.“⁷⁸

Davon hat Friedrich in der schon erwähnten Cabinettsordre aus dem Jahre 1780⁷⁹ abgesehen, allerdings noch ausgeführt: „Dagegen aber werden Wir nicht gestatten, daß irgend ein Richter, Collegium oder Etats-Ministre Unsere Gesetz zu *interpretiren*, auszudehnen oder einzuschränken, vielweniger neue Gesetze zu geben, sich einfallen lasse“. Demgegenüber sind die Regelungen der Einleitung §§ 46 ff. ALR wesentlich weniger rigide, aber immer noch ein Zeichen des Misstrauens gegenüber einer „überzogenen Auslegungspraxis“.⁸⁰ Aber auch dieses eingeschränkte Interpretationsverbot gekoppelt mit der Vorabentscheidungsanfrage an die Gesetzeskommission blieb nur von begrenzter Gültigkeit, weil nicht einzuse-

⁷⁷ Siehe dazu anschließend im Text.

⁷⁸ Zitiert nach: *Scheffler*, Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa, 2006, S. 9 f.

⁷⁹ Siehe unter Fn. 71, S. 46; *Hervorhebung* im Original.

⁸⁰ *Hattenhauer* (Fn. 67), S. 25; siehe allerdings *Codex Theresianus* von 1758, 1. Teil, I, 84: „Woferne aber dem Richter ein Zweifel vorfiele, ob ein vorkommender Fall in dem Gesetz begriffen sei oder nicht, oder da ihm das Gesetz selbst dunkel schiene, oder ganz besondere und sehr erhebliche Bedenken der Beobachtung des Gesetzes entgegenstünden, so ist die massgebige Erklärung des Gesetzes allemal bei Uns anzusehen.“ – unter:

<http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Fontes.htm> (zuletzt abgerufen am 30.10.2011).

hen sei, „warum die Richter nicht ebenso gut zweifelhafte Gesetze sollten erklären können.“⁸¹

d) Nachtrag und Bewertung

Das Misstrauen Friedrichs in die Juristen unter methodischen Aspekten taucht auch heute immer wieder auf.⁸² Dies ist keineswegs unverständlich, immerhin ist die juristische Methode ein Machtfaktor,⁸³ den man eigentlich nicht ungeregt sein lassen kann. Allerdings hat man sich in Deutschland insofern außerordentlich zurückgehalten. § 132 Abs. 4 GVG erwähnt die „Fortbildung des Rechts“; ansonsten sind dem deutschen Recht explizite Interpretations- oder Rechtsfortbildungsaussagen nicht zu entnehmen. Das EU-Recht hält sich mit dieser Formulierung des Art. 19 Abs. 1 EUV „Er [scil. EuGH] sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“, ebenfalls dezent zurück. Die friderizianischen Vorlagepflichten finden dagegen auch heute noch ihre dogmatischen Rechtsnachfolger: Art. 100 Abs. 1 GG soll das Parlament vor Verwerfungen seiner Gesetze durch die „einfachen“ Gerichte schützen; Art. 267 AEUV soll der einheitlichen Anwendung des EU-Recht dienen. Diesen Instrumenten – wie auch der Vorlagepflicht des ALR – ist eigen, dass das jeweilige Gericht darüber entscheidet, ob die Vorlagebedürftigkeit gegeben ist. Abgesichert sind die gerichtlichen Vorlagepflichten jedoch ggf. durch Rechtsbehelfe der Prozessparteien.⁸⁴

Das grundsätzliche Problem, das sich hinter dem Misstrauen Friedrichs gegenüber den Gerichten verbirgt, liegt darin, dass die Gerichte durch die Interpretations- und Rechtsfortbildungskompetenz in die Gesetzgebungskompetenz – sei es des monokratischen Königs oder des demokratischen Parlaments – eingreifen. Dieses Problem wurde im Kern kaum gelöst, denn heutzutage liegt die Letztinterpretations- und -fortbildungskompetenz bei den Gerichten; letztlich dem BVerfG oder dem EuGH. In den letzten Jahren hat vor allem *Rüthers* wieder darauf hingewiesen, das sich diese Gerichte unter Überziehung der „Auslegungsmethodik“⁸⁵ zum Gesetzgeber aufzuschwingen.⁸⁶ Allerdings zeigt sich, dass weder ein (eingeschränktes) Interpretations- noch ein Rechtsfortbildungsverbot dieses Problem wirklich lösen können. Hier kann letztlich nur eine juristische Ausbildung, die den zukünftigen Rechtsarbeiter/-innen diese Problematik offenbart, hilfreich sein.

⁸¹ Kabinettsordre des Königs im Jahre 1798 an das Kammergericht, zitiert nach: *Hattenhauer* (Fn. 67), S. 26.

⁸² Vgl. etwa *Rüthers*, JZ 2008, 446.

⁸³ *Baer*, Rechtssoziologie, 2011, S. 183.

⁸⁴ Siehe Einl. § 48 ALR; das BVerfG sieht in der Verletzung der Vorlagepflicht einen Entzug des gesetzlichen Richters i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden kann (zuletzt BVerfG NJW 2011, 2569).

⁸⁵ Gegen diese irreführende Begrifflichkeit *Prümm*, Jurisprudencija/Jurisprudence 2009, 199 (210).

⁸⁶ *Rüthers*, JZ 2008, 446.

3. Die Prozesse des Müllers Christian Arnold⁸⁷

a) Der Sachverhalt

Der Müller Christian Arnold betrieb bei Pommerzig in der Neumark – heute das polnische Pomorsko als Teil der Gemeinde Sulechów – an einem Bach kurz vor der Oder, der Gottfried Leopold Graf von Schmettau gehörte, in Erbpacht eine Wassermühle, die Krebsmühle, und musste dem Grafen von Schmettau für dieses Recht einen jährlichen Erbzins zahlen. Als der örtliche Landrat, Georg Samuel Baron von Gersdorff, ein Oberlieger des Müllers, das Bachwasser in seine neu⁸⁸ angelegten Karpfenteiche leitete, hatte dies zur Folge, dass Arnold die Mühle – nach seiner Aussage⁸⁹ – mangels ausreichenden Wasserzuflusses nicht mehr gewinnbringend betreiben konnte. Deshalb stellte Arnold seine Erbzinszahlung an Graf von Schmettau ein.

b) Der Ablauf der Prozesse um die Pommerziger Krebsmühle

Graf von Schmettau erwirkte 1773 bei – seinem – Patrimonialgericht⁹⁰ ein Zahlungsurteil gegen Arnold, das von dem neumärkischen Berufungsgericht⁹¹ in Küstrin bestätigt wurde. Da auch Vollstreckungen in die Kühe des Müllers und dessen Einkerkung keinen Erfolg brachten,⁹² ließ Graf von Schmettau wegen der sich anhäufenden Zahlungsrückstände die Wassermühle 1778 zwangsversteigern.⁹³ Bei dieser Zwangsversteigerung ging es auch handgreiflich zu; u.a. kam es zu einem Handgemenge zwischen der Frau des Müllers

⁸⁷ Siehe dazu *Diesselhorst*, Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrich des Großen, 1984; *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 7. Aufl. 2008, Rn. 131 ff; *Sendler*, JuS 1986, 759; *Wesel*, Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht, 1997, Rn. 265.

⁸⁸ Nach *Holtze*, 500 Jahre Geschichte des Kammergerichts, Zum 500jährigen Jubelfeste des Gerichtshofes und zur Feier seines Einzugs in das neue Heim am Kleistpark, 1913, S. 153, hat *Baron von Gersdorff* lediglich „die früher vorhandenen Fischenteiche wiederhergestellt.“

⁸⁹ *Preuß* (Fn. 51), S. 390, zitiert Aussagen wonach trotz der angelegten Karpfenteiche an der Mühle Arnolds genügend Wasser geflossen sei, so dass dieser seine Mühle weiterhin hätte betreiben können; ähnlich *Luebke*, Central European History 32 (1999), 379 (391).

⁹⁰ Zur Patrimonialgerichtsbarkeit als dinglichem Recht der Rittergüter siehe *Wienfort*, Patrimonialgerichte in Preußen, Ländliche Gesellschaft und bürgerliches Recht 1770-1848/49, 2001, S. 14 ff.

⁹¹ Dieses neumärkische Kammergericht wird in den Beschreibungen der Prozesse auch Regierung oder Obergericht genannt, *Holtze* (Fn. 88), S. 26.

⁹² *Luebke* (Fn. 89), S. 381.

⁹³ Während *Wesel* (Fn. 87) die Erbpacht durch den Oberlieger ersteigern lässt, wurde sie nach Wikipedia, Artikel: Müller-Arnold-Fall (zuletzt abgerufen am 3.8.2011) vom *Grafen Schmettau* ersteigert.

Arnold und dem Grafen von Schmettau.⁹⁴ Die Schadensersatzklage von Arnold gegen Baron von Gersdorff wegen der unrechtmäßigen Wasserableitung war bei der neumärkischen Regierung in Küstrin ebenso erfolglos wie seine Appellation⁹⁵ beim Kammergericht in Berlin.

c) *Das Eingreifen Friedrichs II.*

Zunächst einmal sei daran erinnert, dass Friedrich hautnah miterlebt hat, wie sein Vorgänger und Vater, in einen Prozess – den sog. Katte-Prozess⁹⁶ – eingegriffen hat. Friedrich war zusammen mit seinem Freund Hans Herrmann von Katte (1704-1730) der Desertion und der Majestätsbeleidigung angeklagt. Das Militärgericht verurteilte von Katte zu lebenslanger Festungshaft.⁹⁷ Dieses Urteil verschärfte Friedrich Wilhelm I. durch eine Kabinettsorder vom 1.11.1730 indem er für von Katte die Todesstrafe durch Enthaupten anordnete:⁹⁸

„Was aber den Lieutenant von Katt und dessen Verbrechen, auch die vom Kriegs-Recht deshalb gefällte Sentence anlanget, so sind S. K. M. zwar nicht gewohnt, die Kriegsrechte zu schärfen, sondern vielmehr, wo es möglich, zu mindern, dieser Katt aber ist nicht nur in meinen Diensten Offizier bey der Armee, sondern auch bey der Garde Gens D'Armes, und da bey der ganzen Armee meine Offiziers mir getreu und hold sein müssen, so muß solches um so mehr geschehen von den Offiziers von solchen Regimentern, indem bey solchen ein großer Unterschied ist, denn Sie immediatement Sr. Königl. Majestät und Dero Königlichem Hause attachirt seyn, um Schaden und Nachtheil zu verhüten, vermöge eines Eides. Da aber dieser Katt mit der künftigen Sonne tramiret, zur Desertion mit fremden Ministern und Gesandten allemal durch einander gesteckt, und er nicht davor gesetzet worden, mit dem Kronprinzen zu complottiren, au contraire es Sr. Königlichen Majestät und dem Herrn General-Feldmarschall von Natzmer hätte angeben sollen, so wüßten S. K. M. nicht, was vor kahle Raisons das Kriegsrecht genommen, und ihm das Leben nicht abgesprochen hätten. S. K. M. werden auf die Art sich auf keinen Offizier noch Diener, die in Eid und Pflicht stehen, verlassen können. Denn solche Sachen, die einmal in der Welt geschehen, können öfters geschehen. Es würden aber dann alle Thäter den Prätext nehmen, wie es Katten wäre ergangen, und weil der so leicht und gut durchgekommen wäre, ihnen dergleichen geschehen müßte. S. K. M. seynd in Dero Jugend auch durch die Schule geloffen, und haben das latei-

nische Sprüchwort gelernet: Fiat Justitia et pereat mundus! Also wollen Sie hiermit, und zwar von Rechtswegen, daß der Katte, ob er schon nach denen Rechten verdient gehabt, wegen des begangenen Crimen Laesae Majestatis mit glühenden Zangen gerissen und aufgehendet zu werden, Er dennoch nur, in Consideration seiner Familie, mit dem Schwert vom Leben zum Tode gebracht werden solle. Wenn das Kriegsrecht dem Katten die Sentence publicirt, soll ihm gesagt werden, daß es Sr. K. M. leid thäte, es wäre aber besser, daß er stürbe, als daß die Justiz aus der Welt käme.“

Friedrich musste bei der Enthauptung seines Freundes in Küstrin anwesend sein.

Im Müller Arnold-Fall hat Friedrich mehrmals eingegriffen:⁹⁹ Nach dem die Mühle versteigert worden war, gelang es den Eheleuten Arnold, Friedrich für diesen Prozess zu interessieren, der eine Kommission zu dessen Überprüfung einsetzte. Die beiden Mitglieder dieser Kommission bewerteten den Fall unterschiedlich: Während Oberst Ulrich von Heucking sich für die Position des Müllers stark machte, sprach sich Regierungsrat Johann Ernst Neumann dagegen aus.¹⁰⁰ Friedrich folgte jedoch der Müller-freundlichen Auffassung und forderte die Neumärkische Regierung auf, den Müller klaglos zu stellen, was diese dahin interpretierte, dem Müller für einen Schadensersatzprozess gegen Baron von Gersdorff Armenrecht zu gewähren. Diesen Prozess verlor Christian Arnold; sein Anwalt legte gegen das klageabweisende Urteil Berufung zum KG ein. Noch vor der Appellationsentscheidung des KG hatten die Arnolds wiederum bei Friedrich interveniert. Dieser forderte die neumärkische Regierung zu einer schnellen Entscheidung auf. Nachdem diese dem König mitteilte, der Fall sei schon entschieden und könne nur durch ein Berufungsurteil des KG geändert werden, forderte Friedrich nun das KG zu einer schnellen Entscheidung auf. Durch ein einstimmiges Votum wies der zuständige Senat des KG die Berufung des Müllers zurück.

Friedrich „hielt [...] die Räte für bestochen und rechtsbeugend“.¹⁰¹ Er wollte ein Exempel statuieren und entließ erstens den Großkanzler Freiherr von Fürst und Kupferberg, ließ zweitens die drei für das Urteil verantwortlichen Kammergerichtsräte Ransleben, Friedel und Graun unmittelbar in das Stadtgefängnis bringen¹⁰², wies drittens das Kammergericht an, die drei Kammergerichtsräte sowie die vier ältesten Räte der neumärkischen Regierung strafrechtlich zu verfolgen und entschied viertens, dass die Fischteiche zugeschüttet werden,¹⁰³ Arnold seine Mühle wiederbekommt und die Räte ihm den infolge der ungerechten Urteile entstandenen Schaden ersetzen sollten. Friedrich hat diese Entscheidungen am

⁹⁴ Schumann, Als die Karpfen „Arnoldinen“ hießen, Die Zeit v. 3.10.1986.

⁹⁵ Entspricht der heutigen Berufung, Frotsher/Pieroth (Fn. 87), Rn. 131.

⁹⁶ Siehe dazu Merten (Fn. 7); Fontane (Fn. 8); v. Ranke (Fn. 14), I S. 471 ff.

⁹⁷ Hinsichtlich des Kronprinzen Friedrich erklärte sich das Gericht für unzuständig und empfahl ihn der Obhut seines Vaters, des Königs.

⁹⁸ Fontane (Fn. 8), S. 427.

⁹⁹ Nach Holtze (Fn. 88), S. 153 ff.

¹⁰⁰ Sendler (Fn. 87), S. 759; siehe auch Preuß (Fn. 51), S. 382 ff.

¹⁰¹ Holtze (Fn. 88), S. 153 f.

¹⁰² Siehe zu diesem Vorgang Preuß (Fn. 51), S. 386 f.

¹⁰³ Interessant ist, dass Baron von Gersdorff bereits im Sommer 1780 die Karpfenteiche wieder herstellen wollte, Preuß (Fn. 51), S. 411.

11.12.1779 in einer „Szene von dramatischer Kraft“¹⁰⁴ gefällt¹⁰⁵ und seine Begründung veröffentlicht und sich so wohl auch selbst unter Zugzwang gesetzt:

„Seine Königliche Majestät werden dahero in Ansehung der wider den Müller Arnold aus der Pommerziger Krebsmühle in der Neumark abgesprochen und hier approbirten höchst ungerechten Sentenz ein nachdrückliches Exempel statuiren, damit sämmtliche Justiz-Collegia in allen dero Provinzien sich daran spiegeln, und keine dergleichen grobe Ungerechtigkeiten begehen mögen. Denn sie müssen nur wissen, dass der geringste Bauer, ja was noch mehr ist, der Bettler, eben sowohl ein Mensch ist, wie Seine Majestät sind, und dem alle Justiz muss wiederfahren werden, indem vor der Justiz alle Leute gleich sind, es mag sein ein Prinz, der wider einen Bauer klagt, oder auch umgekehrt, so ist der Prinz vor der Justiz dem Bauer gleich; und bei solchen Gelegenheiten muss pur nach der Gerechtigkeit verfahren werden, ohne Ansehn der Person. Darnach mögen sich die Justiz-Collegia in allen Provinzien nur zu richten haben, und wo sie nicht mit der Justiz ohne alles Ansehen der Person und des Standes gerade durch gehen, sondern die natürliche Billigkeit bei Seite setzen, so sollen sie es mit Sr. K.M. zu thun kriegen. Denn ein Justiz-Collegium, das Ungerechtigkeiten ausübt, ist gefährlicher und schlimmer, wie eine Diebesbande, vor die kann man sich schützen, aber vor Schelme, die den Mantel der Justiz gebrauchen, um ihre üble Passiones auszuführen, vor die kann sich kein Mensch hüten. Die sind ärger, wie die grössten Spitzbuben, die in der Welt sind, und meritiren eine doppelte Bestrafung.“

Darüber hinaus verurteilte er selbst am 1.1.1780 die meisten Räte zu einem Jahr Festungshaft, da das KG der o.g. Anweisung zu deren strafrechtlichen Verurteilung nicht nachgekommen war.

d) Die gerichts-verfassungsrechtliche Situation

Die verfassungs- und gerichtsverfassungsrechtliche Situation dieser Zeit ist zur heutigen sehr unterschiedlich: Die Staatsform war eine Monokratie – im Gegensatz zur Demokratie. Das bedeutet, dass nicht das Volk, sondern der König der Träger der Staatsgewalt war. Diese Staatsgewalt war zwar organisatorisch, aber keinesfalls verfassungsrechtlich in drei voneinander unabhängige Gewalten unterteilt, vielmehr war der König die eigentliche Staatsgewalt,¹⁰⁶ der in sich alle Staatsfunktionen vereinigte und sie letztlich nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit – weil er nicht alles gesetzlich regeln,

verwalten und rechtlich entscheiden konnte¹⁰⁷ – an andere Personen als Amtsträger delegierte, und diese Ämter im Prinzip jederzeit wieder entziehen konnte. Das Kammergericht war vom König abhängig¹⁰⁸ und die Richter waren infolgedessen keine unabhängigen Richter, sondern weisungsgebundene Beamte.¹⁰⁹

Die weitergehende Konsequenz war, dass wichtige Gerichtsentscheidungen dem König zur Genehmigung vorgelegt werden mussten, und alle gerichtlichen Urteile und Beschlüsse vom König kassiert oder geändert werden konnten. Dies war das Ergebnis eines langen Prozesses, in dem der Kurfürst von Brandenburg im Kampf gegen die Stände die Gerichtsbarkeit an sich gezogen hatte: Der Kurfürst/König war der oberste Gerichtsherr.¹¹⁰ Insofern war Friedrich durchaus berechtigt, in die Rechtsprechung einzugreifen.¹¹¹ Zwar hatte Friedrich in einer Verordnung verkündet: „Wir oder Unser Etatsministerium geben keine Entscheidungen, so die Kraft einer richterlichen Sentenz haben“;¹¹² jedoch war dies für ihn als absoluten Monarchen keineswegs bindend. Auch gab es kein Gewohnheitsrecht, das dieses Recht durch längeren Nichtgebrauch obsolet gemacht hätte, weil sowohl Friedrich Wilhelm I. als auch Friedrich durchaus von diesem Eingriffsrecht Gebrauch gemacht hatten.¹¹³

Erst Recht haben auch diese Ausführungen Friedrichs in seinem Politischen Testament zu keiner Selbstbindung geführt:¹¹⁴ „Ich habe mich entschlossen, in den Gang des gerichtlichen Verfahrens niemals einzugreifen. Vor Gericht sprechen die Gesetze, der Herrscher muss schweigen.“ Denn diese Sätze werden sofort durch die nachfolgenden relativiert:¹¹⁵ „Aber dieses Schweigen hinderte mich nicht, die Augen offen zu halten und das Verhalten der Richter zu überwachen; weiter traf ich die Vorkehrung, dass zwei Räte des höchsten Gerichtshofes alle drei Jahre die Provinzen durchreisen, die Richter prüfen und Verstöße zur Anzeige bringen. Bei Pflichtvergessenheit darf kein Mitleid walten; die Stimme der Witwen und Waisen schreit nach Vergeltung, und es ist die Aufgabe des Fürsten, durch Beweise unerbitterlicher Strenge jeden Beamten im Banne der Pflicht zu halten, wenn er seine Macht schändlicherweise missbraucht und unter dem Schutze von Recht und Gerechtigkeit das Vertrauen der Öffentlichkeit täuscht. Gegenüber solchen Pflichtverletzungen kann ich nur zur äußersten Strenge raten, weil sich der Herrscher zum Mitschuldigen an Verbrechen macht, die er nicht bestraft.“

¹⁰⁴ Holtze (Fn. 88), S. 155; er zitiert Friedrich auch mit dem Ausdruck „Canaille halt’s Maul.“

¹⁰⁵ Zur Umsetzung aller Entscheidungen siehe bei Preuß (Fn. 51), S. 407 ff.

¹⁰⁶ Clark (Fn. 35), S. 227, spricht von der Neigung Friedrichs, „bei der Reflexion über politische Prinzipien die Person des Königs mit der abstrakten Natur des Staates zu verschmelzen.“

¹⁰⁷ Siehe dazu auch die Selbsteinschätzung Friedrichs gegenüber dem Bischof vom Ermelande, unter I. 2.

¹⁰⁸ Holtze (Fn. 88), S. 13 „Tatsächlich war mithin das Kammergericht ein vom Landesherrn abhängiges Gericht [...]“.

¹⁰⁹ Merten (Fn. 7), S. 30.

¹¹⁰ Merten (Fn. 7), S. 30.

¹¹¹ So auch Hattenhauer (Fn. 67), S. 4 f.

¹¹² Zitiert nach Merten (Fn. 7), S. 47.

¹¹³ Merten (Fn. 7), S. 46.

¹¹⁴ Friedrich II. (Fn. 28), S. 902.

¹¹⁵ Friedrich II. (Fn. 28), S. 902 f.

e) Nachtrag und Bewertung

Die Berliner Gesellschaft reagierte auf diese Vorgänge recht unterschiedlich: Während „die meinungsführende Schicht Berlins“ empört war¹¹⁶ und höhere Beamte durch Besuche beim gestürzten Großkanzler ihre Kritik am königlichen Vorgehen bekundeten, wurden andererseits Bürgerhäuser illuminiert, um die Sympathie mit dem König zu bezeugen.¹¹⁷ Friedrich Wilhelm II. (1744-1797) rehabilitierte nach dem Tode Friedrichs die betroffenen Richter, indem er sie für schuldlos erklärte, ihnen die Wiedereinstellung gewährte, das Urteil Friedrichs in Sachen Arnold gegen Baron von Gersdorff aufhob und die Betroffenen aus seinem Vermögen entschädigte.¹¹⁸

Ob Friedrich in der Sache Recht hatte, ist umstritten und lässt sich wohl kaum noch überprüfen: Während *Merten* die zivilrechtliche Auffassung Friedrichs für fehlerhaft hält,¹¹⁹ meint *Wesel*, die Gerichtsurteile gegen Arnold seien rechtswidrig gewesen, weil im Erbpachtprozess (Graf von Schmettau ./. Arnold) wegen der veränderten Umstände der Erbzins hätte gesenkt werden müssen; im Schadensersatzprozess (Arnold ./. v. Gersdorff) hätte Arnold Schadensersatz zugestanden, weil Baron von Gersdorff übermäßige Abwasserableitungen vorgenommen habe.¹²⁰

Auch die Motive für das Eingreifen Friedrichs sind unklar: Teilweise sieht man sein soziales Empfinden als Motor an, teilweise wird unterstellt, Friedrich habe den Eklat zum Anlass nehmen wollen, um den Großkanzler Karl Freiherr von Fürst loszuwerden und durch Graf von Carmer zu ersetzen.¹²¹ Vielleicht war Friedrich aber auch über den Namen Schmettau „gestolpert“. Karl Christoph Graf von Schmettau hatte im siebenjährigen Krieg als Kommandant von Dresden kapituliert¹²², weshalb der Name Schmettau bei ihm keinen guten Klang hatte,¹²³ dies gekoppelt mit dem zunehmenden Altershang zu alleinigen Entscheidungen¹²⁴ konnte dann durchaus zu diesem Eingriffsfeuerwerk führen.

Wie immer man zu den Entscheidungen Friedrichs in der Sache steht, nach unserem Rechtsverständnis handelte es sich um einen Eingriff in die Rechtsprechung, der nach heutigem Recht verfassungswidrig wäre. Nach dem Recht unter Friedrich war der Vorgang allerdings nicht rechtswidrig. Friedrich verstand sich in Übereinstimmung mit der einschlägigen

Literatur¹²⁵ als „Träger der höchsten Staatsgewalt“.¹²⁶ Dies konnte zur Folge haben, dass er entgegen allen politischen Beteuerungen, er werde – wie dies *Montesquieu* verlangt hatte¹²⁷ – nicht in die Rechtsprechung eingreifen konnte, jederzeit in Gerichtsprozesse intervenieren konnte, und in diesem Fall eingegriffen hat, ohne Rechtsbehelfe befürchten zu müssen.

Eben deshalb sind im Laufe der Zeit unterschiedliche Maßnahmen entwickelt worden, um gesetzesfreie Entscheidungen von Herrschern möglichst¹²⁸ zu unterbinden: Zwar wurde im Jahre 1815 auf der einfachgesetzlichen Ebene für Preußen durch einen Erlass „die vollkommene Selbständigkeit der Gerichte“ eingeführt¹²⁹. Allerdings war diese Regelung letztlich für den König – immer noch *legibus absolutus*¹³⁰ – nicht bindend. Erst durch Art. 5 Preußische Verfassung von 1850 wurde der preußische Monarch an die Gesetze gebunden: „Die persönliche Freiheit wird gewährleistet. Die Bedingungen und Formen, unter welchen eine Beschränkung derselben [...] zulässig ist, werden durch das Gesetz bestimmt.“ Ebenso wurde durch Art. 86 Abs.1 dieser Verfassung die richterliche Unabhängigkeit auch gegenüber dem Monarchen eingeführt: „Die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs durch unabhängige, keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfenen Gerichte ausgeübt.“

Allerdings wurde die Rechtsprechung immer noch im Namen des Königs ausgeübt, was sich erst durch die Weimarer Verfassung änderte: In deren Vorspruch heißt es: „Das Deutsche Volk [...] hat sich diese Verfassung gegeben.“ Auf dieser demokratischen Grundlage¹³¹ formuliert dann Art. 1 Abs. 2 WRV: „Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.“ Darüber hinaus wurden in der WRV und dem GG die Gewaltenteilung als Strukturprinzip bestimmt und die staatlichen Funktionen unterschiedlichen Subsystemen zugeordnet; die richterliche Unabhängigkeit wurde ebenso wie der gesetzliche Richter festgeschrieben.¹³² Da solche Prinzipien sich nicht von selbst umsetzen, wurde letztlich den jeweils Be-

¹¹⁶ *Hattenhauer* (Fn. 67), S. 5.

¹¹⁷ *Hubatsch*, Friedrich der Große und die preußische Verwaltung, 1973, S. 219.

¹¹⁸ *Hattenhauer* (Fn. 67), S. 12; *Schumann* (Fn. 94); den Text des Revisionserlasses v. 14.11.1786 findet man bei *Bisky* (Fn. 16), S. 334.

¹¹⁹ *Merten* (Fn. 7), S. 47.

¹²⁰ *Wesel* (Fn. 87).

¹²¹ *Schumann* (Fn. 94).

¹²² Siehe dazu unter II. 4. a).

¹²³ *Luebke* (Fn. 89), S. 383, weist darauf hin, dass Friedrich im Jahre 1783 eine Bitte des Grafen von Schmettau um Hilfen anlässlich des seinerzeitigen Oderhochwassers zurückgewiesen hatte.

¹²⁴ Siehe dazu *von Unruh* (Fn. 50).

¹²⁵ Vgl. statt aller *Wolff*, Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem Gemeinen Wesen, „Deutsche Politik“, 1721/4. Aufl. 1736, 2004, § 441.

¹²⁶ *Dietrich*, in: *Dietrich* (Hrsg.), Politische Testamente der Hohenzollern, 1981, S. 7 (S. 30).

¹²⁷ Siehe dazu zuletzt *Lahusen*, Rechtspositivismus und juristische Methode, Betrachtungen aus dem Alltag einer Vernunfttheorie, 2011, S. 13 ff.

¹²⁸ Einen immer noch grundsätzlich gesetzesfreien Entscheidungsspielraum bietet das Begnadigungsrecht i.S.d. Art. 60 Abs. 2 GG.

¹²⁹ Preußische GS 1815, S. 198.

¹³⁰ So weist *Schwennicke* (Fn. 68), S. 458, darauf hin, dass II 13 §§ 1, 4, 6 und 7 ALR von dem „Princeps legibus solutus“ ausgehen.

¹³¹ *Anschtz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. und 4. Aufl. 1926, Vorspruch Erl. 3, unter Hinweis auf Art. 181 WRV.

¹³² Siehe dazu für das GG die Nachweise bei *Träger*, in: *Fürst/Herzog/Umbach* (Fn. 75), S. 123.

troffenen ein umfangreiches Rechtsbehelfsinstrumentarium an die Hand gegeben, um Verstöße gegen diese Prinzipien zu monieren. Dies reicht von der einfachgesetzlichen Berufung/Beschwerde und Revision/Rechtsbeschwerde über die Verfassungsbeschwerde bis zur Beschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

Der Fall des Müllers Arnold zeigt, dass es sich kaum abschätzen lässt, welche Entscheidung inhaltlich richtig oder falsch war, die der Juristen oder diejenige Friedrichs.¹³³ Damit zeigt sich aber zugleich, dass es keinen Sinn macht, zunächst Rechtsexperten über Rechtsfragen entscheiden zu lassen, um dann ihren Bestand von dem Urteil juristischer Laien abhängig zu machen.

4. Der Überfall auf Sachsen

Seine Betrachtungen über Europa aus dem Jahre 1738 schloss Friedrich mit dem Satz:¹³⁴ „Es ist mit einem Worte eine Schande und Schmach, seine Staaten zugrunde zu richten, eine Ungerechtigkeit und verbrecherische Raubgier, etwas zu erobern, auf das man keinen Anspruch hat.“

a) Der Sachverhalt

Am 29.8.1756 marschierte Friedrich mit seinen Truppen ohne Kriegserklärung in Sachsen ein und eröffneten damit den sog. Siebenjährigen (auch: „Dritter Schlesischer“) Krieg. Dies ist umso bemerkenswerter, als zum einen der sächsisch-polnische König Friedrich „eine Straße durch sein Land für militärische Zwecke“ angeboten hatte¹³⁵ und zum anderen Friedrich den „Erzfeind“ Österreich unmittelbar über Schlesien hätte eingreifen können.

Thomas Mann schreibt hinsichtlich des Einmarsches in Sachsen:¹³⁶ „Von dem Lärm, der sich über diesen unerhörten Friedens- und Völkerrechtsbruch in Europa erhob, macht man sich keine Vorstellung.“

Anders als zu Beginn der ersten beiden Schlesischen Kriege erging hinsichtlich des Überfalls auf Sachsen im Januar 1757 aufgrund eines kaiserlichen Dekrets „den gewaltsamen Einfall in die Chur-Sächsische Lande von denen Chur-Brandenburgischen Völkern betreffend“ ein Reichsschluss mit folgenden Inhalten:¹³⁷

- Der Einmarsch preußischer Truppen wurde als Landfriedensbruch verurteilt.
- Gegen Preußen wurde der Reichskrieg erklärt.

¹³³ Luebke (Fn. 89), S. 388, spricht vom „king deceived“ und beruft sich auf Carl Gottlieb Svarez.

¹³⁴ Friedrich II. (Fn. 28), S. 985 (S. 1007).

¹³⁵ Carlyle (Fn. 6), S. 441.

¹³⁶ Mann (Fn. 17), S. 51; Carlyle (Fn. 6), S. 461, skizziert die Stimmung so: „Die Größe seines Vergehens [...] wurde damals betrachtet als etwas, was alle Berechnungen übersteige und ihn zum allgemeinen Feind der Menschheit stempelte [...]“.

¹³⁷ Benninghoven/Börsch-Supan/Gundermann (Fn. 26), S. 170; siehe dazu auch Friedrich II. (Fn. 33), S. 227 (S. 263 f.).

Das von verschiedenen Reichskreisen, also regionalen Zusammenfassungen mehrerer Herrschaften,¹³⁸ aufgestellte Reichsheer,¹³⁹ das sich – rechtlich gesehen aufgrund der Garantstellung Frankreichs hinsichtlich des Westfälischen Friedens – mit der französischen Armee verbündete, wurde zwar in der Schlacht von Roßbach im November 1757 von den preußischen Truppen geschlagen, konnte allerdings im September 1759 Dresden erobern, das ihnen Karl Christoph Graf von Schmettau „schmählich“ übergeben hatte.¹⁴⁰ Im Jahre 1762 zogen Teile des preußischen Heers nach Nürnberg, Bamberg und Regensburg, um die noch kampfwilligen Reichskreise zum Friedensschluss zu zwingen¹⁴¹ und Kontributionen zu erpressen.¹⁴²

b) Die Verfassungsrechtslage

Wie immer man das Deutsche Reich nach dem Westfälischen Frieden rechtlich einordnet, als Bundesstaat, Staatenbund oder als „einem Monstrum ähnlichen Körper“¹⁴³, der Westfälische Frieden hat sich selbst durchaus als Verfassung dieser Organisation bezeichnet.¹⁴⁴ „Auch soll, zu mehrerer Bekräftigung und Sicherung dieser Bestimmungen samt und sonders, dieser Vertrag eine immerwährende Satzung und ein Grundgesetz des Reiches sein [...]“.

An der Spitze dieses Reiches stand der Kaiser, der vom Kurfürstenrat gewählt wurde, der zuzeiten Friedrichs aus neun¹⁴⁵ Kurfürsten (den Erzbischöfen von Köln, Mainz und Trier sowie dem Herzog von Bayern, König von Böhmen, Kurfürsten von Brandenburg, Herzog von Braunschweig, Pfalzgrafen bei Rhein und Kurfürsten von Sachsen) bestand. Der Kaiser brauchte für alle wesentlichen Entscheidungen die Zustimmung des seit 1663 in Regensburg tagenden Reichstags als der Versammlung der Reichsstände (Kurfürstenkollegium¹⁴⁶, Fürstenkollegium von über 200 Territorialherr-

¹³⁸ Boldt (Fn. 4), S. 257; zu den einzelnen Reichskreisen siehe v. Pufendorf, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 1667 (1994), S. 83.

¹³⁹ Mann (Fn. 17), S. 56.

¹⁴⁰ Carlyle (Fn. 6), S. 601, spricht insofern von „Friedrichs unerträgliche[r] Empfindung von Schmerz und Unwillen – hinsichtlich dieser ganzen Dresdener Affäre [...]“; Friedrich II. (Fn. 33), S. 227 (S. 355 f.) spricht davon, dass sich Dresden unter Schmettau „schmählich ergeben“ habe.

¹⁴¹ Friedrich II. (Fn. 33), S. 227 (S. 486).

¹⁴² Pierer (Hrsg.), Universal-Lexikon oder vollständiges encyclopädisches Wörterbuch, 1835, Stichwort „Siebenjähriger Krieg“.

¹⁴³ So von Pufendorf (Fn. 138), S. 199.

¹⁴⁴ Art. XVII § 2 Osnabrücker Friedensvertrag zwischen dem Kaiser und Schweden 14./24. Oktober 1648, zitiert nach: Willoweit/Seif (Hrsg.), Europäische Verfassungsgeschichte, 2003, S. 190.

¹⁴⁵ Zu den unterschiedlichen Zusammensetzungen des Kurfürstenkollegiums siehe Boldt (Fn. 4), S. 262 f.

¹⁴⁶ Manchmal auch Kurfürstenkollegium oder -kurie genannt; Vergleichbares gilt für die anderen beiden Ständevertretungen auch.

schern und dem Städtekollegium der ca. 50 Reichstädte).¹⁴⁷ Ein Reichsschluss (conclusum imperii) kam nur zustande, wenn alle Kollegien und der Kaiser übereinstimmten.¹⁴⁸

Inhaltlich bestand das Reichsverfassungsrecht aus einem Konglomerat von Bullen, Friedensverträgen, Reichsgesetzen, römischem Recht und Gewohnheitsrecht,¹⁴⁹ die im Wesentlichen in der Zeit zwischen dem Reichstag zu Worms 1495 bis zum Westfälischen Frieden 1648 reformiert worden sind.¹⁵⁰ Für unseren Zusammenhang ist als lex posterior zunächst der Westfälische Friede der normative Ausgangspunkt. Er ordnet – insofern den Allgemeinen Landfrieden des schon erwähnten¹⁵¹ Kaisers Friedrich II. (1194-1250) aus dem Jahre 1235 und den Ewigen Landfrieden des „Römischen Königs“¹⁵² Maximilian (1459-1519) aus dem Jahre 1495¹⁵³ wiederholend – gegenüber den Mitgliedern des Deutschen Reiches an, dass „alle Gewalt und Tötlichkeiten [...] auf alle Zeit verboten ist.“¹⁵⁴ In Art. VIII § 1 des Osnabrücker Vertrags heißt es dann weiterhin: „Damit aber vorgesorgt sei, dass künftig in der politischen Ordnung keine Streitigkeiten entstehen, sollen alle und jede Kurfürsten, Fürsten und Stände des Römischen Reichs in ihren alten Rechten, Vorzügen, Freiheit, Privilegien und der freien Ausübung der Landeshoheit sowohl in geistlichen als auch in weltlichen Angelegenheiten, in ihren Gebieten, Regalien und deren aller Besitz kraft dieses Vertrages so befestigt und bestätigt sein, dass sie von niemanden jemals unter irgendeinem Vorwand gestört werden können oder dürfen.“¹⁵⁵

Außerdem nehmen Art. VIII § 2 und Art. XVII § 8 auf den Ewigen Landfrieden (ELF) des Reiches Bezug. § 1 ELF lautet so:¹⁵⁶

„Also das von Zeit diser Verkündung niemand, von was Wirden, Stats oder Wesens der sey, den andern bevehden, bekriegen, berauben, vahn, überziehen, belegen, auch dartzu durch sich selbs oder yemand anders

von seinen wegen nicht dienen, noch auch ainich Schloß, Stet, Märckt, Bevestigung, Dörffer, Höff oder Weyler absteigen oder on des andern Willen mit gewaltiger Tat frevenlich einnemen oder gevarlich mit Brand oder in ander Weg dermassen beschedigen sol, auch niemands solichen Tätern Rat, Hilf oder in kain ander Weis kain Beystand oder Fürschub thun, auch sy wissentlich oder gevarlich nit herbergen, behawsen, essen oder drencken, enthalten oder gedulden, sonder wer zu dem andern zu sprechen vermaint, der sol sölichs suchen und tun an den Enden und Gerichten, da die Sachen hievor oder yetzo in der Ordnung des Camergerichts¹⁵⁷ zu Außtrag vertädigt sein oder künftiglich werden oder ordenlich hin gehörn.“

Bei Verstößen gegen diese Friedenspflicht ist der Betroffene der Reichsacht¹⁵⁸ verfallen (§ 3 ELF), er ist wegen Friedensbruch zu verfolgen (§ 4 ELF), den „Bekriegten“ ist durch geeignete Maßnahmen Schutz zu gewähren (§ 6 ELF), die Helfer bei der Verletzung des Landfriedens sind festzunehmen und zu bestrafen (§ 7 ELF). Einzelheiten sind in der Reichsexekutionsordnung im Rahmen des Augsburger Reichsabschieds (auch bekannt als Augsburger Religionsfrieden) im Jahre 1555¹⁵⁹ festgelegt, die damit auch der Durchsetzung der Vorschriften des Westfälischen Friedens diene.¹⁶⁰

c) Die Völkerrechtslage

Auch insofern war der Westfälische Friede von 1648 der Ausgangspunkt, weil er nicht nur ein Teil der Verfassung des Reiches, sondern auch ein internationaler Friedensvertrag war,¹⁶¹ den nicht nur Reichsstände, sondern auch Staaten außerhalb des Reichs unterzeichnet hatten – und zwar die Franzosen die (katholische) Münster-Variante und die Schweden die (protestantische) Osnabrück-Variante. Insofern gelten die Ausführungen unter II. 4. b) auch unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten.

Dieser völkerrechtliche Vertrag wird jedoch überlagert durch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts, die u.a. beschreiben, wann ein Krieg gerecht ist:

Lange Zeit war aus der christlichen Sichtweise jeder Krieg Sünde; erst Aurelius Augustinus (354-430) entwickelte die Lehre vom gerechten Krieg (bellum iustum).¹⁶² Der gerechte Krieg zielte letztlich auf die Wiedergutmachung von

¹⁴⁷ Siehe dazu *Gotthard*, in: Hoffmann u.a. (Hrsg.), *Als Frieden möglich war, 450 Jahre Augsburger Religionsfrieden*, 2005, S. 84; *Neuhaus*, in: Schilling/Heun/Götzmann (Hrsg.), *Heiliges Römisches Reich deutscher Nation, Altes Reich und neue Staaten 1495 bis 1806*, Essays, 2006, S. 43.

¹⁴⁸ Vgl. *Frotscher/Pieroth* (Fn. 87), Rn. 96 f.

¹⁴⁹ *Boldt* (Fn. 4), S. 263; *Willoweit*, in: Schilling/Heun/Götzmann (Fn. 147), S. 81 (S. 85 f.).

¹⁵⁰ *Boldt* (Fn. 4), S. 254.

¹⁵¹ Siehe unter I. 2.

¹⁵² Maximilian I. war erst seit 1508 Kaiser des Heiligen Römischen Reiches.

¹⁵³ *Möser*, *Politische und juristische Schriften*, 2001, S. 308 f. lässt mit dem Maximilianschen Landfrieden die Geschichte des deutschen Reichs beginnen.

¹⁵⁴ Art. V § 1 Osnabrücker Friedensvertrag (Fn. 144), S. 188.

¹⁵⁵ Art. VIII § 2 Osnabrücker Friedensvertrag (Fn. 144), S. 188.

¹⁵⁶ Zitiert nach Landfriede Maximilians I. 1495 (Ewiger Landfriede), unter:

<http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Fontes.htm>

(zuletzt abgerufen am 30.10. 2011).

¹⁵⁷ Hier ist das Reichskammergericht gemeint.

¹⁵⁸ Siehe dazu auch *v. Pufendorf* (Fn. 138), S. 133, unter Hinweis auf Art. 28 Wahlkapitulation Leopold I im Jahre 1658.

¹⁵⁹ Abgedruckt bei *Zeumer*, *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 2. Aufl. 1913, S. 347 ff; siehe dazu *Kotulla*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2008, Rn. 60 f.; *Neuhaus* (Fn. 147), S. 47.

¹⁶⁰ *Volkert*, in: Kraus (Hrsg.), *Handbuch der bayerischen Geschichte*, Bd. III/3, 1995, S. 225 (S. 232).

¹⁶¹ *Boldt* (Fn. 4), S. 275.

¹⁶² *Augustinus*, *Vom Gottesstaat* (425), eingeleitet und kommentiert von C. Andresen, 1978, XIX 7.

Unrecht und hing entscheidend von der gerechten Absicht (intentio recta) des Kriegsherrn ab.¹⁶³

Wenn man in Deutschland vom Völkerrecht spricht, muss man für die Zeit Friedrichs *Johann Gottlieb Heineccius* (1681-1741) und *Christian Wolff* (1679-1754) zitieren. Der erste war seinerzeit der bekannteste deutsche Rechtsgelehrte und musste auf Befehl Friedrich Wilhelms I. 1733 von der Universität Frankfurt (Oder) an die Universität Halle wechseln, um deren Anziehungskraft zu erhöhen.¹⁶⁴ *Heineccius* hatte im Jahre 1737 die „Grundlagen des Natur- und Völkerrechts“ veröffentlicht. Dort heißt es in Buch II § 195:¹⁶⁵

„Da freie Völker Krieg führen zur Durchsetzung ihres Rechtes [...], folgt hieraus ferner, dass es nur zwei Gründe gibt, die zur Kriegsführung berechtigen: der eine ist, wenn ein auswärtiges Volk ein anderes unrechtmäßig schädigt und es der Freiheit, des Lebens und seiner Güter berauben will; der andere wenn es ihm ein unbedingtes Recht verweigerte.“

Christian Wolff hatte 1736 seine „Deutsche Politik“ veröffentlicht, wo es in dem Kapitel „Von dem Krieg“ heißt:¹⁶⁶

„[S]o kann auch ein Landesherr sich mit anderen Staaten in Krieg einlassen, wenn sie seinem Staat Schaden tun oder Schaden tun wollen und kein anderes Mittel, solchen abzuwenden, übrig ist.“

Die Schrift *Wolffs* dürfte Friedrich vor allem deshalb zur Kenntnis genommen haben,¹⁶⁷ weil eben dieser *Christian Wolff* von Friedrichs Vater 1723 wegen des Verdachts atheistischer Lehren aus Preußen ausgewiesen und von Friedrich unmittelbar nach seiner Thronbesteigung wieder an die Universität Halle zurückgeholt worden war.¹⁶⁸

Dass Friedrich durchaus in völkerrechtlichen Dimensionen denken konnte, zeigen seine entsprechende Einschätzung von Eroberungen im Antimachiavell: „[D]ie Löblichkeit hängt doch davon ab, ob das Unternehmen des Eroberers auch das Recht auf seiner Seite hat.“¹⁶⁹ sowie seine Anfrage bei dem britischen König anlässlich des Einmarschs der „Pragmatischen Armee“ in Deutschland im Jahre 1743:¹⁷⁰

„Was in aller Welt eine solche Invasion des Deutschen Reiches, das Einführen fremder Truppen in das Reich *auf diese unbefugte Weise*, bedeuten solle?“

Nach den Grundsätzen des gerechten Kriegs darf ein Staat einen anderen Staat nur dann angreifen, wenn er von diesem unrechtmäßig angegriffen wurde oder ein solcher Angriff unmittelbar bevorsteht. Da von Sachsen keine kriegerische Bedrohung Preußens ausging, konnten sich nicht nur Sachsen, sondern auch Frankreich und Schweden als Signaturmächte des Westfälischen Friedens auf das Völkerrecht berufen.¹⁷¹ Deshalb sahen sich beide Staaten als legitimiert an, gegen Preußen militärisch vorzugehen.¹⁷²

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass Friedrich theoretisch der Auffassung war, selbst wenn ein Fürst Verträge brechen müsse, gebiete es der Anstand, die betroffenen Vertragspartner davon rechtzeitig zu benachrichtigen;¹⁷³ eine Position, der von einigen Völkerrechtlern völkerrechtliche Normativität zugeschrieben wurde,¹⁷⁴ an die sich Friedrich bei dem Überfall auf Sachsen im Jahre 1756 jedenfalls nicht gehalten hat.

d) Nachtrag und Bewertung

Mit dem Friedensschluss von Hubertusburg wurde der Siebenjährige Krieg 1763 beendet – und zwar mit der Akzeptanz des „status ante bellum“ zwischen Österreich und Preußen¹⁷⁵ bezüglich Schlesiens: Es blieb Teil von Preußen.

Hinsichtlich der juristischen Bewertung des Überfalls auf Sachsen – Friedrich spricht vom „Einfallen“¹⁷⁶ – fällt auf, dass Friedrich keinen ernsthaften Versuch der Rechtfertigung dieses Vorgangs unternahm.¹⁷⁷ In seiner Geschichte des Siebenjährigen Krieges fragt er hinsichtlich eines Angriffs von Frankreich auf Portugal:¹⁷⁸ „Aber ist das ein Grund zu einem so unberechtigten Angriff?“ und bleibt die Antwort nicht schuldig: „O Völkerrecht, wie leer und eitel ist doch dein Studium?“ Dies führt dann unmittelbar zu einer Nihilisierung des Kriegsrechts als Teil des Völkerrechts, die schon Marcus Tullius Cicero (106-43 v. Chr.) so formuliert hat: „Silent enim leges inter arma“¹⁷⁹. Schon 1738, also noch vor seiner Königszeit, hatte Friedrich in den Betrachtungen über den Zustand Europas geschrieben:¹⁸⁰ „Die Invasionspolitik hat

¹⁷¹ So auch *Richter* (Fn. 39), S. 47.

¹⁷² Siehe dazu *Friedrich II.* (Fn. 33), S. 262 f.

¹⁷³ *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 850.

¹⁷⁴ Vgl. die Nachweise bei *Heineccius*, in: *Heineccius* (Fn. 164), S. 473 f.

¹⁷⁵ Fast zeitgleich beendeten Frankreich und England durch den Vertrag von Paris den Siebenjährigen Krieg in Übersee, durch den Frankreich seine nordamerikanischen Kolonien verlor.

¹⁷⁶ *Friedrich II.* (Fn. 33), S. 252.

¹⁷⁷ *Friedrich II.* (Fn. 33), S. 227, nennt einerseits zwar die „offenbaren bösen Absichten“ Sachsens (S. 252), ohne sie jedoch zu belegen.

¹⁷⁸ *Friedrich II.* (Fn. 33), S. 446.

¹⁷⁹ *Cicero*, *Sämtliche Reden*, Bd. 6, 2000, S. 327, Rn 11: „Denn inmitten der Waffen verstummen die Gesetze.“

¹⁸⁰ *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 992.

¹⁶³ Siehe *Nußberger*, *Das Völkerrecht – Geschichte, Institutionen, Perspektiven*, 2010, S. 58 f.

¹⁶⁴ *Bergfeld*, in: *Heineccius*, *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts* (1737), 1994, S. 507 (S. 518).

¹⁶⁵ *Heineccius*, in: *Heineccius* (Fn. 164), S. 470.

¹⁶⁶ *Wolff* (Fn. 125), § 498; später (1754) hat *Wolff* die rechtlichen Aspekte in „Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhang hergeleitet werden“ vertieft.

¹⁶⁷ Zur Beschäftigung Friedrichs mit den Schriften *Wolffs* siehe *Ogris* (Fn. 2), S. 53 f.

¹⁶⁸ *Benninghoven/Börsch-Supan/Gundermann* (Fn. 26), S. 62.

¹⁶⁹ *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 866.

¹⁷⁰ Zitiert nach *Carlyle* (Fn. 6), S. 305 (*Hervorhebung d. Verf.*)

den Grundsatz: der erste Schritt zur Eroberung eines Landes sei, zunächst dort Fuß zu fassen; denn das ist das Schwerste – das übrige wird durch Waffenglück und das Recht des Stärkeren entschieden.“

Dabei muss man sich darüber im Klaren sein, dass die Formulierung vom „Recht des Stärkeren“ keine normative, sondern eine faktische Beschreibung ist. Sie ist spätestens seit einem der ersten europäischen Historiker, Thukydides (460-400 v. Chr.), bekannt: „Unseres Erachtens gilt nämlich in der ganzen Welt, bei der Gottheit, wie wir glauben, unter Menschen *erfahrungsmäßig*, eben ein für allemal das Recht des Stärkeren.“¹⁸¹ In der Natur gilt – cum grano salis – die Bestenauslese, und das meint letztlich „survival of the fittest“. Die Natur folgt ausschließlich den (kausalen) Naturgesetzen – und die kennen weder Gut noch Böse, weder Recht noch Unrecht. Um die schwächeren Menschen vor der ungebremsten Kraft der Starken zu schützen, eine Situation, die Friedrich selbst an anderer Stelle unter der Bezeichnung „Recht des Stärkeren“ als ungerecht und barbarisch gegeißelt hatte,¹⁸² haben Rechtstheoretiker von ganz unterschiedlichen Positionen und mit ganz unterschiedlichen Ergebnissen den Staat und das Recht konstruiert:

Thomas Hobbes (1588-1679) konstruierte den Staat und das Recht zum Schutz von Leben, Gesundheit und Vermögen der schwachen vor den starken Menschen und räumte dem Staat die absolute Macht über alle Menschen ein, eben um den Schutz der Personen zu sichern, die sich selbst nicht erfolgreich gegen die Gewalt anderer wehren können.¹⁸³

Ähnlich ist auch der Ausgangspunkt eines der Begründer des Völkerrechts, Hugo Grotius (1583-1645), der einen Ansatz für die Entwicklung des Kriegsrechts darin sah, die Sicherheit der Staatengemeinschaften und damit auch deren Bürger zu garantieren.¹⁸⁴

Dies scheint auch Friedrich so gesehen zu haben¹⁸⁵, wenn er in seinem Antimachiavell ausführte, „dass heutzutage der natürliche Wunsch des Menschen die Erhaltung seiner Habe, ihr Wachsen auf rechtmäßigem Wege ist [...]. Das Verlangen, sich auf Kosten des anderen zu vergrößern, wird in der Vorstellung anständiger Menschen, die auf die Hochachtung der Mitwelt Wert legen, nicht gar leicht Raum finden.“¹⁸⁶ Etwas weiter heißt es hier: „Herrschte nur die Missetat auf der Welt, dann ginge das Menschengeschlecht zugrunde, ohne die Bande der Sitte gibt es keine Sicherheit des Menschen.“¹⁸⁷

Unter normativen Aspekten kann man die Diskussion um das „Recht des Stärkeren“ mit der österreichischen Schriftstellerin *Ebner-Eschenbach* (1830-1916) so zusammenfassen:¹⁸⁸ „Das Recht des Stärkeren ist das stärkste Unrecht.“

Die Frage des Überfalls auf Sachsen – und die daraus vor allem von den unteren Schichten zu tragenden Mühsale und Leiden¹⁸⁹ – hat Friedrich „souverän“ gefällt. Unabhängig von dem unter dem Aspekt seiner Kriegsziele letztlich glücklichen Ausgang führte der Siebenjährige Krieg zu 400.000 preußischen¹⁹⁰ und 100.000 sächsischen¹⁹¹ Toten.

Aber leider haben – auch rechtswidrige – Erfolge Nachahmer, und dementsprechend überfielen die deutschen Truppen zu Beginn des Ersten Weltkriegs 1914 im Rahmen des sog. Schlieffen-Planes Belgien, dessen Neutralität auch von Preußen garantiert worden war, um von Norden her nach Frankreich einzurücken. Eines der Ergebnisse dieses völkerrechtswidrigen Überfalls auf Belgien war der Eintritt Großbritanniens in den Ersten Weltkrieg.

Solche Kriegsentscheidungen sind deshalb heute in der Bundesrepublik Deutschland in erster Linie von einem Votum des Parlaments abhängig und dieses ist inhaltlich nicht frei, sondern muss sich an Art. 26, 115a GG und die Vorgaben des Völkerrechts¹⁹² halten, nach denen Waffengewalt gegen andere Staaten nur dann eingesetzt werden darf, wenn das Bundesgebiet¹⁹³ mit Waffengewalt angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar bevorsteht.

III. Zusammenfassung

Man muss sicherlich akzeptieren, dass Recht kein ausschließliches Steuerungsinstrument staatlichen Verhaltens ist; eine solche Betrachtungsweise würde zu einem Rechtsrigorismus führen. Allerdings muss man darauf bestehen – ansonsten ist die Proklamation der Rechtsstaatlichkeit bzw. der rule of law nichts anderes als leeres Geschwätz –, dass Recht staatliches Verhalten – zumindest auch – begrenzt; auch und gerade in Grenzsituationen. Deshalb ist das – innerstaatliche – Überschreiten der Grenze zwischen der Regierungstätigkeit und der Rechtsprechung ebenso wenig akzeptabel wie der Überfall eines Staates, der durch kein Völkerrechtsargument gerechtfertigt ist. Würdigt man insofern die drei untersuchten rechtsrelevanten Verhaltensweisen¹⁹⁴ Friedrichs, lässt sich wohl folgendes sagen:

Das An-die-Kandare-Nehmen der Rechtsprechung durch das Verbot eigenständiger Interpretationen in sog. hard cases ist zwar ein legitimes, allerdings sowohl erkenntnistheoretisch als auch justizpraktisch letztlich erfolgloses Mittel; hier

¹⁸¹ *Thukydides*, Geschichte des peloponnesischen Krieges (Mitte 4. Jhdt v. Chr.), 1964, Fünftes Buch, Kap. 105; *Herzvorhebung des Verf.*

¹⁸² *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 878.

¹⁸³ *Hobbes*, Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates (1651), 1966, S. 131 ff.

¹⁸⁴ *Grotius*, Vom Recht des Krieges und des Friedens (1625), 1950, S. 35 f.

¹⁸⁵ Zur Beschäftigung Friedrichs mit Grotius siehe *Ogris* (Fn. 2), S. 58 f.

¹⁸⁶ *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 779.

¹⁸⁷ *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 782.

¹⁸⁸ *V. Ebner-Eschenbach*, in: *Roček* (Hrsg.) Aphorismen, Erzählungen, Theater, 1988, S. 11 (S. 19).

¹⁸⁹ *Brandt* (Fn. 56), S. 45 (S. 46 ff.).

¹⁹⁰ *Bendikowski* (Fn. 16), S. 102.

¹⁹¹ *Taylor* (Fn. 44), S. 34.

¹⁹² Siehe Art. 33, 51 Charta der Vereinten Nationen

¹⁹³ Beachte allerdings die Ausweitung des Angriffsgebiets infolge Art. 24 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 5 des NATO-Vertrages auf die Territorien der Mitgliedstaaten der NATO.

¹⁹⁴ Zur Einschätzung unter Verwaltungsaspekten siehe *Prüm*, VR 2012, Februar-Heft.

kann der Gesetzgeber die Justiz nur durch wohl formulierte Gesetze im Zaum halten. „Ein vollkommenes Gesetzbuch würde das Meisterstück des menschlichen Geistes in der Regierungskunst sein. [...] Doch vollkommene Dinge sind nicht Sache der Menschheit.“¹⁹⁵

Doch das Auseinanderfallen von Theorie und Praxis des „roi philosophe“¹⁹⁶ fällt auch in den beiden anderen Fällen deutlich ins Auge. Friedrich stellte den Erfolg über alles; man kann es auch anders sagen: Der Zweck heiligt die Mittel. Immerhin lautet II (Teil) 13 (Titel) § 4 ALR: „Dem Oberhaupte im Staate gebühren daher alle Vorzüge und Rechte, welche zur Erreichung dieser Endzwecke erforderlich sind.“ Allerdings gilt auch für Friedrich „den Großen“ dieser Satz von *Thomas Fischer*: „Der Mensch ist schwach, deshalb haben wir doch das Rechtssystem, also ein System rechtlicher Kontrolle, weil der Mensch schwach ist.“¹⁹⁷

Als Monokrat sah Friedrich ausschließlich sich selbst als den Creator und Träger der Staatsgewalt: Sein Wille und seine Ziele waren wichtig und dazu konnte er sich – wie soeben zitiert – aller Mittel bedienen. Er konnte gerichtliche Interpretationen verbieten, Gerichtsentscheidungen kassieren und Kriege beginnen. Die Durchsetzung des königlichen Willens hatte Priorität. Sollte dies aber nicht möglich sein: *Pereat Borussia*. Dies kommt deutlich in Friedrichs Brief an Heinrich Graf von Podewills v. 27.4.1745 zum Ausdruck:

„Wenn aber alle meine Hilfsquellen, alle meine Unterhandlungen versagen, kurz alles sich gegen mich erklärt, will ich lieber mit Ehren untergehen, als für mein ganzes Leben Ruhm¹⁹⁸ und guten Namen verlieren. Ich habe es zu meiner Ehrpflicht gemacht, mehr als irgendein anderer zur Vergrößerung meines Hauses beizutragen [...] und ich will entweder meine Stellung behaupten oder ich will, dass alles zugrunde gehe und der preußische Name mit mir begraben werde.“¹⁹⁹

Unter dem Aspekt des Erfolgs hat Friedrich Glück gehabt; er selbst sprach vom „Mirakel des Hauses Brandenburg“.²⁰⁰ Sein Eingreifen zugunsten des Müllers Arnold wird etwa von *Wesel* positiv gewürdigt;²⁰¹ Friedrich gewann letztlich den Siebenjährigen Krieg und konnte – auch infolge dieses Sieges – Preußen um ca. 45.000 Quadratkilometer vergrößern und so den Grundstein zum Aufstieg Preußens zur europäischen Großmacht legen. Er selbst meinte schon sehr früh zu dem Thema Ruhm und Glück: „Von den Wagehälsen, die zugrunde gingen, spricht man nicht, sondern immer nur von denen, die durch Glück begünstigt waren.“²⁰² Deshalb wird er Friedrich der Große genannt.

Unter dem Scheinwerfer des Rechts²⁰³ wird man ihm diesen Zusatz jedoch verwehren, schrieb er doch selbst: „Es ist ganz falsch zu behaupten, dass ein Fürst straflos unrecht tun kann: [...] sobald sein Maß voll ist – sein Ruf wird [...] vernichtet sein.“²⁰⁴ Es ist insofern auch wohl kein Zufall, dass der französische Revolutionär und Diplomat, *Gabriel Honoré Comte de Mirabeau* (1749-1791), anlässlich des Todes Friedrichs bemerkte: „Es herrschte Totenstille, aber keine Trauer; man zeigt sich benommen ohne Kummer. Man sieht in kein Gesicht, das nicht den Ausdruck von Erleichterung, von Hoffnung trüge. Kein Bedauern wird laut, man hört keinen Seufzer, kein lobendes Wort! Ist das das Resultat so vieler gewonnener Schlachten, so vielen Ruhms? Ist das das Ende einer beinahe ein halbes Jahrhundert währenden Regierung, die so reich war an glanzvollen Taten? Alle Welt wünschte das Ende herbei – alle Welt beglückwünscht sich.“²⁰⁵

¹⁹⁵ *Friedrich II.* (Fn. 27), S. 84 f.

¹⁹⁶ *Clark* (Fn. 35), S. 221.

¹⁹⁷ *Rückert*, Der unbequeme Richter, *Die Zeit* v. 6.10.2011, S. 17 (S. 19).

¹⁹⁸ Zur Ruhmsucht Friedrichs siehe vor allem *Luh* (Fn. 16), S. 9 ff.

¹⁹⁹ *Benninghoven/Börsch-Supan/Gundermann* (Fn. 26), S. 94; siehe dazu auch *Füssel*, *Friedrich der Große und die militärische Größe*, 2009, Fn. 1. Ähnlich später Adolf Hitler, in dessen Bunkerwohnraum ein Bild Friedrichs II. von Anton Graff (1736-1813) hing: „Ein Volk, das unter meiner Führung nicht zu siegen versteht, ist nicht wert, weiter in der Geschichte zu existieren.“ (zitiert nach *Schulz*, *Drei Jahre in der Nachrichtenzone des Führerhauptquartiers*, 2. Aufl. 1997, S. 134). Zu Friedrich als „Der große König der Nazis“ *Bendikowski* (Fn. 16), S. 255 ff; man kann hier nur an den Satz von Friedrich selbst erinnern: „Nichts wirkt verführerischer als das schlechte Beispiel.“, *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 803.

²⁰⁰ *Friedrich II.*, Brief v. 1. 9. 1759 an seinen Bruder Heinrich; vgl. auch *Sternberger* (Fn. 58).

²⁰¹ *Wesel* (Fn. 87).

²⁰² *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 888.

²⁰³ Siehe zur Scheinwerfertheorie *Popper*, *Alles Leben ist Problemlösen, Über Erkenntnis, Geschichte und Politik*, 1994, S. 175.

²⁰⁴ *Friedrich II.* (Fn. 28), S. 783.

²⁰⁵ Zitiert nach *Kunisch* (Fn. 16), S. 536.

Die mutmaßliche Einwilligung

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam*

Als Strafrechtslehrer habe ich schon mehrmals erlebt, dass die meisten Bearbeiter eines Klausurfalles, bei dem der Täter eines versuchten Einbruchsdiebstahls sich durch Einschlagen eines Fensters Zutritt zu einem fremden Haus verschafft, wo er dann z.B. durch Ausschalten eines versehentlich eingeschaltet gelassenen Bügeleisens oder Zudrehen eines geöffneten Wasserhahnes einen schweren Schaden an Haus und Einrichtungsgegenständen des verzeigten Eigentümers verhindert,¹ zwar ausführlich rechtfertigenden Notstand, nicht aber mutmaßliche Einwilligung prüfen. Die Information von der Existenz dieses Rechtfertigungsgrundes scheint also in das Bewusstsein vieler Studierender noch nicht eingedrungen oder zumindest dort nicht fest genug verankert zu sein. Es besteht aber kein Zweifel an der Examensrelevanz dieses strafrechtlichen Themas, zumal – um auf den Klausurfall zurück zu kommen – bei zutreffender Würdigung eine Rechtfertigung des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) und der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) an dem Fenster auf der Grundlage des Notstands (§ 34 StGB) im Ergebnis zu verneinen wäre.² Dass die Studierenden nicht wussten, warum § 34 StGB – entgegen der h.M. – unanwendbar ist, machte die Sache natürlich auch nicht besser. Noch weniger als die Einwilligung – die immerhin in § 228 StGB Erwähnung findet – hat die mutmaßliche Einwilligung eine positivgesetzliche Grundlage. Ihre Anerkennung als Bestandteil des geltenden Rechts beruht auf Gewohnheitsrecht.³ Dies verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG, da dieses Gewohnheitsrecht dem Täter zum Vorteil gereicht.

I. Abgrenzung zu anderen Rechtfertigungsgründen

1. Einwilligung

Schon der Name zeigt die Nähe zur Einwilligung an. Ob mutmaßliche Einwilligung und Einwilligung auf derselben dogmatischen Ebene – der Rechtswidrigkeit – stehen, ist jedoch in der modernen Strafrechtslehre alles andere als feststehend. Inzwischen existiert eine beachtliche Schar Anhän-

ger der Auffassung, die Einwilligung sei gar kein Rechtfertigungsgrund,⁴ sondern schließe stets bereits die objektive Tatbestandsmäßigkeit aus.⁵ Demgegenüber steht außer Frage, dass die mutmaßliche Einwilligung niemals tatbestandsausschließende Wirkung haben kann, sondern ein Rechtfertigungsgrund ist.⁶ Ein „mutmaßliches Einverständnis“ gibt es nicht,⁷ ebenso wenig ein „mutmaßliches Verlangen“ bei § 216 StGB. Für die Frage der Abgrenzung ist der Streit um die richtige Platzierung der Einwilligung im Aufbau der Straftat jedoch ohne Belang. Naturgemäß besteht zwischen mutmaßlicher Einwilligung und Einwilligung eine starke Ähnlichkeit. Wie unten (II. 1.) noch näher darzustellen sein wird, stimmen die Merkmale beider Rechtfertigungsgründe weitgehend überein. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass in der Situation der mutmaßlichen Einwilligung der betroffene Rechtsgutsinhaber überhaupt keinen tatbezogenen Willen bilden kann und demgemäß erst recht keine Einwilligung – oder deren Gegenteil: Ablehnung einer Einwilligung – erklären kann. Im Erlaubnistatbestand der mutmaßlichen Einwilligung bedarf es also eines Surrogates für das zentrale Einwilligungselement, die tatsächliche und auch kundgegebene Zustimmung des Rechtsgutsinhabers zu der Tat (dazu unten II. 2.).

2. Rechtfertigender Notstand

Da die Situationen, in der eine mutmaßliche Einwilligung anwendbar sein könnte, oftmals den Charakter einer Gefahrenlage haben, liegt auch die Anwendung des Rechtfertigungsgrundes „Notstand“ (§ 34 StGB) nahe (siehe den in der Einleitung erwähnten „Bügeleisen-Fall“).⁸ Deswegen ist verständlich, dass in der akademischen Diskussion über das „Wesen“ der mutmaßlichen Einwilligung auch die Meinung vertreten wird, es handle sich um einen Sonderfall des rechtfertigenden Notstands.⁹ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass mutmaßliche Einwilligung nicht nur in Gefahren-

* Der Verf. ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

¹ Vgl. das Beispiel bei Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, Rn. 477; Lenckner, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, 1966, S. 165 (S. 182); Roxin, in: Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 447.

² Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 54.

³ Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, § 19 Rn. 1, Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2011, Rn. 677; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 46; Müller-Dietz, JuS 1989, 280 (281); Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2011, § 23 Rn. 1; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 18 Rn. 8.

⁴ So die wohl immer noch h.M., vgl. Groppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 37; Kühl (Fn. 3), § 9 Rn. 22; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2011, § 25 Rn. 123.

⁵ Roxin (Fn. 3), § 13 Rn. 12 ff.

⁶ Kindhäuser (Fn. 3), § 19 Rn. 2; Rengier (Fn. 3), § 23 Rn. 47; Roxin (Fn. 3), § 18 Rn. 3; Roxin (Fn. 1), S. 447 (S. 449).

⁷ Krey/Esser (Fn. 3), Rn. 677; Rengier (Fn. 3), § 23 Rn. 48; unzutreffend Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, vor § 32 Rn. 4a, der verkennt, dass bei § 123 Abs. 1 StGB die objektive Tatbestandsmäßigkeit nicht durch einen „entgegenstehenden Willen“, sondern durch das Fehlen eines Einverständnisses begründet wird.

⁸ Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 34 VII 1 a.

⁹ Fischer (Fn. 7), vor § 32 Rn. 4: „Institut zwischen Einwilligung und rechtfertigendem Notstand“; Haft, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 80; Krey/Esser (Fn. 3), Rn. 677.

Situationen, sondern auch unter Umständen anwendbar sein kann, unter denen der tatbestandsmäßige Eingriff in das Rechtsgutobjekt erforderlich ist, um dem Rechtsgutshaber einen Vorteil zu sichern, der nicht die Eigenschaft „Abwendung einer Gefahr“ hat. Außerdem ist bei der mutmaßlichen Einwilligung – anders als bei § 34 StGB – nicht Rechtfertigungsvoraussetzung, dass das Interesse an der Begehung der Tat das Interesse an ihrer Nichtbegehung „wesentlich überwiegt“. Vielmehr wird es mitunter so sein, dass der betroffene Rechtsgutshaber überhaupt kein Interesse daran hat, dass die tatbestandsmäßige Tat nicht begangen wird. Wie bei der Einwilligung lässt sich auch bei der mutmaßlichen Einwilligung – jedenfalls in bestimmten (nicht in allen) Fällen – die Rechtfertigung auf das Prinzip des „mangelnden Rechtsguterhaltungsinteresses“ zurückführen.¹⁰ Zutreffend ist daher die Standortbestimmung von *Roxin*, wonach die mutmaßliche Einwilligung zwischen Einwilligung und rechtfertigendem Notstand steht.¹¹ Auf keinen Fall darf durch Anwendung des § 34 StGB ein gefahrabwendender Eingriff in Rechtsgüter der gefährdeten Person gerechtfertigt werden, wenn diese Person diesen Rettungseingriff nicht will.¹² Dies gilt vor allem für ärztliche Heileingriffe.¹³

3. Geschäftsführung ohne Auftrag

Ähnlichkeit hat das Verhalten des von einer mutmaßlichen Einwilligung gedeckten Täters manchmal mit dem Verhalten eines Geschäftsführers ohne Auftrag.¹⁴ Denn der Täter besorgt eine Angelegenheit, die an sich in den Aufgabenkreis des betroffenen Rechtsgutshabers fällt und die dieser eigenhändig selbst erledigen würde, wenn er dazu in der Lage wäre. Aus diesem Grund ist die Überlegung naheliegend, dass das zivilrechtliche Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag in das Strafrecht übertragen werden und dort als Rechtfertigungsgrund die Rechtswidrigkeit von tatbestandsmäßigen Taten ausschließen könnte, die zivilrechtlich bewertet den Charakter einer „berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag“ haben. Wie auch immer man zu dieser Idee Stellung bezieht, wird sie wenig praktische Bedeutung bei der Strafrechtsanwendung haben, da in der Mehrzahl der Fälle eine Rechtfertigung problemlos auf der Grundlage der mutmaßlichen Einwilligung begründet werden kann. Dies ist schon deswegen so, weil eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag voraussetzt, dass das Handeln des Geschäftsführers dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn und dessen Interesse entspricht.¹⁵ Für den „Rest“ der Fälle wird man in der Tat darauf achten müssen, dass ein Verhalten des Täters, das im Zivilrecht die Qualität eines berechtigten Eingriffs in einen fremden Rechtskreis hat und ihm sogar einen Aufwendungsersatzanspruch einbringt (§ 670 BGB), nicht im Straf-

recht als rechtswidrige Rechtsgutsverletzung bewertet wird. Denn durch eine derartige Ungleichbewertung wäre die „Einheit der Rechtsordnung“ gefährdet.

4. Erlaubtes Risiko

Das erlaubte Risiko ist nach zutreffender überwiegender Ansicht kein eigenständiger Rechtfertigungsgrund, sondern ein materielles Leitprinzip für die Definition strafwürdiger rechtswidriger Verhaltensmuster und Abgrenzung derselben von Verhaltensmustern, die trotz Risikos akzeptabel sind und deshalb kein Unrecht sein können. Diese Wirkung entfaltet sich hauptsächlich auf der Tatbestandsebene, vor allem im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte.¹⁶ Aber auch Rechtfertigungsgründe empfangen von diesem Grundgedanken inhaltsprägende Impulse.¹⁷ Ein Beispiel dafür ist die mutmaßliche Einwilligung.¹⁸ Begeht ein Täter nämlich eine Tat, die durch mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt ist, geht er zugleich das Risiko ein, dass die tatbestandsmäßige Rechtsgutsbeeinträchtigung – wie sich manchmal nachträglich herausstellt – nicht dem Interesse des betroffenen Rechtsgutshabers entspricht und deshalb von diesem auch nicht gewollt ist.¹⁹ Denn die Tatsituation, in der eine Mutmaßung über den Willen des Rechtsgutshabers angestellt werden muss, ist unvermeidlich mit Unsicherheit und Fehleinschätzungsrisiko belastet. Gibt es aber ausreichende Gründe, dieses Risiko einzugehen, ist die Tat auch dann gerechtfertigt, wenn die Einschätzung tatsächlich falsch gewesen ist.²⁰

II. Voraussetzungen

1. Objektive Einwilligungsmerkmale

Folgende Voraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung müssen auch bei einer rechtfertigenden mutmaßlichen Einwilligung erfüllt sein:²¹

a) Einwilligungsfähiges Rechtsgut

Einwilligungsfähig sind nur Taten, die Individualrechtsgüter, also Rechtsgüter des einzelnen, verletzen oder gefährden.²²

¹⁰ *Kindhäuser* (Fn. 3), § 19 Rn. 1, 10.

¹¹ *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 448).

¹² *Rengier* (Fn. 3), § 23 Rn. 5.

¹³ *Kühl* (Fn. 3), § 9 Rn. 47; *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280 (281).

¹⁴ *Gropp* (Fn. 4), § 6 Rn. 203; *Tiedemann*, JuS 1970, 108 (109).

¹⁵ *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 452).

¹⁶ *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 518; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 33 Rn. 26; *Rosenau*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, vor § 32 Rn. 62; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 15 Rn. 144.

¹⁷ *Gropp* (Fn. 4), § 6 Rn. 198 ff.

¹⁸ *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, vor § 32 Rn. 20; *Lenckner* (Fn. 1), S. 165 (S. 181); *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280 (281); *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 453).

¹⁹ *Murmann* (Fn. 4), § 25 Rn. 143.

²⁰ *Gropp* (Fn. 4), § 6 Rn. 203; *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, S. 608; *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 449).

²¹ *Haft* (Fn. 9), S. 81; *Jescheck/Weigend* (Fn. 8), § 34 VII 3; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 19 Rn. 4; *Murmann* (Fn. 4), § 25 Rn. 144; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 383.

Daher ist Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung nicht möglich in Bezug auf Straftatbestände, die überindividuelle Rechtsgüter schützen.²³ Ein alkoholbedingt fahruntüchtiger Kraftfahrzeugführer, der mit seinem Pkw ein bewusstloses schwer verletztes Verkehrsunfallopfer in die Klinik bringt, kann sich nicht auf mutmaßliche Einwilligung berufen, soweit er den Straftatbestand Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) verwirklicht. Umstritten ist, ob bei dem konkreten Gefährdungsdelikt Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315 c Abs. 1 Nr. 1 StGB) eine Rechtfertigung durch Einwilligung möglich ist. Wird also auf der Fahrt ins Krankenhaus die Gesundheit oder das Leben des transportierten Unfallopfers konkret gefährdet, ist fraglich, ob neben dem eventuell eingreifenden § 34 StGB auch die mutmaßliche Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausschließt. Überwiegend wird einer auf Einwilligung gestützten Rechtfertigung entgegengehalten, dass § 315c StGB mit der Verkehrssicherheit ein überindividuelles Rechtsgut schützt.²⁴ Letzteres ist zwar zutreffend, aber nur „die halbe Wahrheit“ und dahingehend zu ergänzen, dass das spezifische Unrecht des § 315 c StGB erst dadurch erzeugt wird, dass sich die abstrakte Gefährlichkeit der Tat in der Gefährdung eines individuellen Rechtsobjekts konkretisiert. Die Strafvorschrift schützt deshalb auch dieses Individualrechtsgut.²⁵ Ist der Inhaber dieses Rechtsguts mit der Tat einverstanden, entfällt dieser Teil des Gesamtunrechts. Die Einwilligung hat gewissermaßen „teilrechtfertigende“ Wirkung. Das der Einwilligung entzogene „Rest-Unrecht“ ist von § 316 StGB erfasst, sodass der strafrechtliche Schutz des überindividuellen Rechtsgutes unangestastet bleibt. Da also nach vorzugswürdiger Meinung eine Rechtfertigung durch Einwilligung bei § 315c StGB anzuerkennen ist,²⁶ gilt dasselbe auch für den Fall einer mutmaßlichen Einwilligung. Einwilligungsunfähig ist das Individualrechtsgut Leben. Diese Feststellung gilt unabhängig von der Existenz des § 216 StGB, wird aber durch diese Strafvorschrift besonders eindrucksvoll vor Augen geführt.²⁷ Da nicht einmal ein Tötungsverlangen des Rechtsgutsinhabers die Tat rechtfertigt, kann auch eine mutmaßliche Einwilligung eine vorsätzliche Tötung nicht rechtfertigen. Das gilt jedenfalls für

eine Tötung durch aktives Tun. Die Tötung eines Moribunden infolge des Abbruchs ärztlicher Behandlung unterliegt hingegen einem besonderen Reglement, auf das hier nicht näher eingegangen werden kann.²⁸

b) Einwilligungszuständigkeit

„Einwilligungszuständigkeit“ ist Ausdruck für die kurz gefasste Frage, wessen Einwilligung im konkreten Fall rechtfertigend wirken kann, auf welche einwilligende Person also abzustellen ist. Bei der mutmaßlichen Einwilligung ist diese Fragestellung dahingehend zu modifizieren, auf welche Person sich die Erforschung eines mutmaßlichen Willens konzentrieren muss. Die Beantwortung der Frage hängt von einer bestimmten Beziehung der Person zu dem von der Tat betroffenen Objekt ab: Einwilligungszuständig ist (nur) der Inhaber des betroffenen einwilligungsfähigen Rechtsgutes, also z.B. bei einer Sachbeschädigung (§ 303 StGB) derjenige, der im Zeitpunkt der Tat Eigentümer der beschädigten oder zerstörten Sache ist oder bei einer Körperverletzung (§ 223 StGB) die Person, in deren Körper oder Gesundheit eingegriffen wird. Notwendig ist deshalb die Klärung, welches Rechtsgut der verwirklichte Straftatbestand schützt. Würde beispielsweise – wie es bei § 242 StGB der Fall ist²⁹ – zu § 303 StGB die Meinung vertreten, dass neben dem Eigentum auch der Gewahrsam geschützt ist, entstünde eine komplizierte Einwilligungssituation, wenn im konkreten Fall Eigentümer und Gewahrsamsinhaber verschiedene Personen sind. Ist der Inhaber des von der Tat betroffenen Rechtsgutsobjekts selbst nicht einwilligungsreif (dazu unten unter c), geht die Einwilligungszuständigkeit auf einen Stellvertreter über. Bei einwilligungsunreifen Minderjährigen sind das in der Regel die Eltern als gesetzliche Vertreter und Erziehungsberechtigte. Geht es also z.B. darum, dass ein bei einem Unfall schwer verletztes Kind einer lebensrettenden Operation unterzogen werden muss, kommt es auf die Einwilligung der Eltern an. Können diese nicht einwilligen, weil sie ebenfalls bei dem Unfall verletzt wurden und bewusstlos sind, ist auf deren mutmaßlichen Willen abzustellen.

c) Einwilligungsreife

Da die Einwilligung in eine tatbestandsmäßige Tat den Verzicht auf den unversehrten Zustand des betroffenen Objekts, also eine Art Aufopferung dieses Objekts bedeutet, muss der Einwilligende in der Lage sein, Schwere, Bedeutung und Tragweite dieses Vorgangs verständlich und vernünftig zu beurteilen.³⁰ Voraussetzung dafür ist ein ausreichendes Maß an geistiger und seelischer Reife, um einschätzen und ermes- sen zu können, einerseits welcher Verlust mit dem Eingriff verbunden ist, andererseits welche Chancen und Vorteile – z.B. bei einem ärztlichen Heileingriff – als „Lohn“ für die Aufopferung zu erwarten sind. An ein bestimmtes Mindestalter kann die Einwilligungsreife nicht allgemein und abstrakt

²² Heinrich (Fn. 1), Rn. 476; Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 258; Müller-Dietz, JuS 1989, 280 (282); Murmann (Fn. 4), § 25 Rn. 134.

²³ Gropp (Fn. 4), § 6 Rn. 39; Krey/Esser (Fn. 3), Rn. 663; Rönnau, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2007, vor § 32 Rn. 176.

²⁴ BGHSt 6, 232 (234); 23, 261 (263); König, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 315c Rn. 199; Herzog, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 315c Rn. 23.

²⁵ Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 315c Rn. 2.

²⁶ Rönnau (Fn. 23), vor § 32 Rn. 177; Sternberg-Lieben/Hecker (Fn. 25), § 315c Rn. 40.

²⁷ Gropp (Fn. 4), § 6 Rn. 39.

²⁸ Informativ dazu Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rn. 291 ff.

²⁹ Lackner/Kühl (Fn. 18), § 242 Rn. 1.

³⁰ Jescheck/Weigend (Fn. 8), § 34 VII 3.

gebunden werden. Insbesondere sind die zivilrechtlich relevanten Altersgrenzen für Geschäftsfähigkeit oder Deliktsfähigkeit kein taugliches Kriterium.³¹ Überhaupt ist eine verallgemeinernde Grenzbestimmung nicht möglich. Maßgeblich sind stets die Umstände des konkreten Einzelfalls, d.h. vor allem die Art der Tat und die Persönlichkeit des betroffenen Rechtsgutsinhabers. Ergibt die einzelfallbezogene Prüfung, dass der Rechtsgutsinhaber noch nicht einwilligungsreif ist, kann nur sein gesetzlicher Vertreter – bei Kindern in der Regel die Eltern (s.o.) – eine wirksame Einwilligung erklären. Im Bereich der mutmaßlichen Einwilligung bedeutet dies, dass nicht auf den mutmaßlichen Willen des betroffenen Rechtsgutsinhabers, sondern auf den mutmaßlichen Willen des gesetzlichen Vertreters abzustellen ist (s.o.).

d) § 228 StGB

Handelt es sich bei der tatbestandsmäßigen Tat, um deren Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung es geht, um eine Körperverletzung, ist die rechtfertigungseinschränkende Wirkung der guten Sitten zu beachten. Wenn nämlich nicht einmal eine erklärte Einwilligung das Unrecht einer sittenwidrigen Körperverletzung auszuschließen vermag, dann kann eine mutmaßliche Einwilligung dies ebenso wenig. Der Sittenwidrigkeitsmakel muss der Tat anhaften, nicht den Motivtatsachen, aus denen auf einen mutmaßlichen Willen des betroffenen Rechtsgutsinhabers geschlossen wird. Ein bedeutsames Sittenwidrigkeitskriterium ist insbesondere die Schwere und Irreparabilität des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit.³² Auf der anderen Seite kann ein besonders billigerswerter Zweck dem Sittenwidrigkeitsverdikt auch bei einem sehr schwerwiegenden Eingriff in den Körper entgegenstehen.³³ Deshalb scheidet die Rechtfertigung einer Amputation nicht an § 228 StGB, wenn dies die einzig mögliche Maßnahme zur Lebenserhaltung des bewusstlosen Patienten ist.

2. Einwilligungssurrogat

Die Rechtfertigung der Tat unter Zugrundelegung eines nicht wirklichen, sondern gemutmaßten zustimmenden Willens des betroffenen Rechtsgutsinhabers ist ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht, der nur unter eng gefassten Voraussetzungen zulässig sein kann. Dementsprechend komplex ist der Sachverhalt, dem als „Einwilligungssurrogat“ die gleiche rechtliche Wirkung zugeschrieben werden kann wie der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts durch wirksam erklärte Einwilligung.

a) Dringlichkeit

Da die Umstände, auf Grund derer es unmöglich ist, eine Entscheidung des betroffenen Rechtsgutsinhabers herbeizuführen, oftmals nur von vorübergehender Natur sind, spielt das Zeitmoment eine große Rolle. Auf mutmaßliche Einwilligung darf die Rechtfertigung einer Tat nur gestützt werden,

wenn mit der Tatbegehung nicht abgewartet werden kann, bis die Entscheidungs- und Artikulationsfähigkeit des Rechtsgutsinhabers wiederhergestellt ist.³⁴ Kann die Tatbegehung also bis zu diesem Zeitpunkt aufgeschoben werden, ohne dass in der Zwischenzeit die Erreichung des Zwecks, der letztendlich die Tat rechtfertigen kann, vereitelt würde, muss die Entscheidung des Rechtsgutsinhabers abgewartet werden. Eine Tat auf der Basis bloßer Einwilligungsmutmaßung ist dann nicht zulässig. Stellt z.B. ein Arzt bei einem bewusstlosen Unfallopfer fest, dass nicht nur eine unverzügliche lebensrettende Amputation eines Unterschenkels erforderlich ist, sondern zugleich die operative Korrektur eines „Plattfußes“ am anderen Fuß sinnvoll wäre, darf er zwar die Amputation sofort vornehmen, muss mit der Plattfußoperation jedoch warten, bis der wieder zu Bewusstsein gekommene Patient dazu seine Einwilligung erteilt hat.³⁵ Hat der Rechtsgutsinhaber aber an der Erhaltung des Rechtsgutsobjekts kein Interesse und – was meistens die Folge des mangelnden Erhaltungsinteresses ist – auch kein Interesse daran, vor der Tat um Erlaubnis gebeten zu werden,³⁶ ist eine Rechtfertigung auf der Grundlage mutmaßlicher Einwilligung auch in einer nicht dringlichen Situation möglich.³⁷ Allerdings kann die Straflosigkeit in derartigen Situationen mitunter anderweitig begründet werden, sodass es auf mutmaßliche Einwilligung gar nicht ankommt.³⁸

b) Pflichtgemäße Prüfung

Da der Situation der mutmaßlichen Einwilligung ein nicht völlig aufzuhebendes Risiko der Fehleinschätzung immanent ist, muss der Täter bei der Feststellung des mutmaßlichen Willens mit großer Sorgfalt vorgehen. Er darf sich nicht mit vagen und haltlosen Spekulationen begnügen, sondern muss sich der tragfähigen Gründe vergewissern, die dem Schluss auf den mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers das erforderliche Maß an Richtigkeitswahrscheinlichkeit verleihen. Er muss also eine pflichtgemäße Prüfung durchführen, bevor er sich auf einen mutmaßlichen Willensinhalt festlegt.³⁹ Entgegen der h.M., die zum Teil eine solche Rechtfertigungsvoraussetzung ablehnt,⁴⁰ handelt es sich nicht um ein

³¹ *Murmann* (Fn. 4), § 25 Rn. 126.

³² BGHSt 49, 34 (42).

³³ BGHSt 49, 166 (171).

³⁴ *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 477; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 19 Rn. 5; *Köhler* (Fn. 22), S. 258; *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280 (282); *Rönnau* (Fn. 23), vor § 32 Rn. 221; *Roxin* (Fn. 3), § 18 Rn. 10; *Schlehofer*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, vor § 32 Rn. 163.

³⁵ *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 461).

³⁶ *Jescheck/Weigend* (Fn. 8), § 34 VII 1.

³⁷ *Haft* (Fn. 9), S. 80; *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 478; *Tiedemann*, JuS 1970, 108 (109); a.A. *Rönnau* (Fn. 23), vor § 32 Rn. 222; *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 461).

³⁸ *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 462).

³⁹ *Gropp* (Fn. 4), § 6 Rn. 199; *Jescheck/Weigend* (Fn. 8), § 34 VII 3.

⁴⁰ *Rönnau* (Fn. 23), vor § 32 Rn. 94; *Roxin* (Fn. 3), § 18 Rn. 29.

subjektives Rechtfertigungselement.⁴¹ Die ordnungsgemäße Erforschung⁴² des mutmaßlichen Willens ist eine objektive Voraussetzung der Rechtfertigung,⁴³ die man als „Risikoverringerung“ bezeichnen kann.⁴⁴ Allgemein gilt im Bereich der Rechtfertigungsgründe, dass die mit der Tat verbundenen Nachteile auf das unvermeidbare Minimum reduziert werden müssen. Dem dienen bei Notwehr und rechtfertigendem Notstand die Voraussetzungen „erforderlich“ bzw. „nicht anders abwendbar“. Bei der mutmaßlichen Einwilligung muss der Täter alles ihm mögliche tun um die Gefahr zu verringern, dass die Tat nicht dem wirklichen Willen des Betroffenen entspricht. Nur auf dieser Grundlage ist es hinnehmbar, dass die Tatbegehung trotz eines Restrisikos der Fehleinschätzung gerechtfertigt ist. Zudem ist bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens (s.u. c) im Regelfall anzunehmen, dass der Rechtsgutsinhaber nicht mit einem Eingriff einverstanden sein wird, dem keine sorgfältige Prüfung vorausgegangen ist (s.u. 3.). Allerdings ist eine zusätzliche Willenserforschung in der Regel nicht erforderlich, wenn der Rechtsgutsinhaber vor der Tat eine Einwilligung erklärt hatte und kein Anlass für die Annahme besteht, dass diese Erklärung nicht dem mutmaßlichen aktuellen Willen des Rechtsgutsinhabers entspricht. Zu prüfen ist also nur, ob eventuell ein „mutmaßlicher Widerruf“ der Einwilligung zugrunde zu legen ist. Nach h.M. handelt es sich in einem solchen Fall nicht um mutmaßliche Einwilligung, sondern sogar um (erklärte) Einwilligung. Zutreffend ist hingegen, dass die von einem in der aktuellen Tatsituation nicht präsenten, nicht willensbildungsfähigen oder nicht erklärungs-fähigen Rechtsgutsinhaber kundgegebene Einwilligung nur ein starkes Indiz für das mutmaßliche Fortbestehen des erklärten Willens – also das Fehlen eines mutmaßlichen Widerrufs – ist.

c) Mutmaßlicher Wille des Rechtsgutsinhabers

Bei der rechtfertigenden Einwilligung stimmt die Tat mit der vom Rechtsgutsinhaber erklärten Einwilligung überein, bei der mutmaßlichen Einwilligung muss die Tat mit dem Einwilligungssurrogat übereinstimmen. Gerechtfertigt ist die Tat also, wenn sich auch ohne erklärte Einwilligung feststellen lässt, dass die Tat einem mutmaßlichen Willen entspricht, der, wenn er vom Rechtsgutsinhaber zum Ausdruck gebracht worden wäre, die Qualität einer wirksamen Einwilligung hätte. Anknüpfungspunkte für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens sind in erster Linie frühere Äußerungen des

⁴¹ So aber *Haft* (Fn. 9), S. 80; *Kühl* (Fn. 3), § 9 Rn. 47; *Lenckner* (Fn. 1), S. 165.

⁴² Missverständlich ist es, wenn *Roxin* das tragende Fundament der Rechtfertigung als „sachgemäße Prognose“ bezeichnet, (*ders.* [Fn. 1], S. 447 [S. 449]). Prognosen richten sich immer auf etwas Zukünftiges, bei der mutmaßlichen Einwilligung geht es hingegen darum, aus Vergangenem und Gegenwärtigem auf den gegenwärtigen Willen des Rechtsgutsinhabers zu schließen.

⁴³ *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), vor § 32 Rn. 56: „auf Grund einer objektiv-sorgfältigen Prüfung aller Umstände zu vermuten“.

⁴⁴ *Lenckner* (Fn. 1), S. 165 (S. 180).

Rechtsgutsinhabers zu dem Thema, um das es bei der Tat geht.⁴⁵ Hat der Rechtsgutsinhaber z.B. in einer ähnlichen Situation schon einmal eine Einwilligung erklärt bzw. die Tat geduldet oder umgekehrt eine Ablehnung der Tat erklärt, kann – sofern keine starken Indizien für einen Sinneswandel existieren, davon ausgegangen werden, dass er in der aktuellen Situation eine gleiche Stellungnahme abgegeben hätte.⁴⁶

Der mutmaßliche Willensinhalt, der die Rechtfertigung der Tat trägt, ist der Hypothese einer Einwilligung zu entnehmen, die der ausreichend informierte Rechtsgutsinhaber unbeeinflusst von Irrtümern und Nötigungslagen erklärt hätte. Bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willensinhalts sind insbesondere Willensmängel (Irrtümer, Zwänge) auszublenden, die nach h.M. einer erklärten Einwilligung ihre Wirksamkeit und Rechtfertigungstauglichkeit nicht nehmen würden. Die h.M. schichtet bekanntlich bestimmte Kategorien von Irrtümern als einwilligungsunschädlich ab und schreibt teilweise nur sogenannten „rechtsgutsbezogenen“ Irrtümern wirksamkeitshemmende Wirkung zu.⁴⁷ Konsequenterweise müsste die h.M. eine mutmaßliche Einwilligung schon dann annehmen, wenn der Rechtsgutsinhaber mutmaßlich auf Grund eines nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtums zur Erklärung der Einwilligung veranlasst worden wäre. Eine derartige Demontage des strafrechtlichen Opferschutzes ist aber schon bei der erklärten Einwilligung nicht zu begründen und bei der mutmaßlichen Einwilligung vollends untragbar. Maßstabsperson für die Bestimmung des mutmaßlichen Willens ist also der Rechtsgutsinhaber im optimal aufgeklärten Zustand.

d) Interesse des Rechtsgutsinhabers

Wie bei der erklärten Einwilligung ist auch bei der mutmaßlichen Einwilligung Maßstab die persönliche Präferenz des Rechtsgutsinhabers. Diese wird mitunter nicht mit der Tatbewertung übereinstimmen, die von objektiver Warte aus getroffen würde, wenn Richtschnur das „wohlverstandene Interesse“ des Rechtsgutsinhabers wäre. So kann es eindeutig im Interesse eines Schwerkranken liegen, zur Behandlung einer lebensgefährlichen Krankheit einen relativ harmlosen ärztlichen Eingriff hinzunehmen. Lehnt aber der Patient – z.B. aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen – jegliche ärztliche Behandlung ab, ist dies zu respektieren. Kollidieren erklärter wirklicher – bzw. gemutmaßter wirklicher – Wille und objektiv verstandenes Interesse, richtet sich die Möglichkeit einer gerechtfertigten Tatbegehung ausschließlich nach dem Willen.⁴⁸ Dieser darf nicht mittels einer objektiven Interessenbewertung unterlaufen werden.⁴⁹ Lassen sich allerdings über die persönliche Einstellung des Rechtsgutsinhabers keine zuverlässigen Informationen erlangen, darf

⁴⁵ *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 88; *Wessels/Beulke* (Fn. 21), Rn. 381.

⁴⁶ *Roxin* (Fn. 3), § 18 Rn. 21.

⁴⁷ *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280 (281).

⁴⁸ *Ebert* (Fn. 45), S. 88; *Lenckner* (Fn. 1), S. 165 (S. 175 Fn. 45); *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280 (282); *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 469); *Schlehofer* (Fn. 34), vor § 32 Rn. 165; *Wessels/Beulke* (Fn. 21), Rn. 381.

⁴⁹ *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 451).

davon ausgegangen werden, dass der Rechtsgutsinhaber eine Entscheidung getroffen hätte, die seinem objektiv verstandenen Interesse entspräche. Die objektive Interessenlage ist also ein Indiz für den mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers.⁵⁰

3. Subjektives Rechtfertigungsmerkmal

Wie bei allen Rechtfertigungsgründen gibt es auch bei der mutmaßlichen Einwilligung ein subjektives Rechtfertigungselement.⁵¹ Der Täter muss die Vorstellung der Dringlichkeit und der Übereinstimmung der Tat mit dem mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers haben. Dieses Bewusstsein muss das Resultat der „pflichtgemäßen Prüfung“ sein (s.o. II. 2. b). Stimmt die Tat mit dem mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers überein, obwohl der Täter sich dies nicht vorstellt, ist er nur wegen Versuchs strafbar,⁵² sofern er pflichtgemäß geprüft hatte. Wurde diese Prüfung unterlassen und stimmt die Tat nicht mit dem mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers überein, ist der Täter wegen vollendeter Tat strafbar.⁵³ Dass dieser Täter vielleicht „ins Blaue hinein“ geglaubt hat, den wirklichen Willen des Rechtsgutsinhabers nicht zu verfehlen, entlastet ihn nicht. Entgegen der h.M.⁵⁴ ist der leichtfertig auf die Richtigkeit seines Handelns vertrauende Täter auch dann wegen vollendeter Tat strafbar, wenn seine Tat zufällig genau das bewirkt, was der Rechtsgutsinhaber wirklich will. Denn der Rechtsgutsinhaber will nicht, dass jemand mit seinen Rechtsgütern Roulette spielt und dabei zufällig Glück hat. Aus diesem Grund entspricht die Tat letztlich doch nicht dem mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers.

III. Exkurs: Hypothetische Einwilligung

Eine im strafrechtsdogmatischen Vokabular noch recht neue Erscheinung ist die „hypothetische Einwilligung“. Entwickelt wurde sie ursprünglich im Bereich der zivilrechtlichen Arzthaftung für fehlerhafte Behandlung von Patienten und ist inzwischen von der Rechtsprechung in das Arztstrafrecht übernommen worden.⁵⁵ Im Ergebnis führt die hypothetische Einwilligung zur Straflosigkeit einer Tat, obwohl der von ihr betroffene Rechtsgutsinhaber weder wirksam eingewilligt hat noch die Voraussetzungen einer mutmaßlichen Einwilligung vorliegen.⁵⁶ In der Praxis spielte dies bisher bei Fällen eine Rolle, in denen ein Arzt den Patienten vor einem operativen

Eingriff nicht ordnungsgemäß aufgeklärt, ja sogar gezielt getäuscht hatte und danach den narkotisierten Patienten operierte. Die hypothetische Einwilligung wurde auf die nach der Tat bekannt gewordene Tatsache gestützt, dass der Patient den Eingriff auch dann gebilligt hätte, wenn er von dem Arzt ordnungsgemäß aufgeklärt (insbesondere nicht getäuscht worden) wäre.⁵⁷ Die Situation ähnelt zwar der einer mutmaßlichen Einwilligung, da letztlich auf einen der Tat zustimmenden Willen abgestellt wird, den der Patient zum Ausdruck gebracht hätte, wenn er zu einer solchen Erklärung in der Lage gewesen wäre.⁵⁸ Um einen Fall mutmaßlicher Einwilligung handelt es sich jedoch nicht,⁵⁹ da der Patient ohne weiteres vor der Operation hätte befragt werden können, also keine Dringlichkeit (dazu oben II. 2. a) bestand.⁶⁰ In der Literatur ist die hypothetische Einwilligung sehr umstritten und wird überwiegend abgelehnt.⁶¹ Diejenigen, die ihre Berücksichtigung befürworten, behandeln sie zum Teil als einen die objektive Zurechnung des Erfolges ausschließenden Umstand.⁶²

IV. Schluss

Die mutmaßliche Einwilligung ist ein praktisch wichtiger Rechtfertigungsgrund. Schaut man genauer hin, erkennt man, dass sogar die meisten Fälle einer vor der Tat erklärten und nicht – mutmaßlich – widerrufenen – Einwilligung letztlich Fälle der mutmaßlichen Einwilligung sind.⁶³ In der Strafrechtslehre ist dies noch nicht erkannt, weshalb vor allem der willensmangelbehafteten Einwilligung in großem Umfang eine nicht gerechtfertigte Rechtfertigungswirkung zugeschrieben wird, obwohl der mutmaßliche „wirkliche“ Wille des Rechtsgutsinhabers die Tat ablehnt.⁶⁴ Das liegt vor allem daran, dass die Strafrechtslehre „mutmaßliche Willensmängel“ bei der „mutmaßlichen Einwilligung“ (dazu oben II. 2. c) nicht thematisiert und auch über den „mutmaßlichen Widerruf“⁶⁵ einer Einwilligung nicht diskutiert. Täte sie dies, würde vielleicht sichtbar, auf welchen unrichtigen Annahmen die Lehre von der rechtfertigenden Einwilligung aufbaut. Für den strafrechtswissenschaftlichen Nachwuchs eröffnet sich also hier ein Feld für spannende dogmatische Forschungstätigkeit.

⁵⁰ Lenckner (Fn. 1), S. 165 (S. 175 Fn. 45); Müller-Dietz, JuS 1989, 280 (282); Roxin (Fn. 1), S. 447 (S. 451); Schlehofer (Fn. 34), vor § 32 Rn. 165.

⁵¹ Roxin (Fn. 3), § 14 Rn. 96; Wessels/Beulke (Fn. 21), Rn. 275.

⁵² Roxin (Fn. 3), § 14 Rn. 104; Wessels/Beulke (Fn. 21), Rn. 279.

⁵³ Roxin (Fn. 1), S. 447 (S. 455).

⁵⁴ Vgl. Kühl (Fn. 3), § 9 Rn. 47; Lenckner (Fn. 1), S. 165 (S. 174); Roxin (Fn. 1), S. 447 (S. 460).

⁵⁵ Ausführlich zur geschichtlichen Entwicklung Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010, S. 33 ff.; Jansen, ZJS 2011, 482 (483).

⁵⁶ Kühl (Fn. 3), § 9 Rn. 47a.

⁵⁷ Wessels/Beulke (Fn. 21), Rn. 384a.

⁵⁸ Mitsch, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach zum 70. Geburtstag, 2011, S. 299 (S. 306).

⁵⁹ Rengier (Fn. 3), § 23 Rn. 62: „darf auf keinen Fall mit der mutmaßlichen Einwilligung verwechselt werden“.

⁶⁰ Kindhäuser (Fn. 3), § 19 Rn. 15.

⁶¹ Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 43), vor § 32 Rn. 54.

⁶² Kuhlen, JR 2004, 227; ders., in: Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 331; ders., in: Britz (Hrsg.), Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431; Wessels/Beulke (Fn. 21), Rn. 384a; zur Kritik vgl. Jansen, ZJS 2011, 482 (487); Mitsch (Fn. 58), S. 299 (S. 308 ff.).

⁶³ Mitsch (Fn. 20), S. 615.

⁶⁴ Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 415 ff.

⁶⁵ Ausführlich dazu Mitsch (Fn. 20), S. 630 ff.

Art. 14 GG für Fortgeschrittene

45 Fragen zum Eigentum, die Sie nicht überall finden. Unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts

Von Prof. Dr. **Joachim Lege**, Greifswald*

Es gehört zu den Besonderheiten des Jura-Studiums, dass manche Materien, die in den ersten Semestern gelernt werden, erst in höheren Semestern in ihrer ganzen Bedeutung erkannt werden können. Dazu zählen insbesondere die Grundrechte: Sie durchdringen die gesamte Rechtsordnung und man muss immer wieder mit immer mehr Verständnis auf sie zurückkommen. Die folgenden 45 Fragen zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG wollen daher in einer Art Mosaik einen Gesamteindruck vermitteln: von den absoluten Basics, die „sitzen müssen“ (etwa Nr. 3 bis 5, 17 und 18, 45), über aufschlussreiche Detailfragen vor allem aus dem Baurecht (etwa Nr. 24 bis 28) bis hin zu kritischen Anfragen an die h.M. in Rechtsprechung (etwa Nr. 21, 41) und Lehre (etwa Nr. 8, 11 und 12). Ziel ist, Studentinnen und Studenten aller Semester nicht nur Wissen, sondern auch Verständnis zu vermitteln – und nicht zuletzt einen Sinn dafür wecken, dass man als Jurist gelegentlich hinter die Kulissen schauen sollte (etwa Nr. 2, 12, 43).

I. Einführung

1. Ist das Grundrecht aus Art. 14 GG besonders schwierig?

Eigentlich nicht. Man kann seinen Schutzbereich, die Eingriffe in den Schutzbereich und deren Rechtfertigungsvoraussetzungen klar und konsistent definieren.¹ Schwierig ist, dass es zu Art. 14 GG nach wie vor nicht nur *eine* Dogmatik gibt, sondern zwei: die des BGH und die des BVerfG.² Vordergrundig betrachtet, hat sich die Dogmatik des BVerfG zwar durchgesetzt. Der BGH hält jedoch in einigen wichtigen Fällen an seiner alten Doktrin fest, und das BVerfG kann dagegen nichts tun (vgl. Frage 43).

2. Worum ging es in der berühmten Nassauskiesungsentscheidung BVerfGE 58, 300?

Es ging letztlich um den soeben angedeuteten Kompetenzkonflikt zwischen BVerfG und BGH – und damit letztlich um Definitionsmacht. Der BGH hatte lange Jahre hindurch mit Hilfe eines „weiten“ Enteignungsbegriffs den Eigentümern großzügig Entschädigung gewährt, wenn sie ihr Grundstück wirtschaftlich nicht so nutzen durften, wie sie es wollten – z.B. zur Nassauskiesung, d.h. zur Ausbeutung von Kiesaufkommen bis in den Grundwasserbereich hinein. Gegen diese Rechtsprechung brachte das BVerfG „seinen“ Enteignungsbegriff in Stellung – mit allen seinen Konsequenzen³.

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald.

¹ Dazu zuletzt *Lege*, Jura 2011, 507.

² Dazu zuletzt *Lege*, Jura 2011, 826; *ders.*, JZ 2011, 1084.

³ Begriffe sind nichts anderes als die Gesamtheit ihrer praktischen Konsequenzen (vgl. *Peirce*, in: *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, repr. 1960, 5.402; dt. in: *ders.*, in:

II. Allgemeines

3. Eigentum ist ein sog. normgeprägtes Grundrecht. Steht das so im Grundgesetz?

Ja. Denn Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG lautet: „Inhalt und Schranken [ergänze: des Eigentums] werden durch die Gesetze bestimmt.“ Daran zeigt sich: Eigentum ist kein derart „naturwüchsig“ vorhandenes (Grund-)Rechtsgut wie z.B. Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) oder Freizügigkeit (Art. 11 GG). Vielmehr ist Eigentum immer schon und immer erst eine Schöpfung der Rechtsordnung („die Gesetze“). Gäbe es diese Gesetze nicht, gäbe es nur rechtlich ungesicherten, „faktischen“ Besitz.

4. Was ist die wichtigste praktische Konsequenz der Begriffe Inhalts- und Schrankenbestimmung und Enteignung?

Nach der Dogmatik der ehemals ganz h.M. (BGH, BVerwG, Literatur) war die Unterscheidung von höchster praktischer Bedeutung: Entschädigung konnte nur für Enteignungen verlangt werden, während Inhalts- und Schrankenbestimmungen, als Konkretisierung der sog. „Sozialbindung“ des Art. 14 Abs. 2 GG, entschädigungslos blieben. „Enteignung“ und „Entschädigungspflicht“ war, m.a.W., ein Synonym.

Nach der heutigen Dogmatik gilt: Für Enteignungen *muss* – immer – Entschädigung geleistet werden (Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG). Bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen *kann* – muss aber nicht immer – eine Entschädigungspflicht bestehen (sog. ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung).

5. Ist der Begriff „Wohl der Allgemeinheit“ in Art. 14 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG identisch?

Nein. In Art. 14 Abs. 2 GG wird mit der sog. Sozialpflichtigkeit ein Kriterium benannt, das allein zu Inhalts- und Schrankenbestimmungen passt: Der Gebrauch des Eigentums (durch den Eigentümer) soll „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“. Dies rechtfertigt es etwa, ihm Beschränkungen aus Gründen des Natur- oder Denkmalschutzes aufzuerlegen. Bei der „echten“ Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG wird dem Eigentümer das Eigentumsobjekt oder seine Nutzung hingegen entzogen und auf einen anderen übertragen (Güterbeschaffungsvorgang). Deshalb meint „zum Wohle der Allgemeinheit“ hier ein „konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben“⁴, also etwa eine Auto- oder Eisenbahntrasse.

Apel [Hrsg.], *Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus*, 2. Aufl. 1976, S. 195).

⁴ BVerfG, *Beschl. v. 22.5.2001 – 1 BvR 1512/97 u.a. = BVerfGE 104, 1 (9 f.) – Städtebauliche Umlegung*.

III. Zum Schutzbereich

6. Hat Artikel 14 GG überhaupt einen Schutzbereich?

Das ist in der Tat fraglich, weil es ein normgeprägtes Grundrecht ist (s.o. Frage 3): Der Inhalt des Eigentums ergibt sich eben immer erst „aus den Gesetzen“, d.h. aus dem einfachen Recht. Nichtsdestoweniger wird das Eigentum in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG „gewährleistet“. Daraus folgt verfassungsrechtlich: Das einfache Recht muss ein Eigentum schaffen, das diesen Namen auch verdient (berühmte Formulierung⁵). Etwas paradox formuliert besteht der Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 14 GG also darin, den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eben dieses Schutzbereichs gewissen Mindestanforderungen – wenn man so will: prinzipiellen⁶ Anforderungen – zu unterwerfen.

7. Wann verdient ein Eigentumsrecht seinen Namen?

Wenn es dem (Privat-)Eigentümer hinsichtlich des Eigentumsobjekts zweierlei zuordnet: Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis. Es verstößt daher gegen Art. 14 GG, wenn der Eigentümer eine Denkmalvilla, die ihm keinerlei Nutzen bringt und nur noch Kosten verursacht, weder abreißen darf noch Entschädigung erhält⁷ (s. auch Frage 26). Und es würde gegen Art. 14 GG verstoßen, wenn das Aktienrecht nicht den Kapitaleigentümern, sondern der Arbeitnehmerseite das Übergewicht bei der betrieblichen Mitbestimmung einräumte.⁸

8. Gehört es zum Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts, dass der Eigentümer sein Grundstück bebauen darf (sog. Baufreiheit)?

Dies ist nach wie vor streitig und die wohl h.M. bejaht die Frage nach wie vor.⁹ Nach dem Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und der Rechtsprechung des BVerfG kann die Antwort jedoch nur lauten: Nein.¹⁰ Denn was zum Inhalt

des Eigentums gehört, ergibt sich aus den Gesetzen. Wenn die Gesetze daher die Bebaubarkeit des Grundstücks grundsätzlich von einer Baugenehmigung abhängig machen (so alle Landesbauordnungen¹¹), dann darf eben nur mit Genehmigung bebaut werden – und es gibt keine Baufreiheit mit Verfassungsrang. Wenn die Landesbauordnungen zudem einen Anspruch¹² auf die Baugenehmigung gewähren, dann ist dies gerade nur ein einfachrechtlicher Anspruch – und nicht eine Baufreiheit mit Verfassungsrang. Wenn schließlich das Bauplanungsrecht die Bebaubarkeit von Grundstücken nicht generell zulässt, sondern die Zulässigkeit baulicher Anlagen detailliert von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht (s. insb. §§ 30, 34 und 35 BauGB), dann ist die Bebaubarkeit erst unter diesen einfachrechtlichen Voraussetzungen Inhalt des Eigentums, und es sind nicht etwa die §§ 30, 34 und 35 BauGB nachträgliche Beschränkungen einer vorgegebenen Baufreiheit mit Verfassungsrang.

9. Hat die Frage nach der Baufreiheit praktische Konsequenzen?

Die Frage hat in mindestens drei Konstellationen praktische Konsequenzen: beim baurechtlichen Bestandschutz, beim „Baurecht auf Zeit“ und beim sog. qualifizierten Unterlassen. Das sog. qualifizierte Unterlassen wird später aufgegriffen (Frage 41).

10. Was versteht man unter dem baurechtlichen Bestandschutz? Folgt er aus Art. 14 GG?

Unter baurechtlichem Bestandsschutz versteht man den Anspruch des Eigentümers eines bebauten Grundstücks darauf, dass ihm die einmal zulässig verwirklichte Nutzung des Grundstücks gewissermaßen „auf ewig“ erhalten bleibt. Beispiel: Wenn das Wohnhaus des Eigentümers abbrennt, hat er das Recht, an gleicher Stelle wieder ein gleiches Gebäude zu errichten – auch wenn dies nach heutigem Recht nicht mehr zulässig wäre. Dieser sog. passive Bestandsschutz ist heute z.B. in § 35 Abs. 4 Nr. 2 und 3 BauGB gesetzlich fixiert. Darüber hinaus hatte die Rechtsprechung früher auch einen sog. aktiven Bestandsschutz anerkannt: Das neu zu errichtende Gebäude durfte „begrenzte Erweiterungen“ aufweisen, soweit eine „zeitgemäß-funktionsgerechte Nutzung“ dies erforderte – im konkreten Fall ging es um den Anbau von Garagen.¹³

Einen solchen aktiven Bestandsschutz erkennt das BauGB mittlerweile nicht mehr an, und er folgt auch nicht, wie das

⁵ Sie geht zurück auf *Wolff*, in: Festgabe für W. Kahl, 1923, Teil IV, S. 1 (S. 6).

⁶ Ich spiele an auf die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien von *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, fortgeführt und angewendet auf Art. 14 GG von *Sieckmann*, *Modelle des Eigentumsschutzes*, 1998; *Sieckmann*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum GG*, Art. 14 GG. Nach dieser Theorie gelten Regeln im Alles-oder-nichts-Modus, während Prinzipien als Optimierungsgebote wirken, d.h., sie sind bei der Generierung neuer Regeln gegeneinander abzuwägen. Insofern besteht eine gewisse Ähnlichkeit zur älteren Lehre von der anzustrebenden „praktischen Konkordanz“ verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter (*Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, Rn. 72 et passim).

⁷ BVerfG, *Beschl. v. 2.3.1999 – 1 BvL 7/91 = BVerfGE 100, 226 – Denkmalvilla*.

⁸ BVerfG, *Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a. = BVerfGE 50, 290 – Mitbestimmung*.

⁹ Besonders vehement *Leisner*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 173 Rn. 194 f.

¹⁰ Aus jüngerer Zeit dezidiert *Dähne*, *Jura* 2003, 455.

¹¹ Z.B. § 59 LBauO M-V.

¹² Z.B. § 72 LBauO M-V: „Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn [...]“ (*Hervorhebung des Verf.*); genau besehen ist dies allerdings nicht schon der Anspruch auf die Baugenehmigung, sondern der Anspruch auf eine *gebundene* Entscheidung über die Baugenehmigung – im Gegensatz zum Anspruch auf (nur) – fehlerfreie *Ermessensentscheidung*.

¹³ BVerwG, *Urt. v. 17.1.1986 – 4 C 80/82 = BVerwGE 72, 362 – Wohnhausumbau*.

BVerwG klargestellt hat, unmittelbar aus Art. 14 GG.¹⁴ Mehr noch: Auch der passive Bestandsschutz folgt nach der – richtigen – Ansicht des BVerwG nicht mehr unmittelbar „aus Art. 14 GG“, sondern allein aus den Gesetzen, die – wie § 35 Abs. 4 Nr. 2 und 3 BauGB – Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen. Dass zu einem Eigentum, das diesen Namen verdient, auch ein gewisser baurechtlicher Bestandsschutz gehört, dass m.a.W. das einfache Gesetzesrecht dem Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG genügen muss, ist eine zweite, ggf. vom BVerfG zu entscheidende Frage.

11. Was hat es mit dem sog. „Baurecht auf Zeit“ auf sich?

Das „Baurecht auf Zeit“ ist eine relativ neue Problematik. Insofern ist bereits der Name eine These, denn mit „Baurecht“ ist hier nicht etwa das objektive Baurecht gemeint, wie es in den Gesetzen steht, sondern das subjektive Recht des Eigentümers, sein Grundstück zu bebauen. Treffender wäre deshalb die Bezeichnung „Baubefugnis auf Zeit“. Diese Bezeichnung wurde jedoch vermieden: wohl, weil sie zu stark nahelegt, dass sich die Befugnis zum Bauen erst aus den Gesetzen ergibt – und nicht unmittelbar, als verfassungsmäßiges „Recht“, aus dem Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG (vgl. Frage 8).

Konkret wird es als „Baurecht auf Zeit“ bezeichnet, wenn die Verwaltung dem Eigentümer sein „Recht“, das Grundstück zu bebauen, nur auf Zeit gewährt. Nach ganz h.M. ist sie dazu grundsätzlich nicht befugt, und zwar wegen des schon genannten, letztlich in der Baufreiheit verwurzelten Dogmas, dem Eigentümer stünde eine einmal gewährte Befugnis zu bauen „auf ewig“ zu.¹⁵ Nunmehr hat der Gesetzgeber allerdings in § 9 Abs. 2 BauGB erlaubt, dass die Gemeinde einen Bebauungsplan „in besonderen Fällen“ mit einer Bedingung oder Befristung versehen kann, und auch in städtebaulichen Verträgen können Bedingungen oder Befristungen vereinbart werden (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB).

Richtigerweise sollte man noch weiter gehen. Es spricht jedenfalls verfassungsrechtlich nichts dagegen, dem Eigentümer eine Baubefugnis nur so lange zu gewähren, wie er sie allgemeinwohlverträglich (siehe Art. 14 Abs. 2 GG!) nutzt. Nach h.M. bedarf ein „Baurecht auf Zeit“ freilich nach wie vor einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Zudem sollen bauordnungsrechtliche Vorschriften, die die Erteilung

der Baugenehmigung unter einer Bedingung oder Befristung erlauben (z.B. § 72 Abs. 4 LBauO M-V), nicht ausreichen.¹⁶

12. Welche aktuellen stadtplanerischen Probleme verbergen sich hinter der – hier so bezeichneten – „Baubefugnis auf Zeit“?

Es sind Probleme im Zusammenhang mit den großen Einzelhandelsketten (Aldi, Lidl, Netto et cetera). Beispiel: Im Innenbereich (§ 34 BauGB) gibt einer von vier großflächigen Einzelhandelsbetrieben (im Folgenden: Einkaufsmärkten) den Betrieb wegen Unrentabilität auf. Das Grundstück liegt sodann viele Jahre brach, weil sich kein Käufer findet, der die Kosten des Abbruchs übernimmt. Dies ließe sich vermeiden, wenn dem Betreiber von vornherein die Baugenehmigung nur unter der Bedingung erteilt würde, bei Aufgabe des Betriebs – und sofern dies kein anderer übernimmt – die Kosten des Abbruchs zu tragen (vgl. auch § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB). Es mag sein, dass sich dann das Vorhaben für den Einkaufsmarkt (bzw. die Kette) „nicht gerechnet hätte“. Aber das wäre nicht zu beklagen, sondern ganz im Gegenteil zu begrüßen: Erstens haben Einkaufsmärkte negativen Einfluss auf den örtlichen Einzelhandel („Kaufkraftabfluss“, vgl. §§ 34 Abs. 3, 9 Abs. 2a BauGB)¹⁷ und auf die verbrauchernahe Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln und sonstigen Waren (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 8a BauGB)^{18,19}. Und zweitens ist nicht einzusehen, dass der Wettbewerbsvorteil der Einkaufsmärkte und die Stärkung ihres Handels-Oligopols von der Allgemeinheit mitfinanziert wird – in Gestalt einer zu weit gehenden, auf Kosten der Allgemeinheit ausgeübten „Baufreiheit“.

13. Hat der Eigentümer einen Anspruch darauf, sein Grundstück wirtschaftlich bestmöglich zu nutzen?

Ja und nein. Selbstverständlich darf der Eigentümer sein Grundstück im Rahmen des rechtlich Erlaubten nach seinen Vorstellungen nutzen. Er hat aber keinen Anspruch darauf, jede Nutzung zu ziehen, die sich ihm, als „vernünftigen Eigentümer“ (Frage 43), wirtschaftlich aufdrängt – z.B. auf seinem Grundstück bis in den Grundwasserbereich hinein Kies abzubauen, wenn sich dies wegen des nahen Wasserwerks der Stadt S nicht mit dem Gemeinwohl vertrüge. Kurz: Art. 14 GG gewährt dem Eigentümer nicht ein Recht, gerade

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 12.3.1998 – 4 C 10/97 = BVerwGE 106, 228 – Sturmzerstörtes Scheunengebäude.

¹⁵ Vgl. Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Novellierung des Baugesetzbuchs, Bericht der Unabhängigen Expertenkommission, August 2002, Rn. 202, wo das Stichwort „Baufreiheit“ zwar nicht fällt, wo es aber umso deutlicher heißt: „Ein allgemeines städtebauliches Interesse der Gemeinde, nach einer bestimmten Zeit ohne Entschädigungsrisiken planerisch neu disponieren zu können, rechtfertigt nicht derart gravierende Eingriffe in das Bodeneigentum. Bei einer generellen Befristung neuer Baurechte dürften die Institutsgarantie des Artikels 14 GG sowie die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit verletzt sein.“

¹⁶ Krit. zu allem *Lege*, LKV 2007, 97.

¹⁷ Stichwort: Verödung der Innenstädte dadurch, dass große Einkaufsmärkte „auf der grünen Wiese“ durch ihre niedrigen Preise die kleinen Einzelhändler („Tante-Emma-Läden“) ihrer Kundschaft berauben.

¹⁸ So gibt es in vielen Wohngebieten keine Möglichkeit mehr, in fußläufiger Entfernung ein Lebensmittelgeschäft zu erreichen.

¹⁹ Zu beiden Aspekten wie hier BVerwG, Urt. v. 17.12.2009 – 4 C 2/08 = BVerwGE 136, 10 – Weiterer Discounter in Köln-Poll; dazu *Kraus/Feise*, UPR 2010, 331.

diejenige Verwertungsmöglichkeit zu verwirklichen, die ihm den größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil verspricht.²⁰

IV. Zur Eingriffsebene

14. Wie viele Arten von Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 GG gibt es?

Nur zwei: Enteignungen (Art. 14 Abs. 3 GG) und – dem Eigentümer nachteilige – Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Insbesondere sind der sog. enteignungsähnliche und enteignende Eingriff keine „Eingriffe dritter Art“, sondern schlichte Rechtsinstitute des einfachen Rechts, nämlich Entschädigungsansprüche, die die Zivilgerichte den Eigentümern bei bestimmten Beeinträchtigungen des Eigentums auch ohne gesetzliche Grundlage gewähren (was verfassungsrechtlich fragwürdig ist).²¹

15. Aber: Ist die Inhalts- und Schrankenbestimmung wirklich ein Eingriff?

Diese Frage dürfte überholt sein. Auf den ersten Blick erscheint es zwar in der Tat fraglich, ob eine Inhalts- und Schrankenbestimmung ein „Eingriff“ sein kann – weil sie doch den Schutzbereich des Eigentums, in den eingegriffen werden könnte, überhaupt erst bestimmt. Jedenfalls dann aber, wenn diese Inhalts- und Schrankenbestimmung für den Eigentümer nachteilig ist (siehe auch Frage 22), handelt es sich um einen Eingriff (womit aber weder über die Rechtfertigung des Eingriffs noch über die Frage, ob entschädigt werden muss, etwas präjudiziert ist²²).

16. In welchen beiden Entscheidungen des BVerfG werden die Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung“ maßgeblich definiert? Welche drei weiteren Entscheidungen sind wichtig für die Konzeption dieser Begriffe?

Die maßgeblichen Entscheidungen sind die Beschlüsse des BVerfG zum Kleingartenrecht (BVerfGE 52, 1)²³ und zur Nassauskiesung (BVerfGE 58, 300)²⁴. In ihnen wurden die bis heute gültigen Definitionen entwickelt, allerdings nicht deckungsgleich; daher muss man beide Formulierungen nach wie vor gewissermaßen „zusammenlesen“.

Was den Begriff der Enteignung angeht, hat in neuerer Zeit ein Urteil zur städtebaulichen Umlegung (BVerfGE 104, 1)²⁵ eine wichtige, aber nur teilweise richtige Präzisierung geliefert. Klarstellungen zu Begriff und Konzeption der Inhalts- und Schrankenbestimmung hatte zuvor das Urteil zur Denkmalsvilla gebracht (BVerfGE 100, 226)²⁶. Aus der Zeit vor „Kleingarten“ und „Nassauskiesung“ ist die Entscheidung zum Hamburger Deichordnungsgesetz (BVerfGE 24, 367)²⁷ von überragender Bedeutung.

17. Wie lauten die klassischen Formeln des BVerfG zur Abgrenzung der Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung“?

Im Kleingartenbeschluss heißt es: „Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG ist der staatliche Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen. Ihrem Zweck nach ist sie auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Rechtspositionen gerichtet, die durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet sind. [...] Demgegenüber versteht das Grundgesetz unter Inhaltsbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG die generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinne der Verfassung zu verstehen sind. Sie ist auf die Normierung objektiv-rechtlicher Vorschriften gerichtet, die den ‚Inhalt‘ des Eigentumsrechts vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die Zukunft bestimmen.“²⁸

Unwesentlich verändert findet sich diese Formel auch im Nassauskiesungsbeschluss²⁹; allerdings fehlt dort gerade die – ganz wesentliche (Frage 20) – Formulierung „hinsichtlich solcher Rechtsgüter [...]“.

18. Wie lautet die jüngste Präzisierung des Enteignungsbegriffs durch das BVerfG?

In der Entscheidung zur städtebaulichen Umlegung wird der Enteignungsbegriff wie folgt erweitert: Die Enteignung sei gerichtet auf die vollständige oder teilweise Entziehung subjektiver, durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleiteter Rechtspositionen „zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben.“ Und weiter: „Die Enteignung setzt den Entzug

²⁰ Noch pointierter BVerfG, Ur. v. 4.2.1975 – 2 BvL 5/74 = BVerfGE 38, 348 (371) – Zweckentfremdung von Wohnraum/Umwandlung in ein Bordell: Der Eigentümer hat nicht das Recht, „jede sich bietende Chance zu einer günstigeren Verwertung seines Eigentums sofort und maximal auszunutzen“; die hier zitierte Formulierung in BVerfGE 58, 300 (345) – Nassauskiesung; anerkannt auch von BGH, Ur. v. 16.7.1993 – III ZR 60/92 = BGHZ 123, 242 (253 f.) – Flugsanddünen.

²¹ Die Gliederungen der meisten Lehrbücher und Kommentare sind daher insofern irreführend, als sie dem „enteignungsähnlichen“ und „enteignenden Eingriff“ einen gleichwertigen Abschnitt widmen (z.B. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 26. Aufl. 2010, Rn. 1024 ff.: „Sonstige Eingriffe“).

²² Möglicherweise könnte es doch Sinn haben, nicht von „Eingriff“ zu reden, sondern – z.B. – von Regulation: Denn „Eingriff“ suggeriert doch sehr, es handele sich beim Eigentum um ein ebenso natürliches Recht wie (Bewegungs-)Freiheit, Leben und Gesundheit (vgl. Frage 3). Jedoch würde man dann wohl auch eine andere Grundrechtstheorie und ein anderes Prüfungsschema als das Klapp-Klapp von „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung des Eingriffs“ benötigen.

²³ BVerfG, Beschl. v. 12.6.1979 – 1 BvL 19/76.

²⁴ BVerfG, Ur. v. 15.7.1981 – 1 BvL 77/78.

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 22.5.2001 – 1 BvR 1512/97 u.a.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 2.3.1999 – 1 BvL 7/91.

²⁷ BVerfG, Ur. v. 18.12.1968 – 1 BvR 638/64 u.a.

²⁸ BVerfGE 52, 1 (27).

²⁹ BVerfGE 58, 300 (330 f.).

konkreter Rechtspositionen voraus, aber nicht jeder Entzug ist eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG. Diese ist beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll [...]. Ist mit dem Entzug bestehender Rechtspositionen der Ausgleich privater Interessen beabsichtigt, kann es sich nur um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums handeln [...].³⁰

19. Inwieweit sind die „klassischen“ Definitionen (Frage 17) zur Abgrenzung von Inhalts- und Schrankenbestimmung und Enteignung unbrauchbar?

Unbrauchbar sind sie insofern, als ein Gegensatz konstruiert wird zwischen einerseits „abstrakt-generellen Regelungen“ auf der Ebene des „objektiven Rechts“ (= Inhalts- und Schrankenbestimmung), andererseits dem Entzug „konkreter subjektiver Rechtspositionen“ des Einzelnen (= Enteignung).³¹ Denn auch ein Gesetz, das zur Enteignung ermächtigt (z.B. § 19 FStrG, § 22 AEG), trifft eine abstrakt-generelle und damit objektiv-rechtliche Regelung (anders natürlich die sog. Legislativenteignung unmittelbar „durch Gesetz“, vgl. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG). Auf der anderen Seite entzieht auch eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, sofern sie dem Eigentümer nachteilig ist, eine konkrete subjektive Rechtsposition: Wird ein Grundstück unter Denkmalschutz gestellt – sei es nun durch das Denkmalschutzgesetz selbst oder erst durch dessen Vollzug³² –, so greift dies unmittelbar auf das Eigentum des davon betroffenen „Einzelnen“ zu.

20. Welches sind demnach die entscheidenden Definitionsmerkmale?

Entscheidend ist, dass die Inhalts- und Schrankenbestimmung hinsichtlich des Eigentums eine objektbezogene Regelung trifft (in der Diktion des BVerfG: eine Regelung „hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinne der Verfassung zu verstehen sind“). Eine Villa wird unter Denkmalschutz gestellt, weil sie in ihrem jetzigen Zustand erhalten werden soll;³³ ein landwirtschaftliches Grundstück darf nur mit Genehmigung veräußert werden, weil nur auf diese Weise einer ungesunden Verteilung von Grund und Boden vorgebeugt werden kann.³⁴ Kurz: Inhalts- und Schrankenbestimmungen knüpfen an eine Eigenschaft des Eigentumsobjekts an, sie definieren die rechtlichen Eigenschaften der Güter, an denen Eigentum besteht (Güterdefinition).

Demgegenüber wird enteignet, um einen gleichsam von außen an das Objekt herangetragenem Zweck zu erfüllen. Man könnte daher formulieren: Die Enteignung ist projektbezogen – das Grundstück wird z.B. für eine Autobahn oder Eisenbahn benötigt. Im Grunde kommt es jedoch allein darauf an, dass jemand ein Eigentumsobjekt haben will, aus welchem Grund auch immer, und die Rechtsordnung ihm erlaubt, sich dieses Objekt (genauer: seine Nutzung) mit legal erlaubtem Zwang zu beschaffen, falls der Eigentümer nicht bereit ist, es dem Nachfrager durch Vertrag (Kontrakt) zu überlassen (Zwangskontrakt).³⁵

21. Was ist von der jüngsten Präzisierung des Enteignungsbegriffs seitens des BVerfG (siehe Frage 18) zu halten? Inwiefern ist die Entscheidung methodisch bedenklich?

Die neue Formel des BVerfG birgt die Gefahr, den Tatbestand der Enteignung (zwangswiseiger Entzug eines Objekts zu Gunsten eines anderen) zu verwechseln mit der Rechtfertigung der Enteignung („zu Gunsten eines Gemeinwohlprojekts“).³⁶ Dies zeigt sich gerade am entschiedenen Fall: Bei der sog. städtebaulichen Umlegung gem. §§ 45 ff. BauGB werden in einem bestimmten Gebiet alle Grundstücke den Eigentümern vollständig und endgültig entzogen, sodann „zu einer Masse vereinigt“ und derart neu geschnitten, dass zur Bebauung geeignete Grundstücke entstehen, die schließlich auf die Eigentümer entsprechend ihren Anteilen verteilt werden. Das BVerfG hält dies *nicht* für eine Enteignung, weil das gesamte Verfahren allein dem „Ausgleich privater Interessen“ diene, nicht also der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Aber das ist doch gerade das Problem! Enteignungen sind nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig (Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG) – dann aber darf man Enteignungen, die dieser Anforderung nicht genügen, nicht einfach zu Nicht-Enteignungen umdefinieren!

Methodisch bedenklich ist: Das BVerfG weicht in der Entscheidung zur städtebaulichen Umlegung von zwei wichtigen Präjudizien ab – ohne dies deutlich zu machen. Das erste Präjudiz ist die sog. Boxberg-Entscheidung³⁷: In ihr hatte das Gericht ein nahezu identisches Verfahren, die sog. Unternehmensflurbereinigung gem. § 144f BBauG, ganz zwanglos als (privatnützige) Enteignung qualifiziert. Warum die städtebauliche Umlegung anders zu beurteilen sein soll, wird nicht einmal im Ansatz begründet. Das zweite Präjudiz,

³⁰ BVerfGE 104, 1 (9 f.).

³¹ Aber Achtung: Die ganz h.M. wendet diese Formeln unreflektiert und gewissermaßen als Faustformeln an; krit. und mit der hier geschilderten Lösung *Lege*, Zwangskontrakt und Güterdefinition, 1995.

³² S. dazu Frage 22; klassischer Fall zum Naturschutz: BVerwG, Urt. v. 24.6.1993 – 7 C 26.92 = BVerwGE 94, 1 – Herrschinger Moos.

³³ BVerfGE 100, 226.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 12.1.1967 – 1 BvR 169/63 = BVerfGE 21, 73 – Grundstückverkehrsgesetz.

³⁵ Noch einmal anders gewendet: Enteignung ist der rechtlich gebilligte marktinterne Zwangszugriff eines Nachfragers auf ein Eigentumsobjekt – wobei „Zugriff“ meint: Entzug und Übertragung der Nutzung des Objekts auf den Begünstigten. Beispiel: Eigentümer müssen dulden, dass eine Gondelbahn ihre Grundstücke überfährt, vgl. BVerfG, Urt. v. 10.3.1981 – 1 BvR 92/71 = BVerfGE 56, 249 (mit berühmtem Sondervotum von *Böhmer*).

³⁶ *Berkemann*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 2002, Art. 14 Rn. 523, 546.

³⁷ BVerfG, Urt. v. 24.3.1987 – 1 BvR 1046/85 = BVerfGE 74, 264.

die Entscheidung zum bergrechtlichen Vorkaufsrecht,³⁸ hatte explizit verworfen, was nunmehr die Enteignung ausmachen soll: „Das Vorliegen einer Enteignung hängt [...] nicht davon ab, dass es sich um einen Güterbeschaffungsvorgang handelt. Ihr entscheidendes Merkmal ist der Entzug des Eigentums und der damit bewirkte Rechts- und Vermögensverlust, nicht die Übertragung des entzogenen Objekts“. Dies ist mit der neuen Formel – siehe Frage 18 – unvereinbar, und es ist schlicht unredlich, das entgegenstehende Präjudiz nicht einmal zu zitieren.

V. Zur Inhalts- und Schrankenbestimmung

22. Inwiefern bedarf Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG einer kleinen beachtlichen Auslegung?

Die Vorschrift lautet, wie gesagt: „Inhalt und Schranken [des Eigentums] werden durch die Gesetze bestimmt“. Zu ergänzen ist: „durch die Gesetze – und natürlich auch durch ihren Vollzug seitens der Verwaltung“. Dies muss deshalb betont werden, weil seit einer sehr misslichen Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 116, 268 – Galgenberg [lesen!])³⁹ die Vorstellung aufkam: Wenn ein Gesetz, das eigentlich nur Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt, die Verwaltung ermächtigt, „ausnahmsweise im Einzelfall“ einzelne Eigentümer herauszugreifen, dann ermächtigt es zur Enteignung. Der BGH hat dies in der bahnbrechenden Entscheidung BGHZ (GS) 6, 270 – Wohnungsgesetz⁴⁰ – zwar modifiziert: Grundsätzlich bildeten das inhalt- und schrankenbestimmende Gesetz und der es vollziehende Anwendungsakt zwar eine „Einheit“. Dies gelte aber nicht, wenn der Vollzugsakt dem Betroffenen ein „Sonderopfer“ zumute. Dann werde die Schwelle zur Enteignung überschritten, so dass entschädigt werden müsse (sog. Schwellentheorie). Kurz: Auch der BGH hält es für möglich, dass der Vollzug eines inhalt- und schrankenbestimmenden Gesetzes eine Enteignung sein, in eine Enteignung „umschlagen“ könne.

Demgegenüber ist nach der Dogmatik des BVerfG zu betonen: Auch der Vollzug eines inhalt- und schrankenbestimmenden Gesetzes ist und bleibt – immer – eine Inhalts- und Schrankenbestimmung. Sie verwandelt sich niemals – auch nicht bei schwerster Beeinträchtigung des Eigentümers – in eine Enteignung (sog. Trennungstheorie).

23. Worin besteht der Unterschied zwischen Inhaltsbestimmung und Schrankenbestimmung?

Es gibt keinen praktischen Unterschied. Eigentum hat, als eine Grenzziehung der Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich, immer eine zugleich ermächtigende und beschränkende Funktion.⁴¹ Daher sind denn auch alle Versuche, Inhaltsbestimmungen von Schrankenbestimmungen abzugrenzen und daran unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen,

gescheitert. Und daher besteht auch zwischen den Ausdrücken „Inhalt- und Schrankenbestimmung“ und (allein) „Inhaltsbestimmung“ kein praktischer Unterschied.

24. Nach allgemeiner Meinung sind unter „Gesetz“ i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG auch Gesetze im materiellen Sinne zu verstehen. Nennen Sie das wichtigste Beispiel!

Der Bebauungsplan. Er ist gemäß § 10 Abs. 1 BauGB eine Satzung, also ein Gesetz im materiellen Sinn. Im Bebauungsplan wird von der Gemeinde konkret und rechtsverbindlich „festgesetzt“ (§§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 BauGB), in welcher Weise ein Grundstück bebaut werden darf – oder aber auch nicht. Damit wird der „Inhalt“ des Grundeigentums ganz maßgeblich „bestimmt“: Der Wert von Bauland übersteigt den von Ackerland um ein Vielfaches (im Durchschnitt 23,32 bis 122,05 Euro⁴² gegenüber 1,18 Euro⁴³ pro Quadratmeter). Wird das Grundstück gar für eine Verkehrsfläche oder öffentliche Grünflächen eingeplant, hat es für den Eigentümer kaum noch einen wirtschaftlichen Wert.

25. Nennen Sie das wichtigste Beispiel für eine ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung!

Das sog. Planungsschadensrecht der §§ 39 bis 44 BauGB.⁴⁴ Es setzt der Planungsfreiheit der Gemeinden sehr wirksame finanzielle Grenzen. Wenn nämlich die Gemeinde zu Lasten des Eigentümers die zulässige Nutzung eines Grundstücks durch einen Bebauungsplan neu „bestimmt“ – z.B. wird aus Bauland Grünfläche; oder: statt bislang dreistöckiger ist nur noch zweistöckige Bebauung zulässig –, dann hat der Eigentümer hierfür einen Anspruch auf Entschädigung für den Wertverlust (Einzelheiten siehe § 42 BauGB).

26. Was ist der sog. Übernahmeanspruch?

Der Übernahmeanspruch – genauer: Anspruch auf Übernahme gegen Entschädigung – ist ein Geheimschlüssel für das

⁴² Das erste der Preis für sog. Rohbauland, das zweite der Preis für (voll erschlossenes) sog. baureifes Land (zu den Begriffen § 5 Abs. 3 und 4 ImmoWertV – Sartorius Ergänzungsband Nr. 310); siehe Statistisches Bundesamt, http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Preise/BauImmobilienPreise/Tabellen/Content75/KaufwerteBaulandZeitvergleich_templateId=renderPrint.psm1 (zuletzt abgerufen am 28.8.2011).

⁴³ So der Durchschnitt für ganz Deutschland im Jahr 2010 mit allerdings starken Schwankungen (Nordrhein-Westfalen 2,8 Euro, Brandenburg 0,63 Euro), vgl. Statistisches Bundesamt, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Preise/BauImmobilienPreise/Tabellen/Content100/VerkaufeLandwirtschaftlicherGrundtemplaId=renderPrint.psm1> (zuletzt abgerufen am 28.8.2011); zur Erläuterung: die dort genannten Preise beziehen sich auf 1 Hektar, und 1 Hektar hat bekanntlich 10.000 qm).

⁴⁴ Die Einordnung als Inhaltsbestimmung dürfte mittlerweile unstrittig sein, vgl. *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Hrsg.), *Baugesetzbuch*, 11. Aufl. 2009, Vorb. §§ 39-44 Rn. 5.

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 9.1.1991 – 1 BvR 929/89 = BVerfGE 83, 201 (211).

³⁹ RG, Urt. v. 11.3.1927 – VI 346/26.

⁴⁰ BGH (GS), Beschl. v. 10.6.1952 – GSZ 2/52.

⁴¹ Schrankenloses Recht wäre Unrecht: *summum ius summa iniuria*.

Verständnis des Art. 14 GG. Er gibt dem Eigentümer nämlich das Recht, von sich aus vom Staat zu verlangen, „enteignet“ zu werden. Ein solcher Anspruch besteht nur, wenn ein Gesetz ihn gewährt, etwa im Denkmal- oder Naturschutzrecht. Voraussetzung des Anspruchs ist dann etwa, dass eine Beschränkung des (Grund-)Eigentums den Eigentümer im Einzelfall derart belastet, dass „ihm der weitere Verbleib in seinem Eigentum wirtschaftlich nicht zuzumuten ist“ (so § 68 Abs. 2 S. 2 BNatSchG). Wenn dies der Fall ist, kann der Eigentümer statt Entschädigung in Geld (§ 68 Abs. 2 S. 1 BNatSchG) zusätzlich verlangen, dass der zuständige Verwaltungsträger das Grundstück und alle daran hängenden Lasten „übernimmt“ (vgl. § 68 Abs. 2 S. 2 BNatSchG) – natürlich gegen Entschädigung (in aller Regel in Höhe des Verkehrswerts).

27. Gibt es den Übernahmeanspruch auch im Baurecht?

Ja. Gemäß § 40 Abs. 2 BauGB kann der Eigentümer die Übernahme seines Grundstücks verlangen, wenn es ihm wegen der Festsetzungen des Bebauungsplans wirtschaftlich nicht mehr zumutbar ist, das Grundstück zu behalten oder es wie bisher zu nutzen. Die dazu passenden Fälle sind in § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 14 BauGB aufgezählt, so u.a. die Ausweisung von Flächen für den Gemeinbedarf (Nr. 1), Verkehrsflächen (Nr. 5), Flächen für Abfall- und Abwasserbeseitigung (Nr. 7), Grünflächen (Nr. 8), von Bebauung freizuhaltende Flächen (Nr. 12), Flächen zum Schutz von Boden, Natur und Landschaft (Nr. 14). Wenn man so will, sind es Flächen, die dem „Markt“, d.h. dem normalen Wirtschaftsleben gänzlich entzogen werden, indem ihre private Nutzbarkeit „auf null“ reduziert wird.

28. Wie ist der Übernahmeanspruch dogmatisch einzuordnen?

Es handelt sich um einen Entschädigungsanspruch im Rahmen der sog. ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung.⁴⁵ Oder wenn man will: Dieser Anspruch ist das *ius extremum*, die ultima ratio des Eigentümers gegen den Staat, wenn dieser ihm das Eigentumsobjekt wirtschaftlich entwertet. In einem solchen Fall kann der Eigentümer verlangen, dass der Staat ihm das Eigentum gleichsam „abkauft“.

VI. Zur Enteignung

29. Gibt es im Bauplanungsrecht auch echte Enteignungen?

Ja. § 85 Abs. 1 BauGB sieht hierfür insgesamt sieben Tatbestände vor, genauer: sieben Zwecke, zu deren Verwirklichung die Enteignung zulässig ist. Einer dieser Zwecke ist z.B., Grundstücke für die Entschädigung in Land zu beschaffen (Nr. 3), ein anderer, Grundstücke einer baulichen Nutzung zuzuführen, wenn der Eigentümer ein Baugebot gemäß § 176 Abs. 1 oder 2 BauGB nicht erfüllt.

⁴⁵ So implizit auch BVerfGE 100, 226 (245 f.) – Denkmalvilla.

30. Was ist eine planakzessorische Enteignung?

Als planakzessorische Enteignung bezeichnet man es, wenn enteignet wird, „um entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans ein Grundstück zu nutzen oder eine solche Nutzung vorzubereiten“ (§ 85 Abs. 1 Nr. 1 BauGB). Dies ist nicht unproblematisch: Gemäß Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG darf die Enteignung nur „durch oder auf Grund eines Gesetzes“ erfolgen – und mit Gesetz ist hier allein das Gesetz im formellen Sinn (Parlamentsgesetz) gemeint. Der Bebauungsplan ist jedoch nur ein Gesetz im materiellen Sinn, und doch enthält er in der Sache die entscheidenden, die Enteignung rechtfertigenden Festsetzungen.

Das BVerfG hält die planakzessorische Enteignung dennoch für verfassungsgemäß⁴⁶: § 85 Abs. 1 Nr. 1 BauGB sei das erforderliche förmliche Gesetz. Das konkrete, die Enteignung rechtfertigende Projekt werde zwar von der Verwaltungsebene bestimmt,⁴⁷ hier von der Gemeinde. Jedoch werde diese Entscheidung – der Bebauungsplan – sowohl von der Enteignungsbehörde als auch von den Baulandgerichten (Frage 39) derart überprüft, dass dem Grundrecht aus Art. 14 GG Genüge getan werde. Vor allem aber sei die Enteignungsbehörde gerade nicht an die Entscheidung der Gemeinde gebunden (siehe sogleich Frage 31), sie habe vielmehr selbst im Einzelfall nochmals zu prüfen, ob das Wohl der Allgemeinheit die Enteignung erfordert (§ 87 Abs. 1 BauGB).⁴⁸

31. Was ist eine enteignungsrechtliche Vorwirkung?

Enteignungsrechtliche Vorwirkung kann Planfeststellungsbeschlüssen⁴⁹ zukommen – zwar nicht schon nach den §§ 74 ff. VwVfG, wohl aber, wenn ein Fachplanungsgesetz dies anordnet. Die enteignungsrechtliche Vorwirkung besteht dann darin, dass der Planfeststellungsbeschluss, mit dem z.B. eine Auto- oder Eisenbahntrasse genehmigt wird, für die Enteignungsbehörde bindend ist (§ 19 Abs. 2 FStrG, § 22 Abs. 2 AEG). M.a.W.: Bereits der Planfeststellungsbeschluss entscheidet abschließend darüber, ob die für das Vorhaben benötigten Grundstücke enteignet werden dürfen.

32. Gibt es auch Enteignungen durch Private?

Nach der hier vertretenen Meinung: Ja, und zwar im Recht der Kapitalgesellschaften. Denn gem. §§ 327a ff. AktG hat ein Gesellschafter, dem Aktien in Höhe von 95 Prozent des Grundkapitals gehören (Hauptaktionär), das Recht, sich „gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung“ die Aktien der übrigen Aktionäre (Minderheitsaktionäre) zu beschaffen (sog. „squeeze out“). Nach fast allgemeiner Mei-

⁴⁶ BVerfG (I. Kammer des *Ersten Senats*), Beschl. v. 8.7.2009 – 1 BvR 2187/07 = NVwZ 2009, 1283.

⁴⁷ Insofern liegen die Dinge also nicht anders als bei der Planfeststellung von Auto- oder Eisenbahnen durch die dafür zuständigen Behörden.

⁴⁸ BVerfG NVwZ 2009, 1283 (1285): keine enteignungsrechtliche Vorwirkung des Bebauungsplans.

⁴⁹ Nicht hingegen auch Plangenehmigungen, siehe § 74 Abs. 6 S. 2 VwVfG.

nung handelt es sich hierbei nicht um eine Enteignung, weil nur Private beteiligt sind.⁵⁰ Jedoch ist es, gerade unter dem Aspekt von Freiheit und Gleichheit, überhaupt nicht einzusehen, warum es keine Enteignung sein soll, wenn Private ermächtigt werden, andere Private aus einer Eigentümerposition hinauszudrängen – und dies, ohne irgendeinen rechtfertigenden Grund angeben zu müssen. (Nebenbei: Mit Hilfe dieses scheinbar privatrechtlichen Instruments hat sich die Bundesrepublik im Zuge der großen Wirtschaftskrise 2009 die Minderheitsaktien der „Pleitebank“ Hypo Real Estate beschafft.)

33. Stimmt es eigentlich, dass die Enteignung eine ultima ratio ist, also erst dann zulässig, wenn eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nicht ausreicht?

Nein.⁵¹ Die Enteignung ist nicht ein Mehr als die Inhalts- und Schrankenbestimmung, sondern ein Aliud, also etwas völlig anderes (vgl. auch Frage 28). Allerdings kann man bei der Enteignung von einer ultima ratio in dem Sinn sprechen, dass sich der Begünstigte zunächst bemühen muss, das Eigentumsobjekt „freihändig“, d.h. durch Vertrag, zu erwerben.⁵² Zudem muss vorrangig Eigentum der öffentlichen Hand in Anspruch genommen werden, wenn sich das Vorhaben mit seiner Hilfe ebenso gut verwirklichen lässt.⁵³

34. Nennen Sie ein Beispiel dafür, dass nicht schon der – auch vollständige – Entzug des Eigentums die Enteignung ausmacht!

Die Tötung tollwutverdächtiger Hunde (BVerfGE 20, 351)⁵⁴. Vielmehr handelt es sich um den Vollzug eines inhalt- und schrankenbestimmenden Gesetzes: Das Tierseuchengesetz knüpft an die Gefährlichkeit des Eigentumsobjekts „Hund“ an und erlaubt eben deshalb die Tötung bei Tollwutverdacht.

35. Nennen Sie Beispiele dafür, dass die Übertragung der Nutzung auf den begünstigten Nachfrager mit Hilfe eines „Zwangskontrakts“ die Enteignung kennzeichnet!

Ein Beispiel dafür, dass bei bestehenbleibenden Eigentumsverhältnissen allein die Nutzung beschafft wird: Die öffentliche Hand lässt sich für eine Gondelbahn auf den Teufelsstein von den Grundeigentümern per Dienstbarkeit die nötigen Überfahrungsrechte einräumen.⁵⁵ Ein Beispiel für zwangsweise Übertragung der Nutzung im Bereich des Immaterialgüterrechts: Die sog. Zwangslizenz gem. § 24 PatG ermöglicht es einem Nachfrager („Lizenzsucher“), sich vom Pa-

tentgericht im Klagewege die „nicht ausschließliche Befugnis zur gewerblichen Benutzung einer Erfindung“ erteilen zu lassen. Voraussetzung ist, dass er sich (1) erfolglos bemüht hat, die Zustimmung vom Patentinhaber selbst zu erhalten und dass (2) das öffentliche Interesse die Erteilung einer Zwangslizenz gebietet.

Ein Beispiel dafür, dass der Zwangskontrakt kein „Zwangskauf“ sein muss: Nach dem Urheberrechtsgesetz von 1965 mussten die Autoren von Sprachwerken wie Gedichten oder Kurzgeschichten es dulden, dass ihre Werke in Schulbüchern ohne ihre Zustimmung und sogar ohne Entschädigung abgedruckt werden – das war also eine Zwangsschenkung.⁵⁶

VII. Prozessuales und Staatshaftungsrecht

36. Inwiefern ist bei hoheitlicher Beeinträchtigung des Eigentums der Rechtsweg gleich doppelt gespalten?

Für den sog. Primärrechtsschutz, also die Frage, ob die hoheitliche Beeinträchtigung rechtmäßig ist, sind grundsätzlich die Verwaltungsgerichte zuständig, denn es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO). Für den sog. Sekundärrechtsschutz, also einen möglichen Schadensersatz oder eine Entschädigung bei rechtswidriger Beeinträchtigung des Eigentums, sind jedoch die ordentlichen Gerichte zuständig (vgl. § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG, Art. 34 S. 3 GG; s. aber auch Frage 38). Das gleiche gilt bei Enteignungen, dort allerdings nur wegen der Höhe der Entschädigung (Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG, sog. Lex Dehler). Wenn der Eigentümer meint, er sei rechtswidrig enteignet worden, muss er mithin vor den Verwaltungsgerichten klagen. Will er Geld, sind die ordentlichen Gerichte am Zug.

37. Was versteht man unter Vorfragenkompetenz?

Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG lautet, mit Bezug auf Enteignungen: „Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten offen.“ Der BGH nahm jedoch für sich und die ordentlichen Gerichte in Anspruch, nicht nur über die Höhe, sondern auch über den Grund des Entschädigungsanspruchs zu entscheiden. M.a.W.: Er entschied auch über die „Vorfrage“, ob überhaupt eine „Enteignung“ vorlag (die dann, nach der alten Dogmatik, unmittelbar aus Art. 14 GG zu entschädigen war).⁵⁷ Damit griff er allerdings in die Kompetenz der Verwaltungsgerichte über.

38. In welcher Vorschrift des Verwaltungsprozessrechts manifestiert sich heute der (Kompetenz-)Streit um den Enteignungsbegriff?

§ 40 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwGO. Die Vorschrift ist eigentlich überflüssig, denn sie weist „Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes“ den Verwaltungsgerichten zu. Dorthin hatten sie freilich, bei Zugrundelegung

⁵⁰ Siehe aber auch Berkemann (Fn. 36), Art. 14 Rn. 644.

⁵¹ Anders nur prima facie BVerfGE 24, 367 (405) – Hamburger Deichordnung; zumindest missverständlich Haas, NVwZ 2002, 272 (274).

⁵² So etwa BVerwG, Urt. v. 27.8.2009 – 4 CN 1/08, BRS 74 Nr. 20 (2009) Rn. 19 f. (juris).

⁵³ BVerfG NVwZ 2009, 1283 (1285, 1268 = Rn. 13, 20, 23 [juris]).

⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 17.11.1966 – 1 BvL 10/61.

⁵⁵ BVerfG, Urt. v. 10.3.1981 – 1 BvR 92/71 = BVerfGE 56, 249.

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 7.7.1971 – 1 BvR 765/66 = BVerfGE 31, 229.

⁵⁷ Klassischer Fall: BGH, Urt. v. 26.11.1954 – V ZR 58/53 = BGHZ 15, 268 – Stuttgarter Bausperre.

der richtigen Dogmatik des BVerfG, schon immer gehört. Wegen der soeben geschilderten, tief eingefahrenen BGH-Rechtsprechung war eine Klarstellung im Gesetz jedoch angebracht.

39. Worin besteht die Eigenart der Kammern und Senate für Baulandsachen?

Die Kammern und Senate für Baulandsachen sind spezielle Spruchkörper, die bei den ordentlichen Gerichten für bestimmte Materien des Bauplanungsrechts eingerichtet werden. Die Kammern werden bei den Landgerichten gebildet, sie bestehen aus zwei Richtern des Landgerichts, einem davon als Vorsitzenden, und einem Richter eines Verwaltungsgerichts (§ 220 BauGB). Entsprechendes gilt für die Senate für Baulandsachen an den Oberlandesgerichten (§ 229 BauGB). Die Kammern bzw. Senate entscheiden in allen speziell „eigentumsrelevanten“ Rechtsfragen, insbesondere über Enteignungen gemäß §§ 85 ff. BauGB und Umlegungen gemäß § 45 ff. BauGB (§ 217 Abs. 1 S. 2 BauGB). Sie entscheiden aber auch über die Entschädigung nach den §§ 39 bis 44 BauGB (§ 217 Abs. 1 S. 1 BauGB), die, wie wir gesehen haben (Frage 25), eine ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung ist.

40. Was ist eine faktische Bausperre?

Als Bausperre bezeichnete man in der Zeit vor dem BBauG/BauGB das, was heute Veränderungssperre (§ 14 BauGB) oder Zurückstellen von Baugesuchen (§ 15 BauGB) heißt: Sobald von Seiten der Gemeinde der Beschluss vorliegt, einen Bebauungsplan aufzustellen (§ 2 Abs. 1 S. 2 BauGB, sog. Planaufstellungsbeschluss), kann die Gemeinde im gesamten Plangebiet Vorhaben vorläufig verbieten (§§ 14, 16 BauGB) oder einzelne Vorhaben durch die Baugenehmigungsbehörde vorläufig verbieten lassen (§ 15 BauGB). Sinn der Regelung ist zu verhindern, dass die Gemeinde nach Abschluss des Planverfahrens Entschädigung für die Beseitigung mittlerweile errichteter Vorhaben zahlen muss (vgl. §§ 39 ff. BauGB).

Als „faktische Bausperre“ bezeichnet der BGH es nach wie vor, wenn eine zu erteilende Baugenehmigung mit Verzögerung erteilt wird, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Behörde bei der Verzögerung ein Verschulden traf.⁵⁸ Und er gewährt in diesen Fällen nach wie vor entgegen der Wertung des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG (Verschuldenserfordernis) Entschädigung aus dem sog. „enteignungsgleichen Eingriff“.

41. Welche Fallgruppe bezeichnet der BGH mit „qualifiziertes Unterlassen“? Inwiefern ist sie verfassungsrechtlich bedenklich?

Es geht um folgende Konstellation: A beantragt einen Verwaltungsakt, auf den er einen – einfach-rechtlichen – Anspruch hat, z.B. eine Baugenehmigung (vgl. § 72 Abs. 1 LBauO MV). Die Behörde lehnt den Verwaltungsakt mit vertretbarer Begründung, d.h. ohne Verschulden, ab. A klagt

und erhält in letzter Instanz Recht. Für die Zeit zwischen Ablehnung der Baugenehmigung und Verurteilung der Behörde zum Erlass des Verwaltungsakts klagt A nun auf Entschädigung, etwa wegen entgangenen Gewinns. Nach der Rechtsprechung des BGH hat er Erfolg: Aus Art. 14 GG ergebe sich ein verfassungsrechtlich geschützter Anspruch auf die Baugenehmigung („Baufreiheit“, s.o. Frage 12). Werde dieser Anspruch in rechtswidriger Weise nicht erfüllt, sei der Eigentümer aus „enteignungsgleichem Eingriff“ zu entschädigen.

Das verstößt gegen die Verfassung. Die Ablehnung eines einfach-rechtlichen Anspruchs ist nicht schon eine Verletzung des Verfassungsrechts,⁵⁹ hier des Art. 14 GG. Denn Inhalt und Schranken des Eigentums ergeben sich erst aus den Gesetzen, hier also primär aus § 72 Abs. 1 LBauO und sekundär aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG (Amtshaftung). Nach § 893 BGB haftet der Staat aber nur, wenn er bei der – am Ende rechtswidrigen – Ablehnung der Baugenehmigung vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Über dieses Verschuldenserfordernis setzt sich der BGH contra legem und praeter constitutionem hinweg. Praktisch setzt er damit die Verwaltung unter Druck, im Zweifel zu Gunsten des Eigentümers zu entscheiden.

42. Welche Funktion hat in der Rechtsprechung des BGH die sog. eigentumsfähige Rechtsposition?

Sie dient der Abgrenzung zwischen solchen einfach-gesetzlichen Ansprüchen gegen die Verwaltung, deren Nichterfüllung der BGH auch dann mit einer Entschädigung sanktioniert, wenn die Behörde kein Verschulden trifft, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Beispiel: Ärztin A kauft einen Computertomographen. Die für die Abrechnung mit der Krankenkasse erforderliche behördliche Zustimmung wird rechtswidrig, aber ohne Verschulden versagt. A kann den Tomographen daher nicht gewinnbringend nutzen.⁶⁰ – In diesem Fall gewährt der BGH keinen Anspruch aus „enteignungsgleichem Eingriff“: Verletzt sei nur die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG, nicht das Eigentum (Art. 14 GG) – nach der Formel, Art. 12 GG schütze den Erwerb, Art. 14 GG das Erworbenes. Nur: Geht es nicht auch bei der im Rahmen des Art. 14 GG angeblich geschützten „grundrechtlich geschützten Veräußerungsfreiheit“ um Erwerb, nicht um Erworbenes?

Es zeigt sich mithin: Der BGH privilegiert mit einer gewissen Willkür einige einfach-rechtliche Ansprüche des Bürgers – wobei das „qualifizierte Unterlassen“ zunächst den Weg öffnet und die „eigentumsfähige Rechtsposition“ ihn dann für Unerwünschtes wieder versperrt. Aber nach welchen Kriterien? Man wird sagen können: Nach Ansicht des BGH steht das Grundeigentum unter dem besonderen Schutz des Art. 14 GG.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 11.1.2007 – III ZR 302/05 = BGHZ 170, 260 (273) – Grundbuchamt.

⁵⁹ Falsch daher BGHZ 170, 260 (274), wo von einer „grundrechtlich (!) geschützten Veräußerungsfreiheit“ die Rede ist.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 14.3.1996 – III ZR 224/94 = BGHZ 132, 181.

43. Warum ist im Staatshaftungsrecht – nach wie vor – das BVerfG gegenüber dem BGH in der schwächeren Position?

Es gibt kaum eine Möglichkeit, dass ein Rechtsstreit, in dem es um die Entschädigung des Eigentümers „aus Art. 14 GG“ geht – bzw. aus den nicht gesetzlich verankerten Ansprüchen aus „enteignungsgleichem“ oder „enteignenden Eingriff“, vor das BVerfG kommt. Wenn dem Eigentümer eine Entschädigung zugesprochen wird, die er nach Ansicht des BVerfG nicht bekommen darf, ist er durch das Fehlurteil nicht beschwert – und wird folglich auch nicht Verfassungsbeschwerde einlegen. Die öffentliche Hand, die zu Unrecht zahlen muss, ist für die Verfassungsbeschwerde nicht beschwerdeberechtigt (kein „jedermann“ i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) und es gibt auch kein anderes für sie passendes Verfahren.⁶¹

Sogar wenn der BGH selbst Zweifel hätte, ob er mit Recht Entschädigung gewähren darf, wäre ein Vorlageverfahren nach Art. 100 GG häufig unzulässig. Wenn z.B. ein Gesetz eine nach Ansicht des BGH verfassungsrechtlich gebotene Entschädigungsregelung nicht enthält oder gar ausschließt, dann ist die Verfassungswidrigkeit dieses Gesetzes eigentlich nicht entscheidungserheblich (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 Abs. 2 S. 1 BVerfGG). Der BGH müsste nämlich bei Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes genauso entscheiden wie bei Verfassungswidrigkeit, nämlich die Klage mangels einer gesetzlich vorgesehenen Entschädigung abweisen. Aus diesem Grund war übrigens das Verfahren in der berühmten Nassauskiesungsentscheidung des BVerfG eigentlich unzulässig und konnte mir mit Mühe zulässig gemacht werden.⁶²

VIII. Zum Abschluss

44. Aus wessen Perspektive beurteilen (a) der BGH und (b) das BVerfG die Entschädigungsbedürftigkeit von Eigentumsbeeinträchtigungen?

a) Der BGH stellt nach wie vor ab auf die Sicht eines „vernünftigen Eigentümers“, der sein Grundstück wirtschaftlich nutzen will, dabei aber auch, sozusagen von sich aus, die Interessen der Allgemeinheit berücksichtigt. Nutzungen, die er ziehen will, gehören zum Inhalt des Eigentums; verhindert die Behörde die Nutzung, ist zu entschädigen. (Interessant ist übrigens: Der „vernünftige Eigentümer“ war ursprünglich ein Topos, um die Haftung der öffentlichen Hand zu beschränken: Wenn ein Landschaftsplan aus Gründen des Gemeinwohls ein Grundstück als Grünfläche ausweist, nimmt ein „vernünftiger Eigentümer“ dies ohne Entschädigung hin.⁶³)

b) Anders als der BGH stellt das BVerfG primär auf die Sicht des Gesetzgebers ab: Was er angesichts des Art. 14 Abs. 2 GG – der Gebrauch des Eigentums soll „zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen“ – für vernünftig hält, hat die

Vermutung der Richtigkeit für sich. M.a.W.: Der Gesetzgeber hat bei dem gerechten Ausgleich zwischen dem privaten Eigentümerinteresse und der „Sozialbindung“ einen Gestaltungsspielraum. Dieser ist umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt einen sozialen Bezug und eine soziale Funktion hat.⁶⁴ Es muss freilich (siehe Frage 7) immer ein Eigentum übrig bleiben, das diesen Namen verdient.

45. Was ist, falllösungstechnisch betrachtet, der wichtigste praktische Unterschied zwischen enteignungsgleichem/enteignendem Eingriff und ausgleichspflichtiger Inhaltsbestimmung?

Der sog. enteignungsgleiche und der sog. enteignende Eingriff sind eigenständige Anspruchsgrundlagen, gerichtet auf Entschädigung des Eigentümers. Die sog. ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung ist als solche noch keine Anspruchsgrundlage für eine Entschädigung. Es handelt sich vielmehr um eine Sammelbezeichnung dafür, dass manche inhalt- und schrankenbestimmenden Gesetze eine Ausgleichs- bzw. Entschädigungsregelung enthalten müssen, um unbeabsichtigte Härten bei Anwendung des Gesetzes abzumildern, andernfalls sie verfassungswidrig sind. Erst diese Ausgleichsregelung im Gesetz ist dann die erforderliche Anspruchsgrundlage für eine Entschädigung (Grundsatz der Gesetzlichkeit der Entschädigung).

⁶¹ Daher musste BVerfG, Beschl. v. 7.6.1977 – 1 BvR 108/73 u.a. = BVerfGE 45, 63 (80 f.) – Stadtwerke Hameln – die Verfassungsbeschwerden der verurteilten Städte und Landkreise mit merklichem Bedauern als unzulässig verwerfen.

⁶² BVerfGE 58, 300 (317 ff.).

⁶³ BGH, Urt. v. 20.12.1956 – III ZR 82/55 = BGHZ 23, 30 (33, 35) – Grünflächenverzeichnis (lesenswert).

⁶⁴ BVerfGE 50, 290 (340 f.) – Mitbestimmung.

Grundrechte als Herausforderung bei der Falllösung im Examen – wie ist vorzugehen, wenn mehrere Grundrechte oder andere Verfassungsgüter herangezogen werden müssen?

Von Prof. Dr. Ekkehard Hofmann, stud. iur. Fabian König, Würzburg*

Grundrechtskombinationen – also Fälle, in denen drei oder mehr Grundrechte¹ zur Lösung herangezogen werden – kommen in den unterschiedlichsten Varianten vor und spielen nicht nur in der Rechtsprechung, sondern auch in der Examenspraxis eine erhebliche Rolle. Der Beitrag versucht, den Studierenden anhand verschiedener examenstypischer Fallkonstellationen Leitlinien für die Behandlung derartiger Aufgaben an die Hand zu geben. Die folgenden Hinweise sollen insbesondere helfen, in der Prüfung mit dem Aufeinandertreffen von zwei und mehr Grundrechtseingriffen souverän umzugehen. Die Bandbreite möglicher Fallgestaltungen reicht hierbei von ganz einfachen Fragen bis hin zu bislang ungelösten Herausforderungen der Grundrechtsdogmatik.²

Ausgangsfall – Sachverhaltszerlegung³

Ivan Pesiric (I) arbeitet als erfolgreicher Berufsfotograf in München.⁴ Nach einem harten Arbeitstag kommt er abends nach Hause und stellt fest, dass sein Wohnungsschlüssel nicht mehr passt. Die Erklärung hierfür entnimmt er einer Notiz, die an der Tür angebracht worden war: die Polizei hatte in seiner Abwesenheit die Tür aufgebrochen, seine Wohnung durchsucht und verschiedene Gegenstände beschlagnahmt. Den neuen Wohnungsschlüssel könne er sich auf einem nahegelegenen Polizeirevier abholen.

Gesagt, getan: mit dem neuen Schlüssel gelangt I wieder in die Wohnung und muss feststellen, dass nicht nur ein Computer, sondern auch eine alte Briefwaage und – wie es in dem polizeilichen Bericht später heißt – eine rauschgiftähnliche, pflanzliche Substanz beschlagnahmt worden war. Wie sich dann herausstellt, hatte jemand bei Ebay gefälschte Uhren verkauft und bei der Anmeldung Is Kontonummer angegeben. Woher er Is Kontonummer gehabt hatte, ließ sich nicht ermitteln, es erschien aber wahrscheinlich, dass der

Betrüger Is Homepage mit dessen beruflichen Profil gefunden hatte, auf dem die Bankverbindung angegeben ist. Auf Is Konto fand sich nur eine einzige Verbindung zu dem Geschehen, nämlich eine Abbuchung der Gebühren für den Online-Handel durch Ebay selbst. Diese hatte I für einen Irrläufer auf seinem Konto gehalten und sie durch seine Bank rückgängig machen lassen.

Da sich I über die Wohnungsdurchsuchung und die Beschlagnahme empörte – er habe ja nichts mit den Betrugsdelikten zu tun, die die Polizei hatte aufklären wollen – gingen seine Anwälte der Sache nach und stellten fest, dass die Staatsanwaltschaft den Durchsuchungsbeschluss – und danach die Beschlagnahme – vom zuständigen Gericht mit folgender Begründung erwirkt hatte: „Auf Grund der bisherigen Ermittlungen besteht der Verdacht, dass der Beschuldigte Plagiate von Uhren [...] veräußert. Die Beschlagnahme steht in angemessenem Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Stärke des Tatverdachts und ist für die Ermittlungen notwendig.“ Zur Ergänzung wurden die Kontoauszüge von Is Konto ohne weitere Erläuterung oder Konkretisierung des Verdachts beifügt.

Das Strafverfahren wegen Betrugs wurde nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt, der Betrüger nie gefunden, obwohl seine „Masche“, die gefälschten Uhren nur per Nachnahme auszuliefern, in vielen Fällen Erfolg gehabt hatte. Für I hatte die Sache ein unangenehmes Nachspiel: Er wurde angeklagt wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittel-Gesetz (BtMG). Das Gericht der ersten Instanz verurteilte ihn zu 9 Monaten auf Bewährung und 3000 Euro Geldstrafe wegen Besitzes einer nicht geringen Menge Haschischs. Ein Beweisverwertungsverbot habe nicht bestanden. Diese Entscheidung wurde in den weiteren Instanzen bestätigt, zuletzt vom OLG München. I plant, nach Ausschöpfung des Instanzenzuges mit einer Verfassungsbeschwerde vor das Bundesverfassungsgericht zu ziehen. Würden Sie ihm dazu raten?

Lösung Ausgangsfall

Die Aufgabe verlangt zunächst die Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzung einer Verfassungsbeschwerde gegen das letztinstanzliche Urteil, mit dem die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung wie der Beschlagnahme bestätigt wurde. Da dies zwei Handlungen sind, die in unterschiedliche Grundrechte eingreifen, empfiehlt es sich, schon vom Aufbau her die beiden in Frage kommenden Grundrechtsverletzungen zu trennen und mit der chronologisch ersten zu beginnen. Das wäre die Durchsuchung der Wohnung – genau genommen die Anordnung der Durchsuchung –, also etwa folgendermaßen:

* Der *Erstautor* ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht am Institut für Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Der *Zweitautor* ist studentischer Mitarbeiter ebenda.

¹ Neben den Grundrechten sind vielfach auch andere Verfassungsgüter in die Prüfung einzubeziehen, was nachstehend am Beispiel des Tierschutzes nach Art. 20a GG dargestellt wird (Abwandlung 2).

² Siehe hierzu bereits *Hofmann*, Jura 2008, 667.

³ Der Fall stellt eine abgewandelte Form von BVerfG, Urt. v. 2.7.2009 – 2 BvR 2225/08 dar.

⁴ Nachfolgend werden daher die bayerischen Normen herangezogen; in anderen Bundesländern können kleinere Abweichungen auftreten, die aber nichts an der im Vordergrund stehenden verfassungsrechtlichen Problematik der Grundrechtskombination ändern.

I. Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des OLG München wegen der Anordnung der Durchsuchung der Wohnung des I

1. Beschwerdeberechtigung

I ist als natürliche Person antragsberechtigt, § 90 Abs. 1 BVerfGG.

2. Beschwerdegegenstand

Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde können alle Akte der öffentlichen Gewalt i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG sein, d.h. solche der Exekutive, der Judikative und der Legislative. Hier könnte sich I gegen das letztinstanzliche Urteil des OLG München wenden, das einen tauglichen Beschwerdegegenstand darstellt.

3. Beschwerdebefugnis

I müsste in ausreichend substantiierter Weise behaupten können, in einem der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte selbst, unmittelbar und gegenwärtig verletzt zu sein. Hier kommt eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 13 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG durch das Urteil des OLG München in Betracht.

4. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Mit dem abweisenden Urteil des OLG München als letzter Instanz ist der Rechtsweg erschöpft. Außergerichtliche Rechtsbehelfe kommen nicht in Betracht.

5. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

I müsste die Verfassungsbeschwerde ordnungsgemäß und innerhalb der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG erheben.

II. Begründetheit

1. Prüfungsmaßstab

Das BVerfG hat den gerügten Eingriff umfassend auf seine Vereinbarkeit mit objektivem und subjektivem Verfassungsrecht zu überprüfen. Da es jedoch keine Superrevisionsinstanz⁵, sondern „Hüter der Verfassung“ ist, überprüft das BVerfG Urteile nicht auf ihre einfachgesetzliche Richtigkeit hin, sondern auf Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.⁶ Daher liegt eine Grundrechtsverletzung nur vor, wenn das Urteil des OLG München auf einer verfassungswidrigen Norm beruht, willkürlich ist, oder bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts Bedeutung und Einfluss der

Grundrechte grundsätzlich verkannt oder nicht erkannt wurde, dass Grundrechte einschlägig sind.⁷

2. Verstoß gegen Art. 13 Abs. 1 GG

Mit seinem Urteil könnte das OLG München unzulässig in Is Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG – die Unverletzlichkeit der Wohnung – eingegriffen haben.

a) Schutzbereich und Eingriff

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird dem Einzelnen zur freien Entfaltung der Persönlichkeit ein elementarer Lebensraum gewährleistet.⁸ In seinen Wohnräumen hat er danach das Recht, in Ruhe gelassen zu werden. Eine staatlich angeordnete und durchgeführte Durchsuchung stellt einen erheblichen Eingriff in dieses Grundrecht dar.⁹ Das lässt sich auch daran sehen, dass der Gesetzgeber die Anordnung einer Durchsuchung regelmäßig den Gerichten vorbehält.

b) Rechtfertigung

Eine gesetzliche Grundlage liegt mit §§ 102 f. StPO vor. Für die Rechtfertigung einer Durchsuchung reichen nicht bloß vage Anhaltspunkte für eine Straftat. Bloße Vermutungen genügen nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht. Es müssen sich danach sachlich zureichende, plausible Gründe für eine Durchsuchung finden lassen, sodass ihr Ergebnis bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken verständlich ist. Ist dies nicht (mehr) der Fall, liegt ein Verstoß gegen das Grundgesetz vor.¹⁰ Schon an dem Vorliegen dieser auf die Wahrscheinlichkeit des Ermittlungserfolgs geknüpfte Voraussetzung könnte man im Ausgangsfall Zweifel haben, da der Zusammenhang zwischen den Vorgängen auf Ebay und Is Verhalten – ein Konto eingerichtet und unterhalten zu haben, das er auf seiner Internetseite auch veröffentlicht hat – eher schwach war. Da die Abbuchung ein einmaliger Vorgang war, der auch von I rückgängig gemacht worden war, liegt „ein Missbrauch der Kontodaten durch unbekannte Täter näher als deren Verwendung zu unlauteren Zwecken durch den tatsächlichen Kontoinhaber, der schwerlich die Aufmerksamkeit des

⁵ Vgl. BVerfGE 7, 198 (207); 18, 85 (92); 35, 311 (316); Ipsen, Staatsrecht II – Grundrechte, 14. Aufl. 2011, Rn. 787; Pieroth/Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 26. Aufl. 2010, Rn. 1279; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 273 ff. Dagegen interessanterweise vom eigenen Duktus abweichend: BVerfGE 41, 323 (327); 63, 266 (282 ff.).

⁶ BVerfGE 18, 85 (92); 89, 276 (285).

⁷ BVerfGE 57, 39 (42); 64, 389 (396 f.); 85, 248 (258); 89, 276 (285 f.); 95, 96 (128).

⁸ So aus jüngerer Zeit mit Bezug auf eine ähnliche Fallkonstellation BVerfG NStZ-RR 2006, 110.

⁹ BVerfGE 42, 212 (219 f.) = NJW 1976, 1735; BVerfGE 59, 95 (97); BVerfGE 96, 27 (40) = NJW 1997, 2163 = NStZ 1997, 447 L; BVerfGE 103, 142 (150 f.) = NJW 2001, 1121 = NStZ 2001, 382.

¹⁰ BVerfG NStZ-RR 2006, 110; BVerfGE 42, 64 (73 f.) = NJW 1976, 1391; BVerfGE 59, 95 (97); BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats) NJW 1994, 2079; BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats) NJW 2004, 1517 (1518) = BVerfGE 3, 55 (61); BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats) NJW 2005, 1707.

Internetanbieters wegen eines vergleichsweise geringen Betrages hätte auf sich ziehen wollen“.¹¹

Lässt man diesen Zusammenhang aber als hinreichend zu, etwa weil ja doch immerhin eine Lastschrift von dem Unternehmen Ebay zu Lasten von Is Konto zu beobachten gewesen war, müsste die Anordnung der Durchsuchung schließlich auch verhältnismäßig gewesen sein.

Der hier im Zentrum stehende Zweck der Strafverfolgung ist als solches verfassungsrechtlich legitim. Die Anordnung müsste des Weiteren auch geeignet gewesen sein. Geeignet ist eine Maßnahme nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann, wenn sie dem mit ihr verfolgten Zweck zumindest förderlich ist.¹² Eine auf so geringen Indizien fußende Durchsuchungsanordnung musste fast zwangsläufig ohne Erfolg bleiben – aber diese Einsicht mag auch dem Wissen geschuldet sein, das man zum Zeitpunkt der Verfassungsbeschwerde hat, nicht aber schon hatte, als die Anordnung getroffen wurde. Begnügt man sich daher mit den geringen Anhaltspunkten über den Sachverhalt im Zeitpunkt des gerichtlichen Beschlusses, so muss man weiter prüfen, ob die Maßnahme erforderlich und auch zumutbar war.

Dies hat das Bundesverfassungsgericht in dem dem Ausgangsfall zugrundeliegenden, sehr ähnlichen Fall verneint, indem es darauf hinwies, dass hinsichtlich der Erforderlichkeit der Durchsuchung durchaus andere Ermittlungsmöglichkeiten bestanden hatten, so zum Beispiel die Nachfrage bei dem Internet-Provider nach der Identität des Benutzers der verwendeten Email-Adresse oder die Verfolgung des per Nachnahme gezahlten Betrags.¹³ Solche oder ähnliche Maßnahmen hätten zwar nicht sicher zur sofortigen und vollständigen Sachverhaltsaufklärung geführt, doch dies galt auch für die Durchsuchung. Es ist nicht erkennbar, dass nur durch die Wahl der mildereren Ermittlungsmaßnahme eine Verschlechterung der Beweislage eingetreten wäre, die den schwerwiegenden Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG hätte rechtfertigen können.¹⁴

c) Ergebnis und Zwischenfazit

Die Anordnung der Durchsuchung war unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Das gleiche gilt für die auf ihrer Grundlage durchgeführte Durchsuchung. Es liegt mithin eine auf ein (in Zahlen: 1) Grundrecht bezogene Prüfung der Verfassungsbeschwerde vor. Diese stellt einen vor keine besonderen dogmatischen Herausforderungen. Es spielt aber noch ein weiteres Grundrecht eine Rolle, auf das nunmehr eingegangen werden soll: Art. 14 Abs. 1 GG.

III. Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des OLG München wegen der Beschlagnahme des Computers, der Waage und der rauschgiftähnlichen Substanz des I

I wendet sich auch gegen die Beschlagnahme seines Computers, der Waage und der rauschgiftähnlichen Substanz. Die Zulässigkeitsprüfung erfolgt parallel zu der vorstehend vorgenommenen und wird daher nicht wiederholt.

IV. Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des OLG München wegen der Beschlagnahme des Computers, der Waage und der rauschgiftähnlichen Substanz des I

Die Begründetheitsprüfung muss darauf eingehen, dass eine Beschlagnahme von Sacheigentum ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG darstellt¹⁵, diese durch ein Gesetz gerechtfertigt werden können muss, und das Gesetz im konkreten Fall auch korrekt angewendet worden sein muss.

Eine gesetzliche Grundlage ist mit § 94 Abs. 2 StPO gegeben. Auch die Tatbestandsvoraussetzungen einer repressiv motivierten Beschlagnahme lagen vor. Fraglich ist jedoch, welchen Einfluss der Umstand auf die rechtliche Bewertung der Beschlagnahme haben muss, dass sie nur dadurch möglich wurde, dass eine verfassungswidrige Durchsuchung stattfand.

Es spricht viel dafür, dann auch die Verfassungswidrigkeit der Beschlagnahme anzunehmen. Das Bundesverfassungsgericht geht allerdings hinsichtlich der Verwertbarkeit der gefundenen Sachen in einem Strafprozess nicht so weit und formuliert, in der dann erforderlichen Abwägung zwischen dem Interesse an der Strafverfolgung einerseits und dem hinsichtlich des Täters grundrechtlich aufgeladenen Rechtsstaatsprinzip andererseits sei ein Verwertungsverbot die begründungsbedürftige Ausnahme.¹⁶ Ein Verwertungsverbot komme nur bei besonders schwerwiegenden oder auf Willkür beruhenden Verfahrensverstößen in Betracht.¹⁷ Der BGH praktiziert die von ihm entwickelte Abwägungslösung daher weiter.¹⁸

Lösungshinweis: Dies erscheint im Ergebnis fragwürdig, trägt aber für die Lösung der Grundrechtskombination nichts weiter aus. Die vorstehenden Ausführungen sollten zeigen, dass die Anwendbarkeit mehrerer Grundrechte auf einen Sachverhalt nicht in allen Fällen problematisch ist. Eine genaue Aufteilung der Lösung und die entsprechend segmentierte Prüfung empfehlen sich ohnehin dringend, um die Prüfung für die Leser und Leserinnen nachvollziehbar zu machen. Besondere Bedeutung bekommt diese Empfehlung aber wie vorliegend, wenn in der Lösung nicht nur ein Grundrecht von Bedeutung ist. Sollten sich dann dabei Wiederholungen ergeben – etwa hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbe-

¹¹ BVerfG NStZ-RR 2006, 110 (111).

¹² BVerfGE 30, 292 (316); BVerfGE 33, 171 (187); BVerfGE 67, 157 (173) – G 10.

¹³ BVerfG NStZ-RR 2006, 110 (111).

¹⁴ BVerfG NStZ-RR 2006, 110 (111).

¹⁵ BVerfG NJW 2009, 281 (282).

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 2.7.2009 – 2 BvR 2225/08 (juris).

¹⁷ BVerfG NJW 2005, 1917.

¹⁸ BGH NJW 2007, 2269.

schwerde –, kann und sollte man sich knapp fassen und dabei in ausführlicher Art und Weise (nur) auf etwaige Unterschiede eingehen.

Etwas komplizierter sind Fälle der folgenden Art, in denen eine chronologische Trennung der Geschehnisse nicht hilft:

Abwandlung 1 – Schutzbereichsbezogene Tatbestandsauslegung

Nach dem Ärger mit der Polizei beschließt I seinem Groll auf die prude Gesellschaft Luft zu machen, und schließt sich einer ordnungsgemäß angemeldeten Demonstration zur Legalisierung von „Softdrogen“ auf dem Münchener Odeonsplatz an. Hierbei trägt er, für die beiseite stehenden Schaulustigen gut sichtbar, ein Transparent mit der Aufschrift „Bier für München – Marihuana für alle!“.

Die Polizei verbietet dem I daraufhin die weitere Teilnahme an der Demonstration, da sie befürchtet, dass sich durch Is Gleichsetzung jenes in Bayern beliebten „Grundnahrungsmittels“ mit der verabscheuungswürdigen Hanfpflanze, Teile der ordnungsliebenden Münchener Öffentlichkeit provoziert fühlen und es deshalb zu gewalttätigen Auseinandersetzungen kommen könnte. Diese Befürchtung wurde insbesondere dadurch genährt, dass die Ortsgruppe der „Rentner-Partei“ Tage zuvor angekündigt hatte, die Demonstration „im Auge zu behalten“ und gegen die Teilnehmer einzuschreiten, wenn diese ihr Anstandsgefühl verletzen sollten.

I ist empört und erhebt abermals ordnungsgemäß Klage gegen das seiner Ansicht nach unverschämte Vorgehen der Polizei. Denn auch wenn in Bayern die Uhren zwar manchmal anders ticken, herrsche schließlich auch hier wie im übrigen Deutschland Meinungs- und Versammlungsfreiheit, die er sich auch in Zukunft nicht nehmen lassen wolle. Wie steht es um die Erfolgsaussichten der gegenüber dem Freistaat Bayern erhobenen Klage?

Lösung Abwandlung 1

I. Verwaltungsrechtsweg

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art liegt vor, da die Polizei im Über-/Unterordnungsverhältnis zur Gefahrenabwehr gegenüber dem I gehandelt hat. Mangels Spezialzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet.

II. Zulässigkeit

1. Richtige Klageart

Durch die Aufforderung der Polizei wurde I verpflichtet, den Ort der Demonstration zu verlassen. Hierin ist die Begründung einer Handlungspflicht zu sehen, die sich dem I gegenüber als regelnde Wirkung eines Sachverhalts darstellt. Das Vorliegen eines Verwaltungsakts ist demnach zu bejahen, da auch die übrigen Voraussetzungen entsprechend Art. 35 S. 1 BayVwVfG vorliegen. Da die Demonstration im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits beendet ist, hat sich der VA auch erledigt. Statthafte Klageart ist somit die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog.

2. Klagebefugnis

Analog § 42 Abs. 2 VwGO müsste I klagebefugt sein. I könnte geltend machen, durch den „Platzverweis“ möglicherweise in seinen Grundrechten aus Art. 5 Abs. 1 GG oder Art. 8 Abs. 1 GG, zumindest aber in Art. 2 Abs. 1 GG verletzt zu sein, da I Adressat einer ihn belastenden Maßnahme der Polizei ist.

3. Vorverfahren

Ob bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage aufgrund ihres Charakters als umgestellter Anfechtungsklage ein Widerspruchsverfahren vorauszugehen hat¹⁹ oder die §§ 68 ff. VwGO deshalb keine Geltung finden, weil es sich schließlich um eine Feststellungsklage handelt²⁰, kann hier dahinstehen, da ein Vorfahren jedenfalls aufgrund § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 BayAGVwGO entfallen würde.

4. Frist

Einer Entscheidung der höchst umstrittenen Frage, ob bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung des VA vor der Klageerhebung eine Frist einzuhalten ist²¹, bedarf es hier nicht, da die Klage laut Sachverhalt ordnungs- und damit auch fristgemäß erhoben wurde.

5. Besonderes Feststellungsinteresse

Das von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO geforderte besondere Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme liegt zum einen im geltend gemachten schwerwiegenden Grundrechtseingriff bzgl. Art. 5 Abs. 1 bzw. Art. 8 Abs. 1 GG, und zum anderen darin, dass I angekündigt hat, dass er sich sein Demonstrationsrecht auch in Zukunft nicht nehmen lassen werde, und daher ein erneuter Grundrechtseingriff unter ähnlichen Gegebenheiten zu befürchten ist.

6. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des I ergeben sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 1 bzw. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, die des Freistaats Bayern als verklagter Körperschaft aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 bzw. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 16 BayAGVwGO, § 3 Abs. 1 BayLABV. Sachlich und örtlich zuständig ist das VG München, §§ 45, 52 Nr. 5 VwGO i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayAGVwGO. Die Klage wurde laut Sachverhalt auch formgerecht entsprechend §§ 81, 82 VwGO erhoben. Im Prozess vor dem VG muss sich I von einem Rechtsanwalt vertreten lassen, § 67 Abs. 2 VwGO. Die Klage des I ist nach alledem zulässig.

¹⁹ M.w.N.: W.-R. Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 666.

²⁰ BVerwGE 12, 90; 26, 165; 35, 336; 56, 26.

²¹ So Schenke (Fn. 19), Rn. 703; R.P. Schenke, NVwZ 2000, 1255 (1256); VGH Mannheim DVBl. 1998, 835 (836); a.A.: BVerwGE 109, 203 (207); BayVGH NVwZ-RR 1992, 218 (219).

III. Begründetheit

Die Klage des I ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet, die Maßnahme der Polizei rechtswidrig war und I hierdurch in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt wurde, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog.

1. Passivlegitimation

Richtiger Beklagter ist der Freistaat Bayern als Rechtsträger der Polizei, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, Art. 1 Abs. 2 POG.

2. Rechtmäßigkeit des Ausschlusses

a) Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für den Ausschluss des I von der Demonstration kommen sowohl Art. 16 BayPAG als auch Art. 15 Abs. 5 BayVersG in Betracht. Da I im Zeitpunkt der polizeilichen Maßnahme Teilnehmer einer Versammlung i.S.e. Zusammenkunft mehrerer Personen zur öffentlichen Kundgabe von Meinungen²² war, ist hier das BayVersG einschlägig, das dem allgemeinen Polizeirecht als *lex specialis* vorgeht.²³ Rechtsgrundlage ist daher Art. 15 Abs. 5 BayVersG.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Die sachliche Zuständigkeit der Polizei ergibt sich aus Art. 2 Abs. 4 BayPAG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BayVersG, da die Versammlung beim Ausschluss des I von der Demonstration bereits begonnen hatte. Die örtliche Zuständigkeit war ebenso gewahrt, Art. 3 Abs. 1 BayPOG.

Jedoch wurde I vor Erlass des VA bzgl. Ausschlusses nicht gemäß Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG angehört. Dies ist indes unschädlich, wenn die Anhörung gemäß Art. 28 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG wegen Gefahr oder eines entgegenstehenden öffentlichen Interesses unterbleiben konnte. Soweit diese Voraussetzungen nicht vorliegen, kann die fehlende Anhörung gemäß Art. 45 Abs. 1 Nr. 3 BayVwVfG auch noch im gerichtlichen Verfahren nachgeholt und der Verfahrensfehler so geheilt werden.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

Gemäß Art. 15 Abs. 5 BayVersG müsste I die Ordnung erheblich gestört haben. Dies betrifft weniger die allgemeine öffentliche Ordnung, als vielmehr den geordneten Ablauf der Versammlung selbst.²⁴ Jedoch hat sich I durch seine Teilnahme und durch seine auf das Plakat gemalte Forderung, Marihuana zu legalisieren, gerade entsprechend den Zielen der Demonstration verhalten. Von einem Zuwiderhandeln entgegen dem Zweck der Versammlung, mithin von einer Störung des Protestzugs unmittelbar durch ihn selbst, kann

also keine Rede sein. Von einer „erheblichen“ Störung kann dann aber erst recht nicht gesprochen werden.

Fraglich erscheint, ob I aus der *ex ante* Sicht aber nicht insofern den ordnungsgemäßen Ablauf erheblich gestört haben könnte, als er durch sein Plakat die beiseite stehenden Passanten zu gewaltsamen Gegenreaktionen hätte provozieren und so eine Gefährdung der übrigen Versammlungsteilnehmer verursachen können. Denn dem Sachverhalt zufolge war tatsächlich das Eingreifen gewaltbereiter Passanten, insbesondere von Angehörigen der Rentner-Partei zumindest denkbar. Entscheidend ist, ob das Verhalten des I als „erhebliche“ Störung der Ordnung i.S.v. Art. 15 Abs. 5 BayVersG zu werten ist. Zur Beantwortung dieser Frage ist mit Blick auf die Bindung an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG eine grundrechtskonforme Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „erheblichen Störung der Ordnung“ vorzunehmen.²⁵

Fraglich ist indes, auf welches Grundrecht hier abzustellen ist. Denn durch das Teilnahmeverbot wird es dem I einerseits unmöglich gemacht, seine Meinung im gewünschten Zusammenhang öffentlich zu äußern, andererseits wird ihm dadurch aber auch verboten, überhaupt weiter an der Versammlung teilzunehmen. Dies bedeutet, dass der Sache nach sowohl das eine als auch das andere Grundrecht ihrem jeweiligen Schutzbereich gem. Art 5 Abs. 1 S. 1 GG bzw. Art. 8 Abs. 1 GG nach Geltung für die Frage beanspruchen, ob eine erhebliche Störung vorlag.²⁶ Das Problem, welches Grundrecht bei Eröffnung beider Schutzbereiche nun letztlich heranzuziehen ist, löst die Rechtsprechung dadurch, dass dann das sachlich nähere, „primäre“ oder „meistbetroffene“ einschlägig sein soll²⁷, das andere hingegen als nur am Rande betroffenes – vergleichbar der strafrechtlichen Konsumtion – ausscheidet.²⁸ Die Identifizierung jenes sachlich herausragenden Grundrechts erreicht diese Ansicht dadurch, dass sie auf die Zielrichtung des Eingriffs abstellt.²⁹

Hiernach fragt sich also, was der Grund für den Ausschluss des I von der Demonstration war. Die Gefahr gewalt-

²² Enger Versammlungsbegriff: BVerfGE 104, 92 (104 f.); BVerfG NVwZ 2005, 80 f.; BVerwG NVwZ 2007, 1431 (1432).

²³ Vgl. BVerwGE 82, 34 (38); VGH Mannheim DVBl. 1998, 837 (839).

²⁴ Vgl. *Dietel/Gintzel/Kniesel*, VersG, 16. Aufl. 2011, § 11 Rn. 5, 8.

²⁵ Vgl. *Bethge*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 3, 2009, § 72 Rn. 98; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 26. Aufl. 2010, Rn. 101 f.

²⁶ Vgl. BVerfGE 82, 236 (258); 90, 241 (250, 254); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 8 Rn. 125.

²⁷ So schon das Bundesverfassungsgericht in seinem Urt. v. 24.1.1962, BVerfGE 13, 290 (296) – Ehegatten-Arbeitsverhältnisse; skeptisch gegenüber der Trennschärfe des Meistbetroffenheits-Kriteriums: *Spielmann*, JuS 2004, 371 (373, 375).

²⁸ Bereits in der ersten Sitzblockaden-Entscheidung wurde nur das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit herangezogen, obwohl die Richter die Aktionen der Beschwerdeführer als „kollektive Kundbarmachung von Meinungen durch symbolische Handlungen“ aufgefasst hatten, BVerfGE 73, 206 (248 ff.) – Sitzblockaden I.

²⁹ BVerfGE 69, 315 (343) – Brokdorf; *Berg*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 3, 2009, § 71 Rn. 54; *Schulze-Fielitz* (Fn. 26), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 319.

tätiger Auseinandersetzungen ging nach Ansicht der Polizei nicht allein durch die bloße Teilnahme des I an der Demonstration aus, sondern gerade von seiner auf der Demonstration geäußerten Meinung. Denn diese habe eine Provokation dargestellt, insbesondere für Angehörige der Rentner-Partei, da jene besonders empfindlich auf derlei ihr Anstandsgefühl verletzende Äußerungen reagieren. Während die Schranke des Art. 8 Abs. 2 GG eine Reaktion auf Gefahren ermöglichen soll, die gerade von einer Versammlung an sich wegen ihrer Größe und der damit verbundenen massenpsychologischen Effekte ausgehen, wird die Meinungsfreiheit in der Grenzziehung des Art. 5 Abs. 2 GG wegen den von einer bestimmten, individuellen Meinung ausgehenden Gefahren eingeschränkt.³⁰ Genauso liegt es hier. Nicht von der Demonstration selbst, auch nicht von Is Teilnahme an ihr, sondern gerade in seiner dort kundgetanen Aussage liege eine erhebliche Störung der Ordnung, weshalb sich der Ausschluss als Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit des I gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, und nicht in sein Recht auf Versammlungsfreiheit, darstellt. Eine Aussage, die den Schutz der Meinungsfreiheit genießt, kann nicht Anknüpfungspunkt für eine die Versammlungsfreiheit beeinträchtigende Maßnahme sein.³¹ Diese Ansicht wird auch dadurch gestützt, dass die Polizei nur den I von der Demo ausgeschlossen hat, nicht aber die komplette Versammlung aufgelöst hat. Dies bedeutet aber, dass I sehr wohl an der Versammlung hätte teilnehmen können – nur aber eben ohne das Transparent mit der „provokanten“ Aussage. Die Beeinträchtigung seines Rechts aus Art. 8 Abs. 1 GG ist daher nur unschöner Nebeneffekt, anders als Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG aber nicht hauptbetroffen.

Daher ist die Frage, ob I die Ordnung erheblich gestört hat, unter dem Blickwinkel von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zu beantworten. Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung findet gem. Art. 5 Abs. 2 GG seine Schranken in den allgemeinen Gesetzen sowie des Jugendschutzes und dem Recht der persönlichen Ehre. Die Auslegung der allgemeinen Gesetze, zu denen auch Art. 15 Abs. 5 BayVersG zählt, hat indes stets unter der Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede zu erfolgen.³² Hier ist nicht ersichtlich, inwiefern eine erhebliche Störung der Ordnung schon allein durch die

von I geäußerte Meinung vorliegen soll. Denn insbesondere spricht nichts für die Annahme, dass sich eventuell anwesende Mitglieder der Rentner-Partei gerade durch Is Aussage zu gewaltsamen Reaktionen veranlasst sehen würden, da nicht klar war, was genau sie in ihrem Anstandsgefühl verletzen könnte. Auch darf eine bloß vage Ankündigung einer Reaktion von Demonstrationsgegnern nicht dazu führen, dass Is Recht auf freie Meinungsäußerung ohne konkreten Bezug präventiv beschnitten wird.

Insofern kann das Verhalten des I mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nicht als erhebliche Störung der Ordnung gesehen werden, sodass der Tatbestand von Art. 15 Abs. 5 BayVersG nicht erfüllt ist. Ein sich darauf stützender Ausschluss des I von der Demonstration war daher rechtswidrig.

3. Subjektive Rechtsverletzung

Durch den rechtswidrigen Ausschluss aus der Demonstration wurde I in seinem Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verletzt.

IV. Ergebnis

Die im zulässigen Rechtsweg anhängig gemachte Klage des I ist zulässig und begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg.

Lösungshinweis: Wie die vorstehende Abwandlung 1 zeigen sollte, können Grundrechte – und zwar auch mehrere gleichzeitig – in verwaltungsgerichtlichen Fällen eine Rolle spielen. Regelmäßig zeigt sich der Einfluss der Grundrechte bei der (verfassungskonformen) Auslegung von gesetzlichen Tatbeständen und der Anwendung von Ermessensvorschriften. Kommen zwei oder mehr Grundrechte in Betracht, so stellt sich die Frage, welches Grundrecht oder welche Grundrechte oder sonstige Verfassungsgüter heranzuziehen sind. Vorstehend wurde das dadurch beantwortet, dass es Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist, der bei der Auslegung des unbestimmten Tatbestandsmerkmals der „Erheblichkeit einer Störung“ zu berücksichtigen ist. Neben der Sachverhaltszerlegung (Ausgangsfall) kann es also auch zu einer Abgrenzung der Grundrechte über die Auslegung der jeweiligen Schutzbereiche kommen und/oder die Bestimmung eines hauptsächlich betroffenen Grundrechts erforderlich sein (Abwandlung 1). Gelingt es, wie in Abwandlung 1, letztlich ein bestimmtes Grundrecht als das einzig relevante zu identifizieren, so muss nur noch eine „normale“ Grundrechtsprüfung durchgeführt werden, die vorliegend in einer verfassungskonformen Auslegung einer Ermächtigungsgrundlage besteht.

Zu einer echten Grundrechtskombination kommt es hingegen insbesondere in Fällen wie diesem:

Abwandlung 2 – Schächten³³

I hat jetzt endgültig genug von der Staatsgewalt und macht sich auf den Weg, seinen Freund, den Metzger und gläubigen Muslim Ali bin Laden (A) zu besuchen, um mit ihm über die

³⁰ Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 26. Lfg., Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 39; vgl. auch Degenhart, in: Dolzer/Graßhof/Kahl/Waldhoff (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 208 f. (Stand: 2006); Schulze-Fielitz (Fn. 26), Art. 8 Rn. 125; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 283.

³¹ BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats) NJW 2001, 2069 (2070 f.); Rixecker, Fallbesprechung 1 „Historische Unwahrheiten“, 2008,

<http://www.jura.uni-saarland.de/fileadmin/rixecker/UNI-N.001.pdf> (zuletzt abgerufen am 1.9.2011); Schulze-Fielitz (Fn. 26), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 319.

³² BVerfGE 54, 129 (137); 93, 266 (294); vgl. auch Pieroth/Schlink (Fn. 5), Rn. 640 f.; a.A.: Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 9 Rn. 65.

³³ Vgl. BVerfGE 104, 337 – Schächten.

Entwicklung der Bundesrepublik hin zu einem „alles verbietenden Polizeistaat“ zu diskutieren.

A entpuppt sich als Leidensgenosse und berichtet dem I, dass ihm vor einiger Zeit die Stadt München die Erteilung einer gemäß § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG erforderlichen Ausnahme genehmigung verweigerte, die er als Metzger zur Durchführung des rituellen Schächtens³⁴ benötigt. Als Begründung gab die zuständige Behörde an, dass es in München genug Metzger gäbe, die ausreichende Mengen an geschächtem Fleisch für die hier lebenden Muslime herstellen könnten. Es sei daher nicht erforderlich, dass jetzt auch noch A jenes qualvolle Töten unschuldiger Tiere durchführe, denn schließlich könne er sich seine Kunden ja auch unter den nicht muslimischen Münchnern suchen, für die das Schächten keine Rolle spiele.

Allerdings bestehen gegenüber dem in Deutschland geborenen A aufgrund seines Nachnamens z.T. immer noch Ressentiments jener Ur-Münchener, sodass sein Kundenstamm zu einem nicht unerheblichen Teil aus strenggläubigen Muslimen besteht, für die aus religiösen Gründen ausschließlich Fleisch von geschächten Tieren in Frage kommt. Eine Konzentration alleine auf das Geschäft mit den nichtmuslimischen Kunden würde daher zu spürbaren Umsatzeinbrüchen bei A führen.

A, für den das Schächten selbst auch eine tiefere religiöse Bedeutung hat, klagte daher vor dem zuständigen VG gegen die Stadt München auf Verpflichtung zur Erteilung der Ausnahme genehmigung. Dieses wies die Klage aber ebenso ab wie das Berufungsgericht, sodass A schließlich bis vor das Bundesverwaltungsgericht zog. Wider Erwarten gab auch dieses der Klage nicht statt, und erklärte vor zwei Tagen die Klageabweisung mit der Begründung, dass der Tierschutz Vorrang vor dem beruflichen Fortkommen des A hätte. Auf die religiöse Bedeutung des Schächtens für A selbst ging das Gericht nicht ein.

A ist verzweifelt und fragt seinen Freund I, ob das denn jetzt schon alles gewesen sein könne, oder ob es denn nicht doch noch eine letzte Möglichkeit gäbe, Rechtsschutz zu erlangen. Was kann I dem A antworten?

Hinweis: Es ist zu unterstellen, dass das Schächten nach den gemeinsamen Überzeugungen der Glaubensgemeinschaft des A für den Verzehr von Fleisch zwingend vorausgesetzt wird.³⁵ Von der Verfassungsmäßigkeit des TierSchG ist auszugehen.

Lösung Abwandlung 2

I könnte dem A raten, beim Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG zu erheben. Diese hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie angenommen wird, zulässig und begründet ist. Die Annahmeentscheidung hängt dabei gemäß § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG davon ab, ob dies zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt ist.

³⁴ Schächten meint das rituelle Schlachten von Tieren ohne Betäubung.

³⁵ Vgl. BVerfG NJW 2002, 663 (663, 665 f.).

Dies ist dann der Fall, wenn eine besonders schwere Grundrechtsbeeinträchtigung vorliegt oder die Verfassungsbeschwerde hinreichend Erfolgsaussichten aufweist, was nun im Folgenden in Zulässigkeit und Begründetheit geprüft wird.

I. Zulässigkeit

Die Zulässigkeit folgt den bekannten Stationen und weist keine Besonderheiten auf.

II. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn A in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG verletzt ist.

1. Prüfungsmaßstab

Das BVerfG hat den gerügten Eingriff umfassend auf seine Vereinbarkeit mit objektivem und subjektivem Verfassungsrecht zu überprüfen. Da es jedoch keine Superrevisionsinstanz, sondern „Hüter der Verfassung“ ist, überprüft das BVerfG Urteile nicht auf ihre einfachgesetzliche Richtigkeit hin, sondern auf Verletzung spezifischen Verfassungsrechts. Daher liegt eine Grundrechtsverletzung nur vor, wenn das Urteil des BVerfG auf einer verfassungswidrigen Norm beruht, willkürlich ist, oder bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts Bedeutung und Einfluss der Grundrechte grundsätzlich verkannt oder nicht erkannt wurde, dass Grundrechte einschlägig sind.

2. Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG

Mit seinem Urteil könnte das BVerfG unzulässig in As Grundrecht auf Berufsfreiheit eingegriffen haben.

a) Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich eröffnet sein. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG schützt seinem Wortlaut nach zunächst nur die freie Berufswahl. Als Beruf wird jede an sich erlaubte, auf eine gewisse Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage verstanden.³⁶ Dies ist bei einer Tätigkeit als Metzger zu bejahen. Da das Verbot, zu schächten, diese Tätigkeit in einschränkendem Sinne reglementiert, ist der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG zweifelsohne betroffen. Da A Deutscher ist, ist hier neben dem sachlichen auch der persönliche Schutzbereich eröffnet.

b) Eingriff

Dem A wird durch die Entscheidung der Behörde, die vom Gericht bestätigt wurde, die für das Schächten erforderliche

³⁶ H.M.: BVerfGE 7, 377 (397); *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl. 2009, § 35 Rn. 6 f.; *Ipsen* (Fn. 5), Rn. 635, 637; *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 877; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 30), Art. 12 Rn. 18. Die Notwendigkeit des Kriteriums der Erlaubtheit verneinend: *Manssen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 7. Aufl. 2010, Rn. 566, 568; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, § 9 Rn. 350.

Ausnahmegenehmigung nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG versagt. Da dies den Freiheitsbereich von A hinsichtlich seines Berufs verkürzt, liegt darin ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG.

Zu klären ist weiter, ob es sich hierbei um einen Eingriff handelt, der die Berufsausübung oder die Berufswahl regelt. Zwar wird A nicht das Schlachten an sich, sondern nur eine bestimmte Form des Schlachtens untersagt. Für einen Metzger, dessen Kundenstamm im Wesentlichen muslimisch geprägt ist, kann das aber quasi auf ein Berufsverbot – und damit auf eine Regelung, die die Berufswahl einschränkt – hinauslaufen. Jedenfalls wird man mit Blick auf die Bestimmung der Schwere des Eingriffs festhalten müssen, dass er durch das Schächtverbot viel stärker als andere, „normale“ Metzger getroffen wird, deren Kunden keinen Wert auf eine besondere Methode des Schlachtens legen.

c) Rechtfertigung

Es stellt sich die Frage, ob der durch das Urteil erfolgte Eingriff gerechtfertigt sein könnte. Erforderlich wäre hierfür, dass das Urteil auf einer verfassungsgemäßen Rechtsgrundlage beruht und diese im Einzelfall verfassungsgemäß angewendet worden ist.

aa) Verfassungsgemäßes Gesetz

Gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann das einheitliche³⁷ Grundrecht der Berufsfreiheit nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Hier kommt als Schranke das TierSchG in Betracht, auf dessen Grundlage das BVerwG über die Verpflichtung zur Erteilung einer Genehmigung zu urteilen hatte. An der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, insbesondere der Bestimmungen des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG, bestehen laut Bearbeitervermerk indes keine Zweifel.

bb) Verfassungsgemäße Einzelfallanwendung

Das TierSchG müsste verfassungsgemäß angewendet worden sein, d.h. der Einfluss der Grundrechte durfte nicht grundsätzlich verkannt worden sein. Dies bedeutet, dass bei der Entscheidung der Behörde resp. des Gerichts bzgl. der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung gemäß § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG der hinter einer Verweigerung dieser Genehmigung stehende Zweck mit gegebenenfalls widerstreitenden Grundrechtspositionen, insbesondere der in Rede stehenden Berufsfreiheit des A, abzuwägen waren.

(1) Legitimer Zweck

Das Erfordernis einer Ausnahmegenehmigung normiert eine Ausnahme zum in § 4a Abs. 1 TierSchG zum Ausdruck kommenden Grundsatz, dass warmblütige Tiere vor ihrer Schlachtung betäubt werden müssen. Diese Bestimmung steht im Einklang mit den Zielen des TierSchG an sich, das gemäß seinem § 1 Tiere als Mitgeschöpfe und nicht bloß als Nahrungsprodukte auffasst, und deshalb deren Leben und

Wohlbefinden schützen will. Wenn sich das erkennende Gericht also insoweit der Auffassung der Behörde anschloss, als mit der Versagung einer Ausnahmegenehmigung dem Gedanken des Tierschutzes Rechnung getragen werden sollte, tut es damit nichts anderes, als den Zweck des TierSchG zu verfolgen. Ein legitimer Zweck ist mit der mit dem ablehnenden Urteil verbundenen Verweigerung der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung also zu bejahen.

(2) Geeignetheit

Das Urteil war zur Erreichung dieses Zweckes auch geeignet, da dem A das Schächten ohne Vorliegen einer solchen Ausnahmegenehmigung per se verboten ist, und so eine Grundlage für entsprechende Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung dieses Verbots besteht.

(3) Erforderlichkeit

Der Eingriff durch das Urteil müsste auf derjenigen Stufe erfolgt sein, die die geringstmögliche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit mit sich bringt.

Wie dargestellt, handelt es sich bei dem Schächtverbot um eine für den A faktisch wirkende subjektive Berufswahlregelung. Da § 4a Abs. 1 TierSchG das Schächten gerade verbietet, bleibt aber keine andere, weniger einschneidende Möglichkeit, als dem A eine Ausnahmegenehmigung zu verweigern, um das Schächten zu unterbinden. Die Verweigerung der Ausnahmegenehmigung war daher auch erforderlich.

(4) Angemessenheit

Fraglich erscheint jedoch, ob die Entscheidung des Gerichts auch verhältnismäßig im engeren Sinn war. Ein Gesetz ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erst verfassungswidrig, wenn seine negativen Wirkungen außer Verhältnis zu seinen Zielen stehen und es damit das Übermaßverbot verletzt.³⁸ Übertragen auf die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gerichtsurteil bedeutet das, dass die Rechtsnorm in der Deutung des Fachgerichts nicht unangemessen in Grundrechte eingreifen darf. Entscheidend ist mithin im vorliegenden Fall, ob die Nichterteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG angesichts aller betroffenen Verfassungsgüter unverhältnismäßig ist.

(a) Dazu rechnet ohne Zweifel das Grundrecht des A aus Art. 12 Abs. 1 GG, in das in massiver Weise eingegriffen wurde, da für A nicht nur eine Modalität seiner Berufsausübung geregelt wurde, sondern angesichts zu befürchtender Umsatzeinbußen bei der muslimischen Kundschaft quasi ein Berufsverbot vorliegt.

(b) Trotz dieser harten Auswirkung für A wird sich aber angesichts der Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers und der verfassungsrechtlichen Aufwertung des Tierschutzes durch Art. 20a GG nicht feststellen lassen, dass unter Berücksichtigung der Versorgungssituation mit schächtenden Metz-

³⁷ BVerfGE 7, 377 (399, 401 f.); 85, 360 (373); *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 30), Art. 12 Abs. 1 Rn. 2; *Wieland*, in: Dreier (Fn. 26), Art. 12 Rn. 37.

³⁸ St. Rspr., BVerfGE 30, 292 (316) – Erdölbevorratung; BVerfGE 105, 17 (36) – Sozialpfandbriefe.

gern in München eine insgesamt unverhältnismäßige Maßnahme vorliegt.

(c) Es kommt aber hinzu, dass nicht nur der A als Metzger, sondern auch als Muslim und darüber hinaus alle Muslime in München von dem Verbot betroffen sind. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit verlangt eine umfassende Betrachtung der Sachlage und damit auch, deren Betroffenheit in die Analyse einzubeziehen. Insoweit liegt eine Auswirkung auf die Religionsfreiheit des A und seiner Kunden nach Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG vor, die durchaus als faktischer Grundrechtseingriff zu würdigen wäre, auch wenn im Großraum München noch weitere schächternde Metzger arbeiten und dies die Wirkungen auf die Kundschaft abschwächt.³⁹ Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verstärkungswirkung unter mehreren Grundrechten muss man daher des Weiteren beachten, dass sich hier die Grundrechte des A und die seiner Kunden verstärken. Zusammengekommen wiegen sie so schwer, dass insgesamt das Schächtverbot doch unverhältnismäßig ist.

(5) Zwischenergebnis

Die Verweigerung der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung stellt somit einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG dar.

III. Ergebnis

Durch das Urteil des BVerwG wird A in seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Die Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG tritt dahinter zurück. Eine von A eingelegte Verfassungsbeschwerde wäre daher begründet und hätte Aussicht auf Erfolg. In diesem Fall würde das BVerfG die Entscheidung des BVerwG gemäß § 95 Abs. 2 BVerfGG aufheben und die Sache zur erneuten Entscheidung an es zurückverweisen.

Lösungshinweis: Abwandlung 2 betrifft einen Fall, in dem mehrere Güter von Verfassungsrang eine Rolle spielen. Der mittlerweile in Art. 20a GG verankerte Tierschutz steht hier gegen die Grundrechte des muslimischen Metzgers, der sich nicht nur in seiner Berufsfreiheit, sondern auch in seiner Religionsfreiheit beeinträchtigt sieht. Viel wichtiger ist aber, dass nicht nur er selbst, sondern auch seine muslimische Kundschaft von dem Verbot betroffen ist. Bejaht man insoweit einen (zumindest faktischen) Grundrechtseingriff, gelangt man zu einer Verstärkungsfrage, die dogmatisch als eine Problematik der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu begreifen ist. Alle anderen grundrechtlichen Fragen – welche Grundrechte einschlägig sind, ob ein Eingriff vorliegt, ob dem Gesetzesvorbehalt Genüge getan worden ist, ob die Maßnahme geeignet und erforderlich ist – können ohne Rücksicht auf die Verstärkungsproblematik beantwortet werden.

³⁹ In einer Klausur wäre das im Einzelnen zu begründen. Hier wird lediglich der Fall dargestellt, dass man zu dem Ergebnis gelangt, es liege tatsächlich ein Grundrechtseingriff der betroffenen Muslime vor.

Die Lösung verlangt, zunächst mit einer Grundrechtsverletzung zu beginnen – etwa, wie vorstehend, mit Art. 12 Abs. 1 GG –, um sodann nach Feststellung eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG innerhalb der Rechtfertigung zu prüfen, ob nicht weitere Grundrechte oder Verfassungsgüter zugunsten – oder gegebenenfalls auch zu Lasten – des Beschwerdeführers eingreifen. In der Abwandlung 2 wird das deshalb relevant, weil nach der vorstehend gewählten Lösung erst die Zusammenschau und damit die Verstärkungswirkung der beiden betroffenen Grundrechte den Ausschlag gibt. Es kommt nicht darauf an, dass die Belastung der Kunden hinsichtlich ihrer Religionsausübungsfreiheit eine Belastung ist, die nicht den Beschwerdeführer selbst betrifft. Das Bundesverfassungsgericht prüft ein Gesetz und seine Anwendung holistisch, also ohne Beschränkung auf die Rechte eines Klägers/Beschwerdeführers, was seinen Ansatz von der eines Verwaltungsgerichts unterscheidet, für das die Rechtsverletzung des Klägers nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO maßgeblich ist. Die Verfassungswidrigkeit der Norm in der Deutung des Fachgerichts kann sich also aus ihrer Unverhältnismäßigkeit gegenüber dem Beschwerdeführer, anderen Grundrechtsträgern als dem Beschwerdeführer oder in der Zusammenschau aus beidem ergeben.

Abwandlung 3 – Caroline von Monaco/von Hannover⁴⁰

Am nächsten Tag geht I wieder seiner Arbeit als Paparazzo nach, und macht sich auf die Suche nach Prominenten und ihre neuesten Skandalgeschichten. Tatsächlich trifft er am Abend in einem Restaurant in der Münchener Innenstadt Prinzessin Caroline von Monaco/von Hannover (C), die sich erst vor einigen Monaten von ihrem Mann Prinz Ernst August von Hannover getrennt hatte. Nun essen beide wieder in Harmonie vereint und zusammen mit ihren drei Kindern dort zu Abend. I wittert eine günstige Gelegenheit und macht von dieser Situation Fotos, um sie später an die „Schild“-Zeitung zu verkaufen.

Nachdem die Bilder veröffentlicht werden, geht C auf dem Zivilrechtsweg gegen den I vor und macht Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts, insbesondere ihres Rechts am eigenen Bild geltend. Allerdings wird die Klage der C in allen Instanzen mit der Begründung abgewiesen, dass sie eine Person der Zeitgeschichte sei und es daher aufgrund ihrer zeitgeschichtlichen Relevanz gemäß §§ 22, 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG keiner Einwilligung für die Veröffentlichung der Bilder bedürfte. Ein berechtigtes Interesse der C sei durch die Veröffentlichung nicht verletzt. Da andere außergerichtliche Rechtsbehelfe ebenso erfolglos bleiben, erhebt C schließlich beim Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde gegen das letztinstanzliche Urteil des Bundesgerichtshofs. Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde der C begründet?

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 101, 361 – Caroline von Monaco II.

Lösung Abwandlung 3

Zu prüfen ist, ob die von C eingelegte und zulässige Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG gegen das Urteil des Bundesgerichtshofs begründet ist.

I. Begründetheit*1. Prüfungsmaßstab*

Das BVerfG prüft das Urteil des BGH auf die Verletzung der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte sowie auf Verstöße gegen die allgemeinen Verfassungsgrundsätze, allerdings mit Beschränkung auf spezifisches Verfassungsrecht.⁴¹ Dies bedeutet, dass eine Überprüfung der einfachgesetzlichen Richtigkeit des Urteils nicht erfolgt, da ansonsten der Sinn der obersten Bundesgerichte, für ihre jeweiligen Rechtsgebiete letztinstanzlich zuständig zu sein, ad absurdum geführt würde.⁴² Der Rechtsweg sieht Schutz durch den Richter, nicht vor dem Richter vor, weshalb das BVerfG nicht Superrevisionsinstanz ist,⁴³ sondern es im Rahmen der Verfassungsbeschwerde nur überprüft, ob das Gericht bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts den Einfluss der Grundrechte grundlegend verkannt hat oder willkürlich oder aufgrund einer verfassungswidrigen Norm geurteilt hat.⁴⁴

2. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Durch das Urteil des BGH könnte die C in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt sein. Voraussetzung ist, dass in den Schutzbereich des Grundrechts eingegriffen wurde und der Eingriff nicht zu rechtfertigen ist.

a) Schutzbereich

Dafür müsste zunächst der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG eröffnet sein. Unter den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Komponente des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit fallen das Recht auf Selbstbestimmung, auf Selbstbewahrung/-entfaltung und auf Selbstdarstellung.⁴⁵

In Betracht kommt zunächst das Recht auf Selbstbewahrung, das dem Einzelnen das Recht verbürgt sich zurückzuziehen, sich abzuschirmen und für sich und alleine zu sein,

⁴¹ BVerfGE 18, 85 (92); 89, 276 (285).

⁴² Vgl. BVerfGE 22, 93 (98); 51, 130 (139); 96, 27 (40); *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 1281; *Schlaich/Korioth* (Fn. 5), Rn. 285.

⁴³ Siehe Fn. 5.

⁴⁴ BVerfGE 57, 39 (42); 64, 389 (396 f.); 85, 248 (258); 89, 276 (285 f.); 95, 96 (128).

⁴⁵ Vgl. die Darstellung bei *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 391 ff.; sowie (geringfügig abweichend) *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 26), Art. 2 Abs. 1 Rn. 68 ff. Eine andere Einteilung und z.T. abweichende Terminologie wählen etwa *Epping*, Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 619 ff.; *Ipsen* (Fn. 5), Rn. 314 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 2 Rn. 41 ff.

wobei dies sowohl im sozialen als auch im räumlichen Sinne gemeint ist.⁴⁶

Zur genaueren Bestimmung jenes so garantierten Rückzugsbereichs und insbesondere zur Frage der Rechtfertigungsfähigkeit von entsprechenden Eingriffen, hat das BVerfG die sog. Sphärentheorie entwickelt, die die verschiedenen Lebensbereiche in eine Sozial-, Privat- und Intimsphäre einteilt.⁴⁷ Hier wurde die C in einem Restaurant, d.h. in einem öffentlichen Raum fotografiert, sodass ein Betroffensein in ihrer Intimsphäre von vornherein ausscheidet. Es könnte aber zumindest ein Eindringen in ihre Privatsphäre zu bejahen sein, sofern man den Aufenthalt in einem Restaurant als zur Privatsphäre gehörig betrachtet.

Das BVerfG stellt insoweit fest, dass „die freie Entfaltung der Persönlichkeit erheblich behindert wäre, wenn der Einzelne nur im eigenen Haus der öffentlichen Neugier entgehen könnte“⁴⁸ und er deshalb die Möglichkeit haben müsse, sich auch in der freien, gleichwohl abgeschiedenen Natur oder an Örtlichkeiten, die von der breiten Öffentlichkeit deutlich abgeschieden sind, in einer von öffentlicher Beobachtung freien Weise zu bewegen.⁴⁹ Die so geforderte erkennbare Abgeschiedenheit der Örtlichkeit ist bei einem Restaurantbesuch allerdings deutlich zu verneinen. Beim Besuch eines Restaurants, noch dazu in der Innenstadt von München, muss mit einem gewissen Publikumsverkehr und einer damit verbundenen breiten Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit gerechnet werden, sodass die Örtlichkeit nicht mehr als abgeschieden bezeichnet werden kann. Die C wurde daher nicht in ihrer Privatsphäre betroffen, sondern bewegte sich im Bereich der Sozialsphäre, weshalb der Schutzbereich bezüglich des Rechts auf Selbstbewahrung insoweit nicht eröffnet ist.

Allerdings bietet die Tatsache der Veröffentlichung der Fotos einen Anknüpfungspunkt bezüglich ihres Rechts auf Selbstdarstellung. Dieses hat in der Form des Rechts am eigenen Bild insofern eine besondere Ausgestaltung erfahren, als es dem Einzelnen Schutz vor der ungewollten fotografischen oder filmischen Aufnahme des eigenen Abbildes sowie der Verwertung solcher Aufnahmen durch Zurschaustellung oder anderer Formen der Verbreitung gewährt.⁵⁰ Da die Veröffentlichung der Fotos ohne den Willen der C geschah, kann zumindest insoweit von der Schutzbereichseröffnung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gesprochen werden.

b) Eingriff

Des Weiteren ist die Eingriffsqualität der gerügten Maßnahme zu untersuchen. Problematisch ist hierbei, dass das Urteil des BGH der C nicht etwa ein bestimmtes Verhalten, das in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

⁴⁶ BVerfGE 35, 202 (220); *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 391 ff.

⁴⁷ BVerfGE 6, 32 (41); 38, 312 (320); kritisch zur Trennschärfe der einzelnen Sphären gegeneinander: *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 26), Art. 2 Abs. 1 Rn. 88, siehe auch Fn. 57.

⁴⁸ BVerfGE 101, 361 (383).

⁴⁹ BVerfGE 101, 361 (384).

⁵⁰ BVerfGE 34, 238 (246); 35, 202 (224); 54, 148 (154); 87, 334 (340); 97, 228 (268 ff.); 101, 361 (380 f.).

fällt, positiv verbietet oder sanktioniert, sondern dass es ihr durch die Abweisung eines Schadensersatzanspruchs (nur) den Schutz ihres Grundrechts gegenüber anderen Privaten verweigert.

Darin liegt jedoch die Erweiterung der Freiheitssphäre der Presse zu Lasten der C; schließlich geht es ihr weniger um das Geld, das ihr als Schadensersatz zugesprochen würde, sondern um das Signal an die Medien, dass in der Anfertigung von Photographien von Prominenten in halb privaten Situationen eine staatlich negativ sanktionierte Belästigung liegt. Der Verzicht auf die staatliche – hier gerichtliche – Missbilligung einer solchen Medienarbeit ist selbst ein mit Blick auf die verfassungsrechtliche Anerkennung einer schützenswerten Privatsphäre rechtfertigungsbedürftiger Nachteil im Sinne eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

c) Rechtfertigung

Der so erfolgte Eingriff in den Schutzbereich könnte aber gerechtfertigt sein. Denn die freie Entfaltung der Persönlichkeit erfährt insoweit eine Einschränkung, als ihre Ausübung gemäß der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG nicht die Rechte anderer verletzen, gegen das Sittengesetz oder insbesondere gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen darf, wobei den beiden erstgenannten Aspekten keine eigenständige Bedeutung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung zukommt. Hierunter ist nach allgemeiner Meinung die Gesamtheit aller formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehender Normen zu verstehen⁵¹, wozu auch das KUG zählt.

Da dessen Verfassungsmäßigkeit an sich nicht in Zweifel zu ziehen ist, ist daher zu klären, ob das Gericht die einschlägigen Bestimmungen des KUG verfassungsgemäß angewendet hat, d.h. ob es die von der Entscheidung berührten widerstreitenden Grundrechtspositionen im Rahmen der auslegungsfähigen Tatbestandsmerkmale hinreichend berücksichtigt hat.⁵²

aa) Der BGH hat das nach § 22 KUG grundsätzlich geltende Erfordernis einer – hier fehlenden – Einwilligung der C in Bezug auf die Veröffentlichung der Fotos verneint, da es sich bei ihr um eine Person von zeitgeschichtlicher Bedeutung und daher um Abbildungen aus dem Bereich der Zeitgeschichte handele, für die es einer Einwilligung der Abgebildeten nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG nicht bedarf. Ein dem entgegenstehendes berechtigtes Interesse der C im Sinne von § 23 Abs. 2 KUG hat der Bundesgerichtshof nicht als verletzt gesehen. Es fragt sich, ob das Gericht den Grundrechtspositionen der C im Rahmen seiner Auslegung des Begriffs des „berechtigten Interesses“ hinreichend Rechnung getragen hat. Ein Eingriff in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht könnte indes gerechtfertigt sein, wenn eine Ablichtung der C aufgrund der Erfordernisse der Beachtung der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht unzumutbar erscheint.

Hierzu müsste zunächst der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG eröffnet sein. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die Freiheit der Presse essentiell für die öffentliche Meinungsbildung ist, die für eine freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierend ist.⁵³ Dies betrifft zwar insbesondere Text- und Bildberichterstattungen, die dem politischen Bereich zuzuordnen sind und sachbezogene Informationen beinhalten. Jedoch kann diese Informationsgabe auch durch unterhaltende Elemente transportiert werden, und sogar auch rein unterhaltende Beiträge können zur Meinungsbildung beitragen.⁵⁴ Insbesondere die Berichterstattung über Personen weckt vielfach erst das Interesse an dahinterliegenden Problemen und begründet den Wunsch nach Sachinformation, insbesondere wenn der Beitrag bebildert ist. Unerheblich ist hierbei, ob die Ablichtung die betreffende Person gerade in der Funktion zeigt, der sie ihren erhöhten Bekanntheitsgrad verdankt,⁵⁵ da eine derart selektive Darstellung der Öffentlichkeit Beurteilungsmöglichkeiten vorenthielte, die sie für Personen des gesellschaftlichen Lebens aufgrund ihrer Leitbildfunktion und ihres Einflusses benötigt.⁵⁶ Wenn also die C auch nicht in ihrer Eigenschaft als offizielle Repräsentantin des monegasischen Fürstenhauses fotografiert wurde, sondern als Privatperson bei einem privaten Restaurantbesuch, so fällt dies gleichwohl in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.

Wie oben bereits festgestellt, befand sich die C bei ihrem Restaurantbesuch nicht im Bereich der Privatsphäre, sondern in dem der Sozialsphäre.⁵⁷ Dies bedeutet aber, dass auch jeder andere interessierte Restaurantbesucher von ihr Fotos hätte machen können. C wollte sich in erkennbarer Weise gerade nicht an einen Ort der Abgeschiedenheit zurückziehen, sondern suchte die – wenn auch räumlich begrenzte – Öffentlichkeit. C weiß selbst von ihrer prominenten Stellung, und musste daher mit einer Ablichtung an jenem öffentlich zugänglichen Ort rechnen. Ihre hervorgehobene Position in der Gesellschaft erhöht das Informationsinteresse der Öffentlichkeit zu erfahren, ob sie ihr funktionales und persönliches Verhalten auch überzeugend in Übereinstimmung bringt.⁵⁸ Wenn C ihr Privatleben aus eigenem Antrieb heraus der Öffentlichkeit preisgibt, so muss sie sich hieran jedenfalls in bestimmten Grenzen festhalten lassen. Aus diesen Gründen erscheint die Einschränkung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugunsten der Pressefreiheit für sie daher als nicht unzumutbar.

⁵³ So auch BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth; *Epping* (Fn. 45), Rn. 205.

⁵⁴ BVerfGE 101, 361 (389 f.).

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 101, 361 (391).

⁵⁶ BVerfGE 101, 361 (393).

⁵⁷ Die Heranziehung der Sphärentheorie als zumindest grobe Zuhilfenahme für eine im Kern vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nicht auf den Teilbereich des Rechts auf Selbstbewahrung/-entfaltung beschränkt, sondern entsprechend auch auf die weiteren Teilgehalte des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts anwendbar, siehe hierzu die Darstellung von *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 5), Art. 2 Abs. 1 Rn. 87 f.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 101, 361 (393).

⁵¹ BVerfGE 6, 32.

⁵² BVerfGE 84, 192 (194 f.); 101, 361 (388); *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 5), Art. 2 Abs. 1 Rn. 92.

(bb) Fraglich ist allerdings, ob dieses Ergebnis nicht insoweit korrigiert werden muss, als auf den Fotografien nicht nur die C selbst, sondern auch ihre Kinder abgebildet sind. In Betracht kommt daher, dass das Grundrecht auf Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht der C eine verstärkende Wirkung entfaltet.

In Bezug auf die Familie ist der Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG eröffnet, da die Familienqualität der Beziehung zwischen C, ihrem Mann und den drei Kindern eindeutig zu bejahen ist. Die Eingriffsqualität ist hier zwar ebenso problematisch wie bei Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, da es sich um zivilrechtliche Streitigkeiten handelt. Bei Zugrundelegung des modernen Eingriffsbegriffs⁵⁹ kann allerdings auch hier von einem Eingriff gesprochen werden, da eine nicht grundrechtskonforme Anwendung und Auslegung des Schadensersatzrechts durch den BGH zu einer Verletzung staatlicher Schutzpflichten führt.⁶⁰ Bei der Frage nach der Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 6 Abs. 1 GG ist indes zu berücksichtigen, dass dieses Grundrecht vorbehaltlos gewährt wird, d.h. es kann zur Rechtfertigung nur kollidierendes Verfassungsrecht herangezogen werden.⁶¹

Trotz der Qualifikation der C als Person der Zeitgeschichte und dem grundsätzlichen Interesse der Öffentlichkeit an ihrem Privatleben, zumal dieses im öffentlichen – sozialen – Bereich stattfindet, macht es einen Unterschied, ob sich die C allein oder nur mit ihrem Mann, oder auch mit ihren Kindern in der Öffentlichkeit zeigt. Ein Fotografieren nur von ihr und ihrem Ehemann könnte mit Blick auf ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht unter dem Aspekt ihrer gesellschaftlichen Stellung und der Wichtigkeit der Pressefreiheit schlechthin gerade noch vertretbar sein (s.o.). Umgekehrt könnte auch das Fotografieren ihrer gesamten Familie einschließlich der Kinder durch andere Restaurantbesucher mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 GG noch gerechtfertigt sein, wenn diese die Fotos etwa nur zur privaten Erinnerung anfertigen.

Hier liegt die Besonderheit jedoch darin, dass die Fotos dieser erkennbar familiären Situation von I eben nicht nur zum privaten Gebrauch gemacht wurden, sondern zur Veröffentlichung bestimmt waren und auch veröffentlicht wurden. Es kommt hier vorliegend also zu einer Überschneidung des Fotografierens von einer für die Presse interessanten Person der Zeitgeschichte mit der Beeinträchtigung von deren Familienleben. Aber gerade aus diesem Zusammenwirken der Beeinträchtigung des eigenen allgemeinen Persönlichkeitsrechts der C mit der Verletzung der familiären Ruhe ergibt sich für die C eine besondere Belastungskumulation. Auch als Person von zeitgeschichtlicher Bedeutung muss es der C möglich sein, mit ihren Kindern nicht nur in den eigenen vier Wänden ungestört zu sein, sondern auch darüber hinaus, sofern es sich dabei um einen Anlass handelt, der wie hier eben nicht im Zusammenhang mit ihrer repräsentativen Funk-

tion als Prinzessin steht. In letzterem Fall wäre eine andere Bewertung allerdings denkbar, da sie ihr Familienleben dann ganz bewusst im Kontext mit ihrer zeitgeschichtlichen Bedeutung zeigen würde.

Dem Gedanken, dass die staatliche Gewalt im Rahmen der Schutzfunktion von Art. 6 Abs. 1 GG verpflichtet ist, die Lebensbedingungen des Kindes zu sichern, die für sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind,⁶² muss auch die Auslegung des Tatbestandsmerkmals vom „berechtigten Interesse“ der C an ihrer Nichtablichtung Rechnung tragen. Tut dies das Gericht im geschilderten Zusammenhang nicht, so liegt hierin ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in das durch Art. 6 Abs. 1 GG verstärkte allgemeine Persönlichkeitsrecht der C.⁶³

d) Zwischenergebnis

Mit den vorstehenden Überlegungen wäre die Auslegung von § 22 KUG, nach der die Klägerin auch bei einem privaten Mahl durch Pressefotografen abgelichtet wird, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da sich hier zwei Verfassungsgüter von prinzipiell gleichem Rang gegenüber stehen und eine unzumutbare Zurückstellung des einen – nämlich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – nicht zu erkennen wäre. Anders liegt der Fall aber jedenfalls dann, wenn die Klägerin nicht alleine, sondern im Kreis ihrer Familie fotografiert wird und damit auch der Schutz von Art. 6 Abs. 1 GG zu berücksichtigen ist. Dann verstärken sich beide Grundrechte dergestalt, dass sie zusammengenommen so schwer wiegen, dass die Pressefreiheit zurückzutreten hat.

II. Ergebnis

Das Urteil des BGH entspricht daher nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine grundgesetzkonforme Anwendung und Auslegung des einfachen Gesetzesrechts, und verletzt insoweit das allgemeine Persönlichkeitsrecht der C aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Es ist somit gemäß § 95 Abs. 2 S. 1 BVerfGG zur erneuten Entscheidung an den BGH zurückzuverweisen.

Lösungshinweis: Abwandlung 3 – der Caroline-Fall – betrifft eine Konstellation, in der nicht ein Grundrecht einem einzigen weiteren Grundrecht gegenübersteht, sondern zweien. Wendet man die Verstärkungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an, so kann man zu dem Ergebnis gelangen, dass eine verfassungskonforme Interpretation der zivilrechtlichen Norm des § 22 KUG im Fall der Caroline von Monaco gebietet, ihr einen Schadensersatzanspruch zuzugestehen. Darin liegt ebenfalls eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: nur die Auslegung von § 22 KUG ist verfassungskonform, die sowohl die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (der C) als auch des Schutzes der Familie aus Art. 6 GG gerecht wird.

⁵⁹ Vgl. *Epping* (Fn. 45), Rn. 378 ff.; *Michael/Morlok* (Fn. 36), Rn. 492 ff.; *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 251 ff.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 7, 198 (206 f.); 89, 214 (229 f.).

⁶¹ *Manssen* (Fn. 36), Rn. 436; *Michael/Morlok* (Fn. 36), Rn. 712; *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 708.

⁶² BVerfGE 56, 363 (384); 57, 361 (382 f.); 80, 81 (90 ff.).

⁶³ BVerfGE 101, 361 (386, 395 f.).

Abwandlung 4

Nachdem I bereits Bekanntschaft mit Verwaltungs- und Zivilgerichten gemacht hat, wird I nun auch strafrechtlich belangt und wegen des Rauschgiftbesitzes angeklagt. Es hatte sich nämlich herausgestellt, dass es sich bei der im Ausgangsfall beschlagnahmten Substanz tatsächlich um Cannabis handelte. Im Prozess weist I allerdings darauf hin, dass Alkoholkonsum schließlich auch nicht strafbewehrt sei, weshalb eine Bestrafung wegen des Cannabisbesitzes insofern gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen würde. Da I dennoch wegen unerlaubten Rauschgiftbesitzes gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG zu einer empfindlichen Geldstrafe verurteilt wird und auch die von ihm eingelegten Rechtsbehelfe erfolglos bleiben, erhebt I Verfassungsbeschwerde gegen das letztinstanzliche Urteil. Ist diese begründet?

Hinweis: Es ist zu unterstellen, dass der Cannabis-Konsum gesundheitsschädlich ist.

Lösung Abwandlung 4

Zu prüfen ist, ob die von I eingelegte zulässige Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 13 Nr. 8a BVerfGG begründet ist.

I. Begründetheit

1. Prüfungsmaßstab

Das BVerfG prüft das Strafurteil auf die Verletzung der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte sowie auf Verstöße gegen die allgemeinen Verfassungsgrundsätze mit Beschränkung auf spezifisches Verfassungsrecht. Da das BVerfG demgemäß nicht Superrevisionsinstanz ist, überprüft es lediglich, ob das Gericht bei seiner Entscheidung willkürlich gehandelt hat, oder die Bedeutung und den Einfluss der Grundrechte grundsätzlich verkannt hat bzw. nicht erkannt hat, dass Grundrechte einschlägig sind.

2. Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG

In Betracht kommt eine Verletzung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG durch die Verurteilung wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG.

a) Schutzbereich

Der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit als Komponente des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit umfasst in sachlicher Hinsicht die Freiheit eines „Tun- und Lassenkönnens, was man will“⁶⁴ und schützt ohne Rücksicht auf das Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung⁶⁵ jeden Lebensbereich und jedes menschliche Verhalten⁶⁶, wozu auch der Besitz von Betäubungsmitteln gehört. Dieser weite sachliche Anwendungsbereich wird flanked

kiert durch einen ebenso weiten persönlichen Schutzbereich, da dieses Grundrecht jedermann zusteht. Der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG ist mithin eröffnet.

b) Eingriff

Durch die Verurteilung des I zur Zahlung einer Geldstrafe wurde in dessen allgemeine Handlungsfreiheit eingegriffen.

c) Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der so erfolgte Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des I gerechtfertigt sein könnte. Als Schranke von Art. 2 Abs. 1 GG steht indes insbesondere die allein bedeutsame verfassungsmäßige Ordnung, d.h. die Gesamtheit aller formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmender Normen im Raum.⁶⁷ Es stellt sich daher die Frage, ob die Strafbestimmungen des BtMG verfassungsgemäß sind, wobei in materieller Hinsicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßstab bildet.⁶⁸

aa) Verfassungsgemäßes Gesetz

(1) Legitimer Zweck

Der Gesetzgeber verfolgt mit dem BtMG den Zweck, die menschliche Gesundheit sowohl des Einzelnen als auch der Bevölkerung im Ganzen vor den von Betäubungsmitteln (u.a. Cannabis) ausgehenden Gefahren zu schützen und insbesondere Jugendliche vor einer Abhängigkeit von Betäubungsmitteln zu bewahren.⁶⁹ Diesen Zielsetzungen dienen auch die im BtMG enthaltenen Strafvorschriften, um die mit dem Konsum der Rauschgiftprodukte einhergehende Gesundheitsschädigung der Bevölkerung und mittelbar den dadurch entstehenden Schaden für die Solidargemeinschaft effizient bekämpfen zu können. Ein legitimer Zweck liegt daher vor.

(2) Geeignetheit

Die Strafbarkeit des unerlaubten Rauschgiftbesitzes gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG müsste auch geeignet sein, den angestrebten legitimen Zweck zu erreichen.⁷⁰ Geeignet ist eine Maßnahme nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann, wenn sie dem mit ihr verfolgten Zweck zumindest förderlich ist.⁷¹ Die gesetzgeberische Konzeption einer Strafbarkeit unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln geht dahin, den gesamten Umgang mit Cannabisprodukten mit Ausnahme des Konsums selbst wegen der von der Droge und dem Drogenhandel ausgehenden Gefahren für den Einzelnen und die Allgemeinheit einer umfassenden staatlichen Kontrolle zu unterwerfen, und zur Durchsetzung dieser Kontrolle den unerlaubten Umgang mit jenen Produkten mit Strafe zu bedrohen. Die Strafvorschriften des BtMG sind daher geeignet, die Verbreitung der Droge einzuschränken

⁶⁷ BVerfGE 6, 32 ff.

⁶⁸ BVerfGE 75, 108 (154 f.); 80, 137 (153).

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 90, 145 (174).

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 30, 292 (316); 33, 171 (187).

⁷¹ BVerfGE 30, 292 (316); 33, 171 (187); 67, 157 (173) – G 10.

⁶⁴ BVerfGE 6, 32 (36 f.); 55, 159; 80, 137.

⁶⁵ BVerfGE 80, 137 (152 f.).

⁶⁶ BVerfGE 113, 29 (45); *Pieroth/Schlink* (Fn. 5), Rn. 386.

und die von ihr ausgehenden (Gesundheits-)Gefahren zu verringern, mithin die Verfolgung des Gesetzeszweckes insgesamt zu fördern.

(3) Erforderlichkeit

Fraglich ist, ob nicht ein mildereres, aber gleich wirksames Mittel als eine Strafdrohung existiert. Festzuhalten ist, dass dem Gesetzgeber hinsichtlich der Beurteilung, welches Mittel er zur Erreichung des verfolgten Ziels als erforderlich erachtet, eine Einschätzungsprärogative verbleibt.⁷² Zweifel bei der Wahl des Mittels gehen dabei zugunsten des Gesetzgebers.⁷³

Beispielsweise könnte ein weniger einschneidendes Mittel darin bestehen, den Umgang mit Cannabis generell zu erlauben um der Droge so den „Reiz des Verbotenen“ zu nehmen. An der Geeignetheit eines solchen Weges kann auch nicht grundsätzlich gezweifelt werden, da etwa die Niederlande genau diesen Weg erfolgreich beschritten haben. Eine andere Möglichkeit wäre, voll auf Aufklärung über die Gefährlichkeit der Droge und damit auf die Mündigkeit des Bürgers zu setzen. Letztendlich gibt es aber keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse darüber, welche Vorgehensweise zu einer effektiveren Verringerung des Cannabis-Konsums führt, weshalb man auch mit Bestimmtheit weder sagen kann, ob es andere Mittel gibt, die gleich geeignet, aber milder sind, noch ob der vom Gesetzgeber beschrittene Weg tatsächlich der geeignetste ist. Wenn sich der Gesetzgeber für den Weg der Strafdrohung entscheidet, so trifft er letztlich nur eine Wahl zwischen mehreren potentiell geeigneten Mitteln. Die ihm insoweit verbleibende Einschätzungs- und Entscheidungsprärogative führt dazu, dass die Erforderlichkeit einer Strafdrohung in dubio pro iuris conditore zu bejahen ist.

(4) Angemessenheit

Zu prüfen ist schließlich, ob die im BtMG enthaltene Strafdrohung wegen unerlaubten Rauschgiftbesitzes auch verhältnismäßig im engeren Sinn ist, d.h. nicht gegen das Übermaßverbot verstößt.

Das allgemeine Konzept, den Umgang mit Cannabisprodukten umfassend zu verbieten, wird durch die erstrebten Zwecke gerechtfertigt, die Bevölkerung vor den von dem Betäubungsmittel ausgehenden Gesundheitsgefahren sowie vor der Gefahr einer psychischen Abhängigkeit zu schützen.⁷⁴ Ein Verstoß gegen die strafbewehrten Vorschriften des BtMG führt demgemäß zu einer Gefährdung wichtiger Gemeinschaftsbelange, die der Gesetzgeber zu schützen bezweckt. Demgegenüber ist ein diese Ziele überwiegendes Interesse des I an ungehindertem und nicht staatlicher Kontrolle unterworfenem Besitz von Cannabis nicht erkennbar. Denn es steht nicht nur die frei verantwortliche Selbstgefährdung des Konsumenten an sich in Rede, sondern auch die damit verbundenen schädlichen Auswirkungen auf die Soli-

dargemeinschaft, die insbesondere die finanziellen Folgen einer so gegebenenfalls erfolgenden Gesundheitsschädigung zu einem wesentlichen Teil zu tragen hat.

Allerdings ist zuzugeben, dass die Bedeutung einer Gefährdung der angeführten Gemeinschaftsgüter je nach Einnahme, Art und Menge der Droge derart schrumpfen kann, dass die Erforderlichkeit einer generellen Androhung von Strafe stark an Gewicht verlieren kann. Diesem Aspekt wird jedoch insoweit Rechnung getragen, als auf einen derartigen Einzelfall durch die Möglichkeit eines Absehens von Strafe nach § 29 Abs. 5 BtMG angemessen reagiert werden kann. Insofern ist die Normierung einer generellen Strafbarkeit bei Verstoß gegen die in § 29 Abs. 1 BtMG enumerativ aufgezählten Verhaltensweisen nicht per se unverhältnismäßig.

bb) Verfassungsgemäße Einzelfallanwendung

Für eine willkürliche Anwendung des Verbots nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG auf den vorliegenden Einzelfall ist nichts ersichtlich, insbesondere was die Sachverhaltsbewertung oder den Gang des Verfahrens betrifft.

cc) Zwischenergebnis

Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des I durch das Strafurteil ist gerechtfertigt, eine Verletzung seines Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG liegt nicht vor.

3. Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG

Durch die Verurteilung des I wegen des Rauschgiftbesitzes könnte aber der Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sein.

a) Ungleichbehandlung

Fraglich ist, inwiefern eine Ungleichbehandlung des I durch das Strafurteil vorliegen könnte. Voraussetzung ist, dass hierdurch wesentlich Gleiches ungleich oder wesentlich Ungleiches gleich behandelt wurde.⁷⁵ Wenn es auch grundsätzlich Sache des Gesetzgebers ist, zu entscheiden, welche Sachverhalte er als gleich betrachtet, so darf diese Auswahl nicht willkürlich, sondern muss sachgerecht erfolgen. In Bezug auf den von I vorgebrachten Vergleich mit Alkohol ist festzustellen, dass auch dieser je nach Art und Menge des Genusses eine ähnlich berauschende Wirkung und vergleichbare, ja sogar unter Umständen noch schädlichere Auswirkungen auf die Gesundheit haben kann wie Cannabis-Produkte. Dass zwar einerseits der Besitz von Cannabis unter Strafe gestellt wird, nicht aber der von Alkohol, stellt daher an sich eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem dar.

b) Rechtfertigung

Jedoch könnte diese Ungleichbehandlung aufgrund verschiedener Gesichtspunkte gerechtfertigt sein. Hierbei ist entscheidend, ob Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht

⁷² Michael/Morlok (Fn. 36), Rn. 621; Pieroth/Schlink (Fn. 5), Rn. 292.

⁷³ Pieroth/Schlink (Fn. 5), Rn. 297.

⁷⁴ BVerfGE 90, 145 (184).

⁷⁵ BVerfGE 1, 14 (52); 3, 58 (135); 18, 38 (46); 21, 6 (9) – st. Rspr.

bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.⁷⁶

Zwar dürfte das Kriterium der Gesundheitsschädlichkeit der Stoffe ein maßgebliches Kriterium für ein Verbot sein, jedoch ist es nicht das einzige. Gleichmaßen Bedeutung erlangt die verschiedene Verwendung von Cannabis und Alkohol im gesellschaftlichen Zusammenleben und die rechtlichen wie tatsächlichen (sozialen) Möglichkeiten, einem Missbrauch vorzubeugen.⁷⁷ Während der Konsum von Cannabis im Wesentlichen zum Herbeiführen eines Rauschzustandes bestimmt ist, erfolgt der Genuss von Alkohol nicht primär zu diesem Zweck, auch wenn ein Rauschzustand nicht selten die Folge ist, was die Nähe zu Betäubungsmitteln bezüglich der Gesundheitsgefahren wiederum unterstreicht. Demgegenüber dienen alkoholhaltige Substanzen jedoch in unterschiedlichen Formen als Lebens- und Genussmittel, etwa in kleinen Mengen bei Pralinen oder als Abrundung zur Nahrungsaufnahme. In Form von Wein erfüllen sie sogar liturgische Funktionen im religiösen Kult.

Während in den genannten Fällen eine Verwendung von Alkohol dominiert, die nicht zu Rauschzuständen führt, steht die Erzielung einer berausenden Wirkung bei der Cannabis-Einnahme typischerweise im Vordergrund,⁷⁸ die in ihrem abgeschlossenem gesellschaftlichen Bereich auch keine vergleichbare soziale Kontrolle erfahren dürfte wie übermäßiger Alkoholkonsum, da Alkoholgenuss an sich in der Mitte der Gesellschaft fest verankert ist und eine missbräuchliche Verwendung daher stärker auffällt.

Auch wenn ein flächendeckendes Verbot von Alkohol wegen der herkömmlichen Konsumgewohnheiten in Deutschland und im europäischen Kulturkreis wohl weder durchsetzbar noch vermittelbar wäre, bedeutet dies nicht, dass deswegen auf das Verbot von Cannabis verzichtet werden müsste.⁷⁹ Der Gleichheitssatz gebietet nicht, alle potentiell gleich schädlichen Drogen gleichermaßen zu verbieten oder zuzulassen, sondern er lässt Raum für eine unterschiedliche Behandlung, die mit guten Gründen, wie etwa den dargelegten, gerechtfertigt werden kann.

c) Zwischenergebnis

Zwar liegt in der Bestrafung des I wegen des Cannabisbesitzes eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Besitz und dem Konsum von Alkohol. Allerdings ist diese Ungleichbehandlung aus den dargelegten Gründen gerechtfertigt, weshalb eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG daher zu verneinen ist.

II. Ergebnis

I wird durch das Strafurteil nicht in seinen Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Da andere Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht in Betracht kommen, ist

die Verfassungsbeschwerde des I unbegründet und hat keine Aussicht auf Erfolg.

Lösungshinweis: In der vorstehenden Lösung wurden beide in Betracht kommenden Grundrechte verneint. Dann ist eine getrennte Behandlung unschädlich, sofern man nicht vergisst, an geeigneter Stelle auf eine mögliche Verstärkungsproblematik einzugehen. Wer nämlich entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes gelangt – etwa weil eine Bestrafung des Besitzes und Genusses von Rauschmitteln einer bestimmten Sorte und gleichzeitiger Straffreiheit des Besitzes und Genusses anderer Rauschmittel nicht dem Gebot der Folgerichtigkeit aus Art. 3 Abs. 1 GG entspricht –, müsste weiter prüfen, ob sich nicht eine Verstärkungswirkung dahingehend ergeben könnte, dass der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 3 Abs. 1 GG verstärkt wird. Dann ist das Ergebnis wieder offen, denn dann steht der gebotene Schutz vor den Gefahren des Drogenkonsums nicht nur vor der Aufgabe der Rechtfertigung der Strafbarkeit wegen der Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit, sondern auch angesichts der darin liegenden Ungleichbehandlung. Bei einem derartigen Ergebnis würde es sich vom Aufbau her empfehlen, im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn hinsichtlich von Art. 2 Abs. 1 GG wie in den anderen Abwandlungen auch zu fragen, ob sich das Ergebnis, es liege hinsichtlich des einen geprüften Grundrechts keine Unverhältnismäßigkeit vor, halten lässt angesichts einer möglichen Verstärkung des Schutzes aus der gleichzeitigen Verwirklichung einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung. Mit anderen Worten wird dann Art. 3 Abs. 1 GG inzident im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG geprüft. Soweit ersichtlich, ist ein solcher Fall in der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden, so dass man sich damit auf unsicherem Terrain befindet. Da aber von Examenskandidaten nicht verlangt werden kann, bessere Lösungen als die gesamte deutsche Rechtsprechung parat zu haben, kommt es nur darauf an, eine nachvollziehbare Lösung für das sauber herausgearbeitete Problem zu präsentieren.

Eine weitere Verstärkung könnte mit Blick auf den Ausgangsfall darin liegen, dass die Abwägungslösung des BGH zur Beantwortung der Frage des Beweisverwertungsverbots zu einer Straflosigkeit jedenfalls dann führt, wenn die Beweismittel in rechtswidriger Weise erlangt worden sind, nämlich unter Missachtung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Wohnung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 GG. Denn dann stünde das staatliche Interesse an der Strafverfolgung nicht nur Art. 13 Abs. 1 GG gegenüber, sondern – im Bejahensfalle – auch dem Eingriff in Art. 3 Abs. 1 GG.

Zusammenfassung und Fazit

Die vorstehenden Überlegungen haben verschiedene Varianten des Zusammentreffens von Grundrechten und anderen Verfassungsgütern in einem Sachverhalt untersucht. Ein wesentliches Ergebnis der Überlegungen ist, dass kaum ein

⁷⁶ BVerfGE 55, 72 (88, 91); 74, 9 (30); 84, 348 (359); 85, 191 (210); 85, 238 (244); 87, 1 (36); 87, 234 (255).

⁷⁷ BVerfGE 90, 145 (196).

⁷⁸ BVerfGE 90, 145 (197).

⁷⁹ BVerfGE 90, 145 (197).

Grundrechtsfall ohne die Heranziehung mehrerer verfassungsrechtlich geschützter Güter auskommt. Das bedeutet aber nicht, dass alle Fälle gleich schwierig zu behandeln wären. So kann schon eine Sachverhaltszerlegung – etwa durch chronologische Trennung von Handlungsabschnitten – bewirken, dass jeweils nur ein Grundrecht zu prüfen ist, so dass es bei dem bekannten Aufbau Schutzbereich – Eingriff – Schranken/Rechtfertigung bleiben kann, was die Freiheitsgrundrechte angeht. Schwieriger liegen die Konstellationen, in denen eine Segmentierung des Sachverhaltes nicht durchführbar ist und daher dogmatische Abgrenzungen hinsichtlich der Schutzbereiche vorzunehmen sind.

Die eigentlich schwierigen Fälle sind aber diejenigen, in denen selbst das nicht gelingt, sondern die gleichzeitige Heranziehung von Grundrechten und anderen Verfassungsgütern angezeigt ist. Dann kann es nach der im Ansatz zutreffenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einer Verstärkungswirkung der verschiedenen, in die gleiche Richtung zielenden Verfassungsgüter und/oder Grundrechten kommen. Dieses Verstärkungsproblem ist in der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn zu verorten, und tritt nur dann auf, wenn mehrere Grundrechte oder Verfassungsgüter tatsächlich einschlägig sind. Mit Blick auf Grundrechte ist insoweit erforderlich, dass zumindest ein Eingriff vorliegt. Dessen Rechtfertigung gelingt nur, wenn auch unter Berücksichtigung aller betroffenen Verfassungsgüter einschließlich von Grundrechten keine Unverhältnismäßigkeit der Belastungen – also zusammengekommen oder „addiert“ – vorliegt. Unbeachtlich ist dagegen, ob die Belastungen bei ein und demselben Grundrechtsträger auftreten. Das Bundesverfassungsgericht prüft die Verfassungsmäßigkeit einer hoheitlichen Maßnahme umfassend. Diesen Unterschied zur Kontrolle der Verwaltung durch Verwaltungsgerichte gilt es gerade mit Blick auf mögliche Verstärkungswirkungen im Auge zu behalten.

Übungsfall: Action im Kino

Von **Jan Ehlers**, Greifswald*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2011 im Rahmen des Examensklausurenkurses der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald in leicht modifizierter Form gestellt. Der Notendurchschnitt lag bei 4,6 Punkten.

*Die Klausur beinhaltet im Wesentlichen fünf Problembe-
reiche: Zu Beginn mussten die Bearbeiter/-innen sich mit der
Herleitung anspruchsbegründender Pflichten aus dem Kino-
vertrag beschäftigen und entscheiden, wann bei unkörperlichen
Werkleistungen der Gefahrübergang erfolgt. Ein weiterer
Schwerpunkt der Arbeit lag sodann auf einer möglichen
Störung der Geschäftsgrundlage des Kinovertrags. Des Wei-
teren waren der Begriff des „ähnlichen geschäftlichen Kon-
taktes“ i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB und die Reichweite
einer deliktischen Sicherungspflicht gegenüber untreuen
Vertragspartnern zu bestimmen. Zum Schluss war problemati-
sch, ob im Kinovertrag eine Unterlassungspflicht durch
Schweigen mit einem Erklärungswert vereinbart worden ist.*

Sachverhalt

A ist Fan von actionreichen Science-Fiction-Filmen und freut sich bereits seit langem auf den Film „T 1000“. Der Film erscheint als einer der ersten Kinofilme überhaupt zusätzlich in der Variante „T 1000 3D“. Bei dieser soll der Zuschauer das Geschehen auf der Leinwand mittels einer sog. 3D-Brille räumlich wahrnehmen können. Die Erprobung der 3D-Technik an einem Testpublikum fand bisher nicht statt. Eine Karte für die 3D-Variante kostet mit 15 € doppelt so viel wie die herkömmliche zweidimensionale Version. Für die im Kino käuflich zu erwerbende 3D-Brille muss zudem 1 € aufgewendet werden. Das Kino, das A für gewöhnlich besucht, steht im Eigentum des B.

Insbesondere in den Tagen kurz vor dem Start des Films werden die Vorzüge des „3D-Erlebnisses“ gegenüber herkömmlichen zweidimensionalen Filmen allgemein noch einmal stark beworben. Dem kann sich auch A nicht entziehen. So entscheidet er sich am Erscheinungstag für eine Karte der um 20 Uhr beginnenden 3D-Vorstellung nebst Brille anstelle der eine Stunde später beginnenden, herkömmlichen 2D-Vorstellung. Nach Entwertung der Kinokarte durch einen Mitarbeiter des Kinos erhält A Zugang zum Eingangsbereich des Kinos. An diesen schließen sich die einzelnen Kinosäle sowie ein Verkaufsvorraum an, in dem Getränke und Snacks erworben werden können. Da A zuhause jedoch bereits zwei Dosen Bier eingesteckt hat und unter seiner Jacke verborgen hält, entschließt er sich dazu, sofort den Kinosaal aufzusuchen. Hätten B oder seine Angestellten von den Bierdosen gewusst, hätten sie A damit nicht ins Kino eingelassen. Dies wusste A auch und entspricht gängiger Praxis in allen vergleichbaren Kinos.

Nachdem A seinen Platz eingenommen hat, beginnt er sogleich damit, die mitgebrachten Artikel zu konsumieren. Nach etwa einer halben Stunde, in deren Verlauf ein anderer Mitarbeiter des Kinos erfolglos versuchte, A ein Eis zu verkaufen, beginnt um 20:45 Uhr endlich der Film. Bereits nach wenigen Minuten stellt sich dabei jedoch für A eine große Enttäuschung ein. Zwar funktionieren Vorstellungstechnik des Kinos und 3D-Brille ordnungsgemäß. Jedoch kann A das Bild des Kinofilms nur äußerst verschwommen wahrnehmen. Weder ergibt sich für ihn ein 3D-Effekt, noch erreicht das Bild auch nur annähernd eine Qualität, die der herkömmlichen 2D-Version entspricht. Später stellt sich heraus, dass A zu einer Minderheit der Bevölkerung gehört, die aufgrund eines geringfügigen Sehfehlers nicht zu räumlicher Wahrnehmung fähig ist. Da es sich hierbei um einen angeborenen Sehfehler handelt, den das menschliche Gehirn darüber hinaus in Situationen des alltäglichen Lebens für gewöhnlich kompensieren kann, ist der Sehfehler dem A bislang unbekannt geblieben. Möglicherweise hätte der Sehfehler jedoch bei einer Erprobung der 3D-Technik vor einem Testpublikum entdeckt werden können.

Um den Abend zu retten und nachdem er sich an die 2D-Vorstellung um 21:00 Uhr erinnert, entschließt sich A, den Kinosaal zu wechseln. Im Saal der 2D-Vorstellung sind nur wenige Plätze belegt. Da der Saal bereits abgedunkelt ist, nimmt A kurzerhand in der Nähe des Saaleingangs Platz. Vor Beginn des Films erscheint wiederum der Eisverkäufer. Die zweidimensionale Filmvorstellung verläuft zur vollsten Zufriedenheit des A. Als nach dem Abspann das Licht angeht, muss er jedoch ein Malheur feststellen. Sitz- und Rückenlehne seines Platzes waren vor Beginn des Films nicht gereinigt worden, sodass die Hose des A nun mit roter Salsa-Soße verschmutzt ist. Sie kann nur durch eine aufwendige Reinigung gerettet werden (Kosten 15 €). Zu allem Überfluss wartet am Ausgang des Saals auch noch der B, der kurz zuvor durch den Eisverkäufer informiert worden war und nun die Kinokarte des A kontrolliert. In dem sich anschließenden Streitgespräch kommt nicht nur der eigenmächtige Kinowechsel heraus, sondern auch der Schmuggel der im Kino nicht erhältlichen Bierdosen.

B verlangt von A das Geld für die besuchte 2D-Vorstellung. Darauf entgegnet A, dass selbst wenn ein solcher Anspruch bestünde, der B vielmehr ihm noch Geld wegen der verkorksten 3D-Vorstellung und der nutzlosen 3D-Brille schulde. B verlangt ferner Ersatz für das aufgrund des Bier schmuggels „entgangene Geschäft“. A meint darauf, dass er sein Bier trinken könne, wo er wolle und verlangt von B das Geld für die Reinigung der Hose.

Welche Ansprüche haben A und B gegeneinander?

Bearbeitungsvermerk

Gehen Sie davon aus, dass die für die Kinokarten verlangten Beträge dem objektiven Wert der Leistungen entsprechen.

* Der Autor war zum Zeitpunkt der Klausurstellung Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Medienrecht (Prof. Dr. iur. Axel Beater) der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald.

Lösung**Ansprüche des A gegen B****A. Bezüglich der 3D-Vorstellung****I. Auf Rückgewähr gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 326 Abs. 5 BGB**

A könnte gegen B einen Anspruch auf Rückgewähr i.H.v. 15 € gem. § 346 Abs. 1 BGB haben. Dann müsste A ein vertragliches oder gesetzliches Rücktrittsrecht zustehen. Ein vertragliches Rücktrittsrecht ist nicht ersichtlich. In Betracht kommen könnte ein gesetzliches Rücktrittsrecht gem. §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 326 Abs. 5 BGB.

1. Werkvertrag

Die Anwendung des § 634 BGB setzt das Bestehen eines Werkvertrages voraus. Die Hauptleistungspflichten eines Werkvertrages gem. § 631 Abs. 1 BGB bestehen in der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges gegen Werklohnzahlung.¹ Im vorliegenden Fall haben A und B einen Vertrag über die Vorstellung eines Kinofilms geschlossen. Hierbei handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, dessen Leistungspflichten sich nicht auf einen bestimmten Vertragstypen beschränken. Die unmittelbar aus der Vereinbarung folgenden Pflichten des Kinovertrags i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB umfassen in der Regel die Zahlungsverpflichtung des Kinzuschauers einerseits und die Gebrauchsüberlassung eines bestimmten Sitzplatzes sowie die zeitlich gebundene Filmvorführung durch den Kinobetreiber andererseits. Es handelt sich um einen gemischten Vertrag, dessen Hauptleistungspflichten sich aus Elementen des Werk- und Mietvertrags zusammensetzen.² Die Anwendung von Normen bei gemischten Verträgen bestimmt sich grundsätzlich nach dem Schwerpunkt der betroffenen Leistungspflicht.³ Im vorliegenden Fall geht es um die möglicherweise mangelhafte Filmvorführung. Die Filmvorführung ist ein herbeizuführender, konkreter Erfolg. Dem Schwerpunkt nach geht es folglich um eine Leistungspflicht, die dem Wesen des Werkvertrages entspricht und die Anwendung werkvertraglicher Normen rechtfertigt.

2. Mangel bei Gefahrübergang, § 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB

Die Anwendung des § 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB setzt einen Mangel bei Gefahrübergang voraus.

¹ Damit unterscheidet sich der Werkvertrag insbesondere vom Dienstvertrag gem. § 611 BGB, bei dem lediglich das Tätigwerden geschuldet wird, vgl. *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, Vorb. §§ 611-630 Rn. 15; *Müller-Glöge*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 611 Rn. 22; *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, Vorb. §§ 611 ff. Rn. 26.

² *Ehlert*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 20, Stand: 1.3.2011, § 535 Rn. 25.

³ Sog. Kombinationsmethode, vgl. BGH NJW 2005, 2008; *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 46.

a) Gefahrübergang, § 644 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Gefahrübergang im Werkvertragsrecht erfolgt grundsätzlich durch die Abnahme gem. § 640 BGB. Nach dem eingliedrigen Abnahmebegriff ist dafür die Billigung des Leistungsgegenstands als vertragsgemäße Leistung erforderlich.⁴ Hier hat A schließlich mit Kundgabe gegenüber B das Werk gerade nicht gebilligt. Danach läge im vorliegenden Fall kein Gefahrübergang vor.⁵ Zu einer anderen Lösung gelangt der zweigliedrige Abnahmebegriff. Für die Abnahme ist danach nicht nur die Billigung des Leistungsgegenstandes erforderlich, sondern zuvor die körperliche Entgegennahme des Werks.⁶ Eine körperliche Abnahme ist hier aufgrund der unkörperlichen Beschaffenheit der Filmvorstellung nicht möglich. Mangels Abnahmefähigkeit tritt an die Stelle der Abnahme ausnahmsweise die Vollendung des Werks nach § 646 BGB.⁷ Die Filmvorführung wurde hier – wenn auch in Abwesenheit von A – jedenfalls vollendet. Danach läge ein Gefahrübergang vor. Vorzugswürdig erscheint die zweite Lösung. Die Billigung einer Kinovorstellung ist weder praktikabel noch üblich.⁸ Die zweite Lösung entspricht damit nicht nur eher den tatsächlichen Gegebenheiten als die erste, sondern trägt darüber hinaus dem Fixschuldcharakter des Kinovertrags Rechnung. Der Gefahrübergang ist danach erfolgt.

b) Mangel im Sinne des § 633 BGB

Rechtsmängel i.S.d. § 633 Abs. 3 BGB kommen nicht in Betracht. Nach § 633 Abs. 1 S. 1 BGB wäre das Werk mangelhaft, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufwies. Vereinbart war die technisch einwandfreie Vorführung des (3D-)Filmmaterials zum konkreten Termin. Diese vereinbarte Beschaffenheit wies die Vorstellung auf. Die Fähigkeit des A zur dreidimensionalen Wahrnehmung war dagegen nicht Gegenstand der Leistungspflicht von B. Ein Mangel liegt insofern nicht vor. Nach § 633 Abs. 1 S. 2 BGB wäre das Werk mangelhaft, wenn es sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (Nr. 1) oder nicht für die sonst gewöhnliche Verwendung eignet, weil es nicht die übliche Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werks erwarten kann (Nr. 2). Das Werk selbst, d.h. die Filmvorstel-

⁴ *Voit*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 20, Stand: 1.3.2011, § 640 Rn. 18; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2008, § 640 Rn. 6.

⁵ Wer sich gegen den Gefahrübergang entscheidet, muss einen Rückgewähranspruch nach allgemeinem Schuldrecht gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 326 Abs. 5 BGB prüfen. Jedoch ist die Leistung hier nicht dem Schuldner B unmöglich, sondern wiederum lediglich dem Gläubiger A die Inanspruchnahme der Leistung.

⁶ BGH NJW 1996, 1749; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 640 Rn. 3; *Peters/Jacoby* (Fn. 4), § 640 Rn. 3.

⁷ *Busche* (Fn. 6), § 640 Rn. 8; *Peters/Jacoby* (Fn. 4), § 640 Rn. 39.

⁸ Entsprechend Theater- und Konzertvorstellungen, vgl. *Kreile/Hombach*, ZUM 2001, 731 (745).

lung, wies jedoch diese Eignung auf. Die Erwartungen des A wurden vielmehr nur deshalb enttäuscht, weil A selbst nicht die körperliche Eignung aufwies, den Film dreidimensional wahrzunehmen. Ein Mangel gerade des Werks i.S.d. Nrn. 1 oder 2 liegt damit nicht vor. Nach § 633 Abs. 2 S. 3 BGB wäre das Werk schließlich mangelhaft, wenn B zu wenig oder etwas anderes geleistet hätte, als das bestellte Werk. Beides käme in Betracht, wenn B beispielsweise anstelle des 3D-Filmmaterials, das 2D-Filmmaterial vorgeführt hätte. Dies ist hier aber wiederum nicht der Fall. Ein Mangel i.S.d. § 633 BGB besteht daher insgesamt nicht.

3. Ergebnis

Ein Anspruch des A gegen B auf Rückgewähr i.H.v. 15 € gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 326 Abs. 5 BGB besteht nicht.

II. Auf Rückgewähr gem. § 346 Abs. 1 i.V.m. § 313 Abs. 3 BGB

A könnte gegen B einen Anspruch auf Rückgewähr des Kinogeltes i.H.v. 15 € gemäß § 346 Abs. 1 BGB haben.

1. Anspruch entstanden

Dann müsste A den Rücktritt gem. § 347 BGB erklärt haben und ein gesetzliches Rücktrittsrecht nach § 313 Abs. 3 BGB vorliegen. Eine Rücktrittserklärung gem. § 347 BGB kann hier zumindest konkludent (§§ 133, 157 BGB) aus dem Rückzahlungsverlangen des A gefolgert werden. Die Voraussetzungen des gesetzlichen Rücktrittsrechts ergeben sich aus § 313 Abs. 3 BGB und der dortigen Verweisung auf die Abs. 1 und 2.

a) Geschäftsgrundlage

Gem. § 313 Abs. 1, 2 BGB müsste zunächst ein Umstand oder eine vertragswesentliche Vorstellung über einen Umstand vorliegen und zur Grundlage des Vertrags geworden sein.

aa) „Umstände“ (Abs. 1) oder „Vorstellungen“ (Abs. 2)

Als Geschäftsgrundlage kommen hier zweierlei Anknüpfungspunkte in Betracht, nämlich einerseits die Sehfähigkeit des A als objektiver⁹ Umstand und andererseits die subjektive Vorstellung beider Parteien, dass A den Film dreidimensional wahrnehmen kann. An einen objektiven Umstand kann nach § 313 Abs. 1 BGB nur dann angeknüpft werden, wenn sich dieser „nach Vertragsschluss“ verändert hat. Der Sehfehler lag jedoch bereits anfänglich vor. Die Anknüpfung an einen objektiven Umstand führt hier daher nicht weiter.

Für eine Vorstellung i.S.d. Abs. 2 verlangt der Wortlaut der Norm ferner, dass sich die Vorstellung später als falsch herausstellen muss, m.a.W. eine positiv bestehende (Fehl-)Vorstellung. Hier liegt es jedoch so, dass mangels Problem-

bewusstseins weder A noch B überhaupt eine Vorstellung von dem Sehfehler hatten (fehlende Vorstellung). Nach Literatur und Rechtsprechung soll darin jedoch kein wesentlicher Unterschied bestehen. Danach genügt es für eine Geschäftsgrundlage, wenn die Parteien bestimmte Umstände als selbstverständlich ansahen, ohne sich diese bewusst zu machen.¹⁰ Voraussetzung ist jedoch, dass der Geschäftswille beider Parteien auf diesem Umstand aufbaute.¹¹ So liegt es hier. Die Vorstellung, dass A den Film dreidimensional sehen kann, war maßgeblich für seine Entscheidung zugunsten der 3D-Vorstellung. Auch B ging wie selbstverständlich davon aus, dass A den Film dreidimensional sehen kann und schloss mit ihm auf dieser Grundlage den Vertrag über die 3D-Vorstellung.

Abzustellen ist somit i.S.d. Abs. 2 auf die für beide Parteien selbstverständliche Vorstellung, dass A den Film dreidimensional wahrnehmen kann.

bb) Außerhalb des Vertragsinhalts

Kein Raum für die Anwendung des § 313 BGB besteht, wenn der Umstand oder die Vorstellung bereits zum Vertragsinhalt gehört. Die Rechtsfolgen des Wegfalls oder Fehlens würden sich in diesem Fall nach einer Vertragsauslegung oder den gesetzlichen Vorschriften (§§ 275, 280 ff., 323 ff. BGB) bestimmen.¹² Die Vorstellung, einen Kinofilm sehen zu können, gehört in der Regel zum Vertragsinhalt. Wäre die Sicht des Kinogasts beispielsweise aufgrund eines vom Kinobetreiber zu verantwortenden Umstands (z.B. wegen eines schlechten Sitzplatzes hinter einem Pfeiler o.ä.) eingeschränkt, läge ein Mangel der Leistung vor.¹³ Im vorliegenden Fall beruhte die fehlende, dreidimensionale Wahrnehmung des A jedoch auf einem in seiner Person liegendem Umstand. Solche Umstände, die in der Sphäre des Gläubigers liegen, umfasst die Leistungspflicht des Kinobetreibers jedoch in der Regel nicht.

Die Vorstellung, dass A den Film dreidimensional wahrnehmen kann, gehörte damit nicht bereits zum Vertragsinhalt.

cc) Vertragswesentliche Vorstellungen

Die Vorstellung, dass A den Film dreidimensional sehen kann, müsste gem. § 313 Abs. 2 BGB auch wesentlich gewesen sein. Das bedeutet, A und B müssten den Vertrag i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB bei Kenntnis von der Unrichtigkeit der Vorstellung nicht oder zumindest nicht so geschlossen haben.¹⁴ Hätte A von seinem Sehfehler gewusst, hätte er wohl sogleich eine Karte für die 2D-Vorstellung gekauft. Der Ki-

¹⁰ BGH NJW-RR 2006, 699 (700); BGH NJW 1996, 990 (992 m.w.N.); Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 313 Rn. 45; Brox/Walker (Fn. 9), Rn. 9; BT-Drs. 14/6040, S. 176 re. Sp.

¹¹ BGH NJW 2001, 1204 (1205); BGH NJW 2005, 2069 (2071); Brox/Walker (Fn. 9), § 27 Rn. 5.

¹² Brox/Walker (Fn. 9), § 27 Rn. 6.

¹³ Vgl. für Theater- und Konzertvorstellungen, Kreile/Hombach, ZUM 2001, 731 (753).

¹⁴ Brox/Walker (Fn. 9), § 27 Rn. 7.

novertrag über die 3D-Vorstellung wäre damit nicht zustande gekommen. Die Vorstellung war folglich wesentlich.

dd) Zwischenergebnis

Die Vorstellung, dass A zur dreidimensionalen Wahrnehmung fähig ist, war wesentlich und ist zur Geschäftsgrundlage beider Parteien des geschlossenen Kinovertrags geworden.

b) Vorstellung ist unzutreffend

Die Vorstellung müsste sich gem. § 313 Abs. 2 BGB als falsch herausstellen. A konnte den Film nicht dreidimensional wahrnehmen. Die dem Vertrag zugrunde liegende Vorstellung erwies sich damit als unzutreffend.

c) Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Vertrag¹⁵

Nach § 313 Abs. 1 BGB müsste das Festhalten am Vertrag für A unzumutbar sein. Von einer Unzumutbarkeit ist nur dann auszugehen, wenn das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde.¹⁶ Die Prüfung dieser Voraussetzung erfordert eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände, insbesondere auch der Vorteile, die der betroffenen Partei neben den Nachteilen aus den eingetretenen Veränderungen erwachsen sind.¹⁷ Als weitere Umstände, die im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind, kommen vertragliche oder gesetzliche Risikozuweisungen, die Erkenntnis oder Vorhersehbarkeit, die Beherrschbarkeit und Beeinflussbarkeit des Risikos oder die wirtschaftliche Belastbarkeit der Parteien mit dem Risiko in Betracht.¹⁸ A hat seine Leistung, die Entgeltzahlung, vollständig erbracht, bekommt mit der 3D-Vorstellung aber eine Gegenleistung, mit der er nichts anfangen kann. Er kann keine Vorteile aus der 3D-Vorstellung ziehen. Aus Sicht des A bestand so nicht nur eine Störung des Äquivalenzverhältnisses, sondern verlor das Geschäft jeglichen Sinn.

aa) Ausgleich durch verbleibende Vorteile

Für die Zumutbarkeit könnten die verbleibenden Vorteile, den Film „zu hören“ und die Sitzplatzüberlassung, sprechen. Ob diese allein ausreichen, um dem A ein Festhalten an dem Vertrag zuzumuten, ist jedoch zweifelhaft. Näher dürfte liegen, ohne visuellen Teil auch die Sitzplatznutzung und das Hören des Films als nutzlos und daher wertlos anzusehen.

bb) Obliegenheitsverletzung des A

Ein Festhalten an dem Geschäft ist A zuzumuten, wenn er selbst für dessen Sinnlosigkeit verantwortlich ist. Insofern könnte an eine Verpflichtung des A gegen sich selbst (Obliegenheit) gedacht werden, sich vor Kinobesuch zu vergewissern, ob er die Leistung des B überhaupt in Anspruch nehmen kann.¹⁹ A konnte aufgrund der im Sachverhalt genannten Schwierigkeiten bei der Erkennbarkeit hier jedoch nichts von seinem Sehfehler wissen. Eine Pflicht, sich zu informieren, kann hier daher nicht verlangt werden. Mangels Bestehen einer Informationspflicht liegt eine Obliegenheitsverletzung des A somit nicht vor.

cc) Gesetzliche Risikozuweisung des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB

Für die Zumutbarkeit könnte ferner die gesetzliche Wertung des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB sprechen. Danach wird der Mieter von der Entrichtung der Miete nicht dadurch befreit, dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung seines Gebrauchsrechts gehindert wird. Da es sich um eine mietvertragliche Norm handelt, hier allerdings der werkvertraglichen Aspekt des Kinovertrags betroffen ist, müsste § 537 Abs. 1 S. 1 BGB anwendbar sein. Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen einer Analogie, d.h. planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage,²⁰ vorliegen. §§ 631 ff. BGB enthalten keine Regelungen zum Verwendungsrisiko. Eine planwidrige Regelungslücke liegt damit vor.

Fraglich ist, ob hier eine mit § 537 Abs. 1 S. 1 BGB vergleichbare Interessenlage vorliegt. Der Vermieter schuldet aufgrund des Mietvertrags die Gebrauchsüberlassung zur Ziehung der entsprechenden Nutzung i.S.d. § 100 BGB. Eine Pflicht des Mieters zur Nutzungsziehung besteht nicht. Der Mieter schuldet die Miete für die Gewährung der Möglichkeit einer Nutzungsziehung, nicht dagegen für die daraus erwachsenen Vorteile. Der Anspruch auf die Miete soll folglich deswegen bestehen bleiben, weil die Nutzungsziehung in den Risikobereich des Mieters fällt.²¹ Diese Situation ist zunächst mit der des Kinovertrags vergleichbar. Auch der Kinobetreiber schuldet lediglich die Gewährung der Möglichkeit zur Nutzungsziehung. Eine Pflicht des Kinobesuchers zur Nutzungsziehung besteht dagegen nicht.

Gegen die analoge Anwendung des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB spricht hingegen, dass danach die Störung des Äquivalenzverhältnisses ausschließlich in den Risikobereich des Mieters, hier des A, fallen muss. Im vorliegenden Fall setzte jedoch auch B eine Ursache für das Nicht-Sehen-Können des

¹⁵ Es wird der Lösung gefolgt, welche die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag bejaht, da dies noch weitere Prüfungspunkte zur Folge hatte. Für eine 18-Punkte-Arbeit war diese Entscheidung jedoch nicht erforderlich.

¹⁶ BGH NJW 1997, 1702 (1704); BGH NJW 1995, 592 (594); BGH NJW 1993, 1856 (1860); BGH NJW 1982, 2184 (2186 m.w.N.).

¹⁷ BGH NJW 1995, 47 (49).

¹⁸ Vgl. Roth (Fn. 10), § 313 Rn. 61 f.

¹⁹ Dabei handelt es sich um die ureigenste Pflicht jeder Partei, sich selbst über die allgemeinen Marktverhältnisse und die sich daraus ergebenden Risiken und Chancen zu informieren, vgl. Emmerich (Fn. 3), § 311 Rn. 101.

²⁰ Coing/Honsell, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, B. Einl. zum BGB, Rn. 61; Musielak, Grundkurs BGB, 12. Aufl 2011, § 9 Rn. 826.

²¹ Bieber, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl 2008, § 537 Rn. 1; Emmerich, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, § 537 Rn. 1.

A, indem er mit der 3D-Filmvorstellung eine dem Verkehr bislang nicht bekannte Leistung anbot. Bei solchen, neuartigen Leistungen kann der Verkehr gerade nicht aus Erfahrung beurteilen, ob er die Leistung in Anspruch nehmen können wird. Er ist hierfür in besonderem Maße auf die Erfahrungen des Anbieters mit der Leistung und der daraus resultierenden Leistungsbeschreibung angewiesen. Die Ursache für das gestörte Äquivalenzverhältnis ist damit nicht allein in der Risikosphäre des A, sondern zumindest auch in der des B zu suchen. Eine vergleichbare Interessenlage liegt somit nicht vor. § 537 Abs. 1 S. 1 BGB ist auf den Kinovertrag nicht anwendbar.

dd) Möglichkeit der Vorhersehbarkeit durch den Kinobetreiber

Der Umstand, dass die Störung des Äquivalenzverhältnisses nicht nur in die Risikosphäre des A, sondern auch in die des B fiel, könnte zugleich für die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag sprechen.

Zwar kann B hier keine Pflichtverletzung gegenüber A vorgeworfen werden. Der Vorwurf der nicht vertragsgemäßen Leistung trifft B hier nicht, weil B seine Leistung vertragsgemäß erbracht hat (vgl. oben). Auch der Vorwurf der fehlenden Aufklärung aufgrund einer vorvertraglichen Pflicht gem. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB trifft B nicht. Nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei im Rahmen des ihr Möglichen und Zumutbaren verpflichtet, den Gegner über Umstände aufzuklären, die geeignet sind, den Vertragszweck zu vereiteln, oder aus denen sich für ihn besondere Gefahren bei der Vertragsdurchführung ergeben können.²² B wusste hier aber weder etwas vom Sehfehler des A, noch dass diese die Wahrnehmung von 3D-Filmen beeinträchtigen können. Ob der Sehfehler ferner vor einem Testpublikum tatsächlich erkannt worden wäre, ist letztlich ungewiss. Eine Aufklärungspflicht nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB kann daher nicht von B verlangt werden.

Als Anbieter der Leistung und anders als A hatte B hier aber wenigstens die abstrakte Möglichkeit, Kenntnis vom Sehfehler zu erlangen und das Risiko des Auseinanderfallens von Leistung und Gegenleistung vorherzusehen. Diese immerhin bestehende Chance der Vorhersehbarkeit spricht in der hier vorliegenden, außergewöhnlichen Situation²³ dafür, das Risiko ausnahmsweise dem Kinobetreiber aufzuerlegen.

ee) Zwischenergebnis

A hat seine Leistung vollständig erbracht, bekommt mit der 3D-Vorstellung aber eine Gegenleistung, mit der er nichts anfangen kann. Die Pflicht, sich über die Möglichkeit zur Inanspruchnahme der Leistung zu vergewissern, konnte hier nicht von A verlangt werden. Die gesetzliche Risikozuweisung des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB ist auf den Kinovertrag nicht anwendbar. Vielmehr hat B es versäumt, eine neuartige Leistung zu testen, wodurch der Sehfehler eventuell hätte erkannt

werden können. Nach Würdigung aller Umstände erscheint es daher nicht gerecht, A das Festhalten am Vertrag zuzumuten.²⁴

d) Kein Ausschluss des Rücktritts: Unmöglichkeit der Vertragsanpassung

Damit der Rücktritt möglich ist, müsste gem. § 313 Abs. 3 BGB eine Anpassung des Vertrags unmöglich oder dem benachteiligten Teil unzumutbar sein. B war zur Vorführung eines 3D-Films verpflichtet. Diese Leistungspflicht hat er jedoch bereits erfüllt. Sie ist nach Gefahrübergang gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Dies gilt ebenfalls für die Verpflichtung des A zur Entgeltzahlung. Für eine Anpassung der Leistungspflichten könnte es daher zu spät sein. Um dem Vorrang der Vertragsanpassung Geltung zu verschaffen, ist jedoch auch die rückwirkende Anpassung der vertraglichen Leistungspflichten zulässig, wenn nur sie einen angemessenen, d.h. für beide Parteien zumutbaren Interessenausgleich herbeiführen kann.²⁵

In Betracht kommen könnte hier eine Anpassung des Vertrages dergestalt, dass B sich verpflichtet, A an einem späteren Termin zu einer 2D-Vorstellung zuzulassen. Fraglich ist jedoch, ob damit noch eine Anpassung des ursprünglichen Vertrags vorliegt oder hierfür nicht vielmehr der Abschluss eines neuen Vertrags notwendig ist. Letzteres ist der Fall, wenn mit dem Kinovertrag ein absolutes Fixgeschäft vorliegt, dessen Nachholung unmöglich ist.²⁶ Ein absolutes Fixgeschäft liegt vor, wenn der Vertrag nach ausdrücklicher Vereinbarung oder den Interessen der Parteien mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung der Leistungszeit stehen oder fallen soll.²⁷ Dies ist hier der Fall. Weder Kinobetreiber noch Kinogast haben ein Interesse daran, dass der einmal fehlgeschlagene Kinovertrag bestehen bleibt. Anderenfalls wäre der Kinobetreiber zur Nachholung des Kinofilms und der Kinogast dazu verpflichtet, einen vom Kinobetreiber vorgeschlagenen Ersatztermin als Erfüllung anzunehmen. Kinobetreiber haben jedoch regelmäßig ein gewisses Kontingent an Kinoplatzen bereits im Vorverkauf verplant und auch der Kinogast plant seine Freizeit in der Regel im Voraus.²⁸ Der Kinovertrag stellt folglich ein absolutes Fixgeschäft dar. Die nachträgliche Zulassung zu einer 2D-Vorstellung stellt daher nicht

²⁴ Da es bei der Unzumutbarkeit im Rahmen des § 313 BGB letztlich um Gerechtigkeitserwägungen geht, ist auch eine a.A. gut vertretbar.

²⁵ Vgl. Roth (Fn. 10), § 313 Rn. 72, 78. Die Rspr. geht von der Zulässigkeit der rückwirkenden Vertragsanpassung bereits aus, wenn die Geschäftsgrundlage von Anfang an gefehlt hat, vgl. BGH NJW 2001, 1204 (1206); BGH NJW 1996, 990 (992); LG Düsseldorf, Urt. v. 12.8.2008 – 4b O 17/08.

²⁶ Grothe, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 20, Stand: 1.2.2007, § 323 Rn. 25.

²⁷ Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 286 Rn. 39; Otto/Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, § 323 Rn. B 101.

²⁸ Für Theater- und Konzertvorstellung entsprechend, vgl. Kreile/Hombach, ZUM 2001, 731 (739).

²² Emmerich (Fn. 3), § 311 Rn. 112.

²³ Gerade solche außergewöhnliche Situationen kennzeichnen die Fälle des § 313 BGB, vgl. Roth (Fn. 10), § 313 Rn. 69.

lediglich eine Vertragsanpassung dar, sondern setzt einen neuen Vertrag voraus. Eine rückwirkende Anpassung des Kinovertrags ist damit nicht möglich.

e) Zwischenergebnis

A hat den Rücktritt gem. § 347 BGB erklärt. Die Voraussetzungen für das gesetzliche Rücktrittsrecht nach § 313 Abs. 3 liegen vor. Der Anspruch auf Rückgewähr gem. § 346 Abs. 1 BGB ist damit entstanden.

2. Anspruch untergegangen

Erlöschensgründe sind nicht ersichtlich. Der Anspruch ist damit nicht untergegangen.

3. Anspruch durchsetzbar

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs könnte entgegenstehen, dass B hier möglicherweise gegenüber A zur Verweigerung der Rückzahlung gem. § 320 Abs. 1 S. 1 BGB berechtigt ist. Dann müsste B ein Anspruch zustehen, der in einem Gegenständigkeitsverhältnis (Synallagma) zum Rückgewähranspruch des A steht. B dürfte ferner nicht zur Vorleistung verpflichtet sein.

a) Wertersatzpflicht nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB

B könnte gegen A ein Anspruch auf Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB zustehen. Danach ist Wertersatz zu leisten, wenn die Rückgewähr oder Herausgabe nach der Natur des Erlangten unmöglich ist. Herauszugeben hätte A hier gemäß § 346 Abs. 1 BGB grundsätzlich die gezogenen Nutzungen, d.h. die Sitzplatznutzung und den Filmgenuss. Beide Vorteile könnten aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht herausgegeben werden. Problematisch ist hierbei allerdings, dass A bereits kurz nach Beginn der 3D-Filmvorstellung den Saal verlassen hat. Abgesehen von einem unerheblichen Teil, hat A damit die Nutzungsziehung unterlassen. Ein Wertersatzanspruch nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB scheidet daher aus.

b) Wertersatzpflicht gem. § 347 Abs. 1 BGB²⁹

Wegen der nicht gezogenen Nutzungen könnte B gegen A jedoch ein Wertersatzanspruch gem. § 347 Abs. 1 BGB zustehen. Gemäß § 347 Abs. 1 S. 1 BGB müsste dafür die Nutzungsziehung möglich gewesen und entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft³⁰ unterlassen worden sein. Im vorliegenden Fall wollte sich jedoch nicht einmal der Filmgenuss einstellen, welcher der 2D-Version entsprochen hätte. A war damit die Ziehung des Filmgenusses unmöglich. Den Sitzplatz konnte A zwar grundsätzlich nutzen. Ohne den

²⁹ Entgegen der amtlichen Überschrift erfasst § 347 BGB auch Nutzungen vor Ausübung des Rücktrittsrechts, vgl. *Grothe* (Fn. 26), § 347 Rn. 1; *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 347 Rn. 2.

³⁰ Gemeint ist ein objektiver Maßstab vernünftiger Wirtschaftsführung, vgl. *Gaier* (Fn. 29), § 347 Rn. 6; *Kaiser*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2004, § 347 Rn. 8.

entsprechenden Filmgenuss war die Nutzung des Sitzplatzes allerdings wirtschaftlich sinnlos. Die Aufgabe des Sitzplatzes widersprach damit auch nicht den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft. Dasselbe gilt für einen Hörgenuss bei einer etwaigen Aufteilung der Filmvorführung in einen visuellen und auditiven Teil. Danach ist auch ein Wertersatzanspruch nach § 347 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

4. Ergebnis

Mangels eines synallagmatischen Anspruchs kann B kein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 S. 1 BGB geltend machen. Der Anspruch des A gegen B auf Rückgewähr i.H.v. 15 € gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 313 Abs. 3 BGB ist damit entstanden, nicht untergegangen und auch durchsetzbar.

III. Auf Herausgabe gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

A könnte gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des gezahlten Kinoentgelts i.H.v. 15 € gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben, wenn B damit etwas ohne rechtlichen Grund und durch Leistung des A erlangt hat.

1. Etwas erlangt

Erlangt werden kann jeder vermögenswerte Vorteil.³¹ Bei lebensnaher Auslegung hat B hier gem. § 929 S. 1 BGB Eigentum und Besitz an Geldscheinen bzw. -münzen im Wert von 15 € erlangt.

2. Durch Leistung des A

Leistung ist die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.³² A übereignete dem B das Geld zu dem Zweck, damit seine Zahlungsverpflichtung aus dem Kinovertrag zu erfüllen. B hat damit die 15 € auch durch eine Leistung des A erlangt.

3. Ohne Rechtsgrund

Die Leistung müsste ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Nach erfolgtem Rücktritt stellt das daraus resultierende Rückgewährschuldverhältnis den Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung dar.

Auch ohne den Rücktritt wäre die Leistung jedoch nicht rechtsgrundlos erfolgt. Der Rechtsgrund für das Behaltendürfen der 15 € bestünde in dem Fall in dem zwischen A und B bestehenden Kinovertrag. Anders wäre dies nur, wenn der Vertrag gemäß § 142 Abs. 1 BGB wirksam angefochten worden ist. Eine Anfechtungserklärung des A gem. § 143 BGB könnte zumindest konkludent (§§ 133, 157 BGB) aus dem Rückzahlungsverlangen des A gefolgert werden. Fraglich ist allerdings, ob dem A auch ein Anfechtungsgrund zusteht. A hat sich bei Vertragsschluss weder Versprochen noch Versprochen. Er wollte auch gerade eine Karte für die 3D-Vorstellung erwerben. Ein Anfechtungsgrund aufgrund

³¹ *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 35. Aufl. 2011, § 40 Rn. 2.

³² BGH NJW 2005, 60; BGH NJW 1999, 1393 (1394); BGH NJW 1989, 900 (901); *Brox/Walker* (Fn. 31), § 40 Rn. 6.

Erklärungs- oder Inhaltsirrtums gem. § 119 Abs. 1 BGB besteht daher nicht. Ein Irrtum wegen Fehlens einer verkehrswesentlichen Eigenschaft der Leistung gem. § 119 Abs. 2 BGB liegt ebenfalls nicht vor. Zwar kann A den Film nicht dreidimensional sehen. Dies liegt aber nicht an einer Eigenschaft der geschuldeten Leistung, sondern an A selbst.³³ Ferner steht A auch kein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB zu. Eine dafür erforderliche Aufklärungspflicht bestand mangels Kenntnis vom Sehfehler nicht.³⁴ A steht im Ergebnis kein Anfechtungsgrund zu. Die Leistung des A erfolgte damit jedenfalls mit Rechtsgrund.

4. Ergebnis

Ein Anspruch des A gegen B gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB besteht nicht.

IV. Auf Schadensersatz i.H.v. 15 € gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.)

Im vorliegenden Fall fehlte B jegliche Vorstellung von der Existenz eines Sehfehlers, der die dreidimensionale Wahrnehmung des Films vereitelt. Zwar hatte B als Anbieter der Leistung die abstrakte Möglichkeit vor einem Testpublikum Kenntnis von dem Sehfehler zu erlangen. Ob der Sehfehler dadurch tatsächlich erkannt worden wäre, ist laut Sachverhalt aber ungewiss (vgl. oben). Eine Aufklärungspflicht kann daher nicht von B verlangt werden. Ein Anspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB besteht somit nicht.

B. Bezüglich der 3D-Brille

I. Auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. § 284 i.V.m. § 634 Nr. 4 BGB

Der für den Kauf der 3D-Brille gezahlte Euro könnte im Hinblick auf den Kinovertrag als eine vergebliche Aufwendung gem. § 284 BGB i.V.m. § 634 Nr. 4 BGB zu ersetzen sein.³⁵ Da der Anspruch an die Stelle des Schadensersatzes statt der Leistung tritt, sind zunächst die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches zu prüfen. Es müsste wiederum ein Mangel der Kinoleistung bei Gefahrenübergang vorliegen. Wie bereits dargestellt wurde, ist ein Gefahrenübergang zwar erfolgt, die Kinovorstellung aber nicht mangelhaft. Ein Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen gem. § 284 BGB i.V.m. § 634 Nr. 4 BGB besteht daher nicht.

II. Auf Rückgewähr gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB

Möglicherweise steht A jedoch ein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag der Brille zu. Die Brille wurde übergeben, der

³³ Die Vorstellung des „Sehenkönnens“ stellt dagegen einen beidseitigen Motivirrtum dar, der nach h.M. über § 313 BGB zu lösen ist, vgl. BGH NJW 1958, 297 (298); BGH NJW 2002, 292 (294); Roth (Fn. 10), § 313 Rn. 139; Brox/Walker (Fn. 9), § 27 Rn. 14.

³⁴ Siehe oben II. 1. c) dd).

³⁵ Kinovertrag und Kaufvertrag über die 3D-Brille sind zwei voneinander zu trennende Geschäfte.

Gefahrenübergang nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ist damit erfolgt. Ein Mangel an der Brille lag jedoch offenkundig nicht vor. Ein Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises i.H.v. 1 € gemäß § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB besteht daher nicht.

III. Auf Rückgewähr i.H.v. 1 € gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 313 Abs. 3 BGB

A könnte gegen B jedoch einen Anspruch auf Rückgewähr i.H.v. 1 € gegen Herausgabe der Brille gemäß § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 313 Abs. 3 BGB haben, wenn das dreidimensionale „Sehen-Können“ zur Geschäftsgrundlage auch des Kaufvertrages geworden ist. Je nachdem, wie man sich oben entschieden hat, entspricht die Lösung im Übrigen der Lösung bezüglich der Kinokarte. Zu beachten ist allerdings, dass der Anspruch gem. §§ 320, 322 BGB nur Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Brille durchsetzbar ist.

IV. Anspruch auf Herausgabe gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Ein Anspruch auf Herausgabe des gezahlten Kaufpreises für die 3D-Brille gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB besteht mangels Anfechtungsrecht des A nicht. Der Kaufvertrag bzw. das Rückgewährschuldverhältnis stellt einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Euros für B dar.

V. Auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.)

Mangels Bestehen einer Aufklärungs- oder Warnpflicht besteht bezüglich der Brille ebenso wenig ein Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, wie bezüglich der 3D-Kinovorstellung.

C. Bezüglich der Hose des A

I. Auf Schadensersatz gem. § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB

A könnte gegen B einen Anspruch auf Ersatz eines Mangel- folgeschadens i.H.v. 15 € wegen Verletzung einer mietvertraglichen Pflicht aus dem Kinovertrag gemäß § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB³⁶ haben.³⁷ Dies setzt jedoch voraus, dass A und B überhaupt einen Vertrag über die 2D-Vorstellung und den verschmutzten Sitz geschlossen haben. A hat hier jedoch eigenmächtig den Saal gewechselt. Es liegt insoweit bereits kein Kinovertrag vor. Ein Anspruch auf Schadensersatz besteht daher nicht.

II. Auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c.i.c.)

A und B haben keinen Vertrag über den Sitzplatz bei der 2D-Vorstellung geschlossen. Möglicherweise hat A gegen B gem. § 280 Abs. 1 BGB jedoch einen Schadensersatzan-

³⁶ § 536a BGB umfasst sowohl Mangel- als auch Mangelfolgeschäden, vgl. Ehlert (Fn. 2), § 536a Rn. 16.

³⁷ Dem Schwerpunkt der betroffenen Leistung nach geht es hier um eine mietvertragliche Pflicht, was die Anwendung mietvertraglicher Normen rechtfertigt, vgl. oben Fn. 3.

spruch i.H.v. 15 € wegen Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis i.S.d. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. Da bezüglich der 2D-Vorstellung überhaupt keine Vertragsverhandlungen stattgefunden haben oder auch nur bevorstanden, kommt als Schuldverhältnis lediglich ein „ähnlicher geschäftlicher Kontakt“ i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB in Betracht. Ebenso wie bei den Nrn. 1 und 2 muss auch hier der Schuldner Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechte, Rechtsgüter oder Interessen i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB des Gläubigers haben.³⁸ Weitere Voraussetzung ist, dass es sich um einen „geschäftlichen“ Kontakt handelt.³⁹ Die Haftung muss demgemäß jedenfalls dort entfallen, wo nicht einmal die abstrakte Möglichkeit eines Geschäftsschlusses besteht, weil der Gläubiger sich in krimineller Absicht in den Räumen des Schuldners aufhält (z.B. der Ladendieb).⁴⁰ Hier hat sich A bewusst auf einen Platz gesetzt, der ihm nicht zustand. Den Abschluss eines weiteren Kinovertrags wollte er gerade vermeiden. Die Annahme eines Schuldverhältnisses i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB rechtfertigt dies nicht. Ein Anspruch des A gegen B gem. § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB besteht somit nicht.

III. Auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB

Möglicherweise steht A gegen B jedoch ein Schadensersatzanspruch i.H.v. 15 € wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht gem. § 823 Abs. 1 BGB zu.

1. Rechtsgutsverletzung

Die Hose des A ist erheblich verschmutzt. Es liegt eine Sachbeschädigung und damit Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB vor.

2. Durch zurechenbares Tun oder Unterlassen des B

Die Eigentumsverletzung müsste durch ein zurechenbares Tun oder Unterlassen des B geschehen sein. B hat hier unterlassen, für die Reinigung der Sitzplätze Sorge zu tragen. Das Unterlassen war auch kausal für die Beschädigungen der Hose. Das Unterlassen wäre dem B jedoch nur dann als Pflichtverletzung zurechenbar, wenn B eine Pflicht zum Handeln gehabt hätte und das Unterlassen damit einem aktiven Tun gleichgestellt werden könnte. In Betracht kommen könnte hier eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht aufgrund der typischen Gefahren, die im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Kinos bestehen.⁴¹ Um gerade eine typische Gefahr des Kinovertrags darzustellen, müsste die Verschmutzung der Hose infolge des Sitzplatzwechsels vorhersehbar gewesen sein. Grundsätzlich liegt es nicht fernab jeglicher Erwartung, dass Kinositzeplätze durch die Benutzung von Kinogästen verschmutzt werden können. Ebenso wenig wi-

derspricht es jeder Lebenserfahrung, dass sich Gäste irrtümlich auf einen falschen Sitzplatz setzen oder den falschen Kinosaal wählen. Nicht vorhersehen müssen Kinobetreiber jedoch, dass Kinogäste bewusst vertragswidrig einen anderen Sitzplatz einnehmen. Grundsätzlich kann der Kinobetreiber darauf vertrauen, dass seine Gäste sich vertragsgemäß verhalten, d.h. nur den Sitzplatz in Anspruch nehmen, der ihnen vertraglich zugewiesen ist. Nach dem Sachverhalt hat A sich jedoch nicht irrtümlich, sondern bewusst vertragswidrig auf den Sitzplatz in dem anderen Kinosaal gesetzt. Eine Verkehrssicherungspflicht des B gegenüber A bestand damit nicht.

3. Ergebnis

Mangels gegenüber A bestehender Verkehrssicherungspflicht besteht auch ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB nicht.

Ansprüche des B gegen A

I. Auf Zahlung i.H.v. 7,50 € gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB (Eingriffskondition)

Das Zustandekommen eines Vertrags über die 2D-Vorstellung ist nicht ersichtlich. Vielmehr wechselte A eigenmächtig den Kinosaal. B könnte deswegen gegen A ein Zahlungsanspruch i.H.v. 7,50 € ausschließlich aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB zustehen.

1. Anspruch entstanden

a) Etwas erlangt

Erlangt hat A hier die vermögenswerten Vorteile, die sich ansonsten aus der Erfüllung eines Kinovertrags über die 2D-Vorstellung ergeben hätten, d.h. den Filmgenuss und die zeitweise Gebrauchsüberlassung eines Sitzplatzes.

b) „In sonstiger Weise“

A müsste die o.g. Vorteile „in sonstiger Weise“ erlangt haben. Das bedeutet, dass A die Vorteile nicht durch eine Leistung des B oder eines Dritten erlangt haben dürfte. Die Nichtleistungskondition verhält sich zur Leistungskondition grundsätzlich subsidiär.⁴² Die Mehrung des Vermögens von A erfolgte hier jedoch bewusst weder durch B noch durch einen seiner Verfügungsberechtigten. Eine Leistung des B oder eines Dritten liegt damit nicht vor.

c) Eingriff „auf Kosten“ des B

Die Vorteilserlangung müsste ferner durch einen Eingriff „auf Kosten“ des B erfolgt sein. Dies ist nach der Lehre vom Zuweisungsgehalt dann der Fall, wenn der dem Empfänger zugeflossene Vorteil von der Rechtsordnung dem Gläubiger zugewiesen ist und deshalb im Ergebnis auf seine Kosten ging.⁴³ Nach klassischem Verständnis handelt es sich bei den Rechten, in deren Zuweisungsgehalt eingegriffen wird, lediglich um absolute Rechte (z.B. Eigentum) und Immaterialgü-

³⁸ Gehrlein/Sutschet, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 20, Stand: 1.3.2011, § 311 Rn. 49.

³⁹ Löwisch, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neub. 2005, § 311 Rn. 102.

⁴⁰ Emmerich (Fn. 3), § 311 Rn. 92.

⁴¹ Für Theatervorstellungen, vgl. BGH NJW 2006, 610 (611).

⁴² BGH NJW 2005, 60 m.w.N.

⁴³ BGH NJW 1987, 1631 (1632 m.w.N.).

terrechte (z.B. Urheberrechte).⁴⁴ Ein Eigentumsrecht steht dem B hier zumindest in Bezug auf den Sitzplatz zu, in das A danach eingegriffen hat. Ein eigenes Urheberrecht hat der Kinobetreiber jedoch nicht inne. Dieses liegt bei den Urhebern des Films. Der Kinobetreiber hat dagegen regelmäßig nur ein über das Produktionsunternehmen und den Filmverleih mehrfach abgeleitetes Vorführungsrecht i.S.d. § 19 Abs. 4 UrhG. Nach heutigem Verständnis ist das Erfordernis der Ausschließlichkeit jedoch gelockert. Für ein Recht mit Zuweisungsgehalt genügt danach jede subjektive Rechtsposition, die kommerziell verwertbar ist und dessen Nutzung der Rechteinhaber jederzeit Dritten untersagen kann.⁴⁵ Dies ist hier mit dem Vorführungsrecht des B der Fall. Danach liegt ein Eingriff „auf Kosten“ des B vor.

d) Ohne Rechtsgrund

Der Eingriff des A auf Kosten des B müsste ferner ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Dies ist hier der Fall. Ein Vertrag über die 2D-Vorstellung ist hier nicht zustande gekommen. Auch die sich bereits im Besitz befindliche, entwertete Kinokarte⁴⁶ berechtigte den A nicht zum Besuch der 2D-Vorstellung.

e) Rechtsfolge

Rechtsfolge des Bereicherungsanspruch ist gemäß §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1 BGB grundsätzlich die Herausgabe der erlangten Vermögensvorteile. Sofern die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist, schuldet der Bereicherungsschuldner Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB. Erlangt hat A hier die vorübergehende Gebrauchsüberlassung des Sitzplatzes sowie den Filmgenuss. Beide Vorteile können nicht bzw. nicht mehr herausgegeben werden. A schuldet daher grundsätzlich Ersatz in Höhe ihres objektiven Werts. Fraglich ist, wie hoch der objektive Wert der erlangten Vorteile ist. Grundsätzlich nicht ersetzen muss A die von B verlangte Summe. Hierbei handelt es sich um den für B subjektiven Wert der Veranstaltung. Laut Bearbeitungsvermerk soll der objektiven Wert hier jedoch 7,50 € entsprechen.⁴⁷

f) Zwischenergebnis

Damit ist ein Anspruch des B gegen A auf Ersatz des objektiven Werts für die zeitweise Inanspruchnahme eines Sitzplatzes und des Filmgenusses gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB entstanden.

⁴⁴ Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 812 Rn. 244.

⁴⁵ Schwab (Fn. 44), § 812 Rn. 246, 250, 252.

⁴⁶ Inhaberpapier i.S.d. § 807 BGB, d.h. das Recht aus dem Papier folgt dem Recht an dem Papier, vgl. Stürmer, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 398 Rn. 5; Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Vor §§ 793-808 Rn. 14.

⁴⁷ Ohne Bearbeitungsvermerk dürfte auf eine Summe abzustellen sein, die deutlich unterhalb der von B verlangten liegt.

2. Anspruch untergegangen

Der Anspruch des B könnte jedoch infolge einer Aufrechnung durch A gemäß § 389 BGB untergegangen sein.

a) Aufrechnungserklärung, § 388 BGB

Eine hierfür erforderliche Aufrechnungserklärung kann zumindest konkludent (§§ 133, 157 BGB) aus der Erklärung des A gefolgert werden, dass der B dem A noch Geld schulde.

b) Aufrechnungslage, § 387 BGB

Nach § 387 BGB müsste der Eingriffskondition als Hauptforderung eine gleichartige, durchsetzbare und insbesondere fällige Forderung des A gegenüber stehen. Die Eingriffskondition müsste ferner erfüllbar sein. Als Gegenforderungen bestehen hier zwei Ansprüche des A auf Rückgewähr gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 313 Abs. 3 BGB, nämlich einmal i.H.v. 15 € (Eintritt) und einmal i.H.v. 1 € (Brillenpreis). Die Forderungen sind auch gleichartig, da auf die Zahlung von Geld gerichtet. Beide Gegenforderungen des A sind hier gem. § 271 Abs. 1 BGB ohne weiteres, d.h. sofort fällig. Die Forderung i.H.v. 1 € ist jedoch gem. §§ 320, 322 BGB lediglich gegen Rückgabe der Brille durchsetzbar und fällt für die Aufrechnung daher aus. Die Hauptforderung ist ferner gem. § 271 Abs. 1 BGB ohne weiteres sofort erfüllbar. Eine Aufrechnungslage gem. § 387 BGB liegt damit vor.

c) Kein Ausschluss der Aufrechnung

Ein Aufrechnungsausschluss ist nicht ersichtlich.

d) Rechtsfolge

Gemäß § 389 BGB bewirkt die Aufrechnung das Erlöschen der beiden Forderungen im Zeitpunkt des erstmaligen Bestehens der Aufrechnungslage und soweit sie sich entsprechen. Die Forderung des B wegen des Besuchs der 2D-Vorstellung ist damit in voller Höhe erloschen. A hat gegen B hingegen noch eine Restforderung i.H.v. 7,50 € sowie die Forderung i.H.v. 1 €, wenn er die 3D-Brille zurückgibt.

3. Ergebnis

Ein Anspruch des B gegen A gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB ist zwar entstanden, aber wegen Aufrechnung vollständig untergegangen.

II. Auf Schadensersatz wegen des „Bierschmuggels“ gemäß § 280 Abs. 1 BGB

B könnte gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz wegen des „Bierschmuggels“ aufgrund der Verletzung einer Pflicht aus dem Kinovertrag gemäß § 280 Abs. 1 BGB haben.

1. Schuldverhältnis

Als Schuldverhältnis liegt hier der zwischen A und B bestehende Kinovertrag über die 3D-Vorstellung vor Umwandlung in ein Rückgewährschuldverhältnis vor.

2. Pflichtverletzung

Des Weiteren müsste A gem. § 280 Abs. 1 BGB eine Pflicht aus dem Kinovertrag verletzt haben. Dies wäre der Fall, wenn A verpflichtet war, das Mitbringen eigener Konsumartikel zu unterlassen.⁴⁸

a) Aufgrund einer Leistungspflicht i.S.d. § 241 Abs. 1 BGB

Die Unterlassungspflicht könnte als Leistungspflicht i.S.d. § 241 Abs. 1 S. 2 BGB ausgestaltet sein. Anders als eine Rücksichtnahmepflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB müsste das Unterlassen hierzu nicht nur der Bewahrung der gegenwärtigen Güterlage (Integritätsinteresse)⁴⁹ dienen. Vielmehr müsste das Unterlassen auf die Veränderung der Güterlage des Gläubigers gerichtet und damit Teil des Leistungsinteresses aus dem Kinovertrag sein.⁵⁰ Dann müsste die Unterlassungspflicht mit dieser Zielsetzung im Kinovertrag vereinbart worden sein.

Über eine Pflicht zum Unterlassen der Mitnahme eigener Konsumartikel wurde bei Vertragsschluss jedoch nicht gesprochen. Insoweit liegt ein Schweigen vor, dem grds. kein Erklärungswert zukommt.⁵¹ Ausnahmsweise kann jedoch auch ein Schweigen eine Willenserklärung darstellen, wenn es den Sinn hat, einen bestimmten Rechtsfolgewillen zum Ausdruck zu bringen (sog. beredtes Schweigen). Die besondere Erklärungswirkung des Schweigens muss dabei individuell vereinbart sein,⁵² kann sich jedoch auch aus den Umständen ergeben, wenn das Schweigen bei verständiger Würdigung aller Umstände nur die Bedeutung einer Willenserklärung haben kann („unmissverständliche Konkludenz“).⁵³ Als für die Auslegung maßgebliche Umstände kommen neben der Verkehrssitte dabei vor allem die Interessenlage der Beteiligten und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte wirtschaftliche Zweck in Betracht.⁵⁴ Neben dem Kinoentgelt haben Kinobetreiber regelmäßig ein Interesse an zusätzlichen Einnahmen aus dem Verkauf von Getränken und Snacks in ihren Kinos. Dies ergibt sich aus dem Vorhalten entsprechender Verkaufsräume und ist allgemein bekannt. Ein objektiver Kinobesucher hätte dies gewusst, sodass bei Schluss des Kinovertrags nicht mehr darüber gesprochen werden musste.

Fraglich ist jedoch, ob der objektive Kinogänger damit auch unmissverständlich von einem Leistungsinteresse aus dem Kinovertrag ausgehen musste. Näher liegt, dass der

objektive Kinogänger den Kinovertrag und etwaige Kaufverträge über Konsumartikel als voneinander unabhängige Geschäfte einordnet und deshalb auch von zwei nebeneinander bestehenden Leistungsinteressen ausgeht.⁵⁵ Fraglich ist ferner, ob die gängige Praxis der Kinobetreiber daran etwas zu ändern vermag. Dagegen spricht jedoch, dass diese Praxis ursprünglich unberechtigt war und bis zu einer ausdrücklichen „Erklärung“ des Verhaltens auch weiterhin so verstanden werden konnte. Ein gerade unmissverständliches Schweigen kann hier nicht angenommen werden. Eine als Leistungspflicht i.S.d. § 241 Abs. 1 S. 2 BGB ausgestaltete Unterlassungspflicht besteht daher nicht.

b) Aufgrund einer Pflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB

Fraglich ist, ob A nicht wenigstens aufgrund einer Rücksichtnahmepflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB dazu verpflichtet war, das Mitbringen eigener Konsumartikel zu unterlassen. Das Unterlassen müsste dann dazu erforderlich gewesen sein, um B vor Schäden und Beeinträchtigungen seiner Rechte, Rechtsgüter oder Interessen zu bewahren, die unabhängig von den Leistungspflichten des Kinovertrags bestehen (Integritätsinteresse, vgl. oben).

Unabhängig vom Kinovertrag bietet B in seinem Kino selbst Konsumartikel an. Als Interesse, das durch das Mitbringen eigener Konsumartikel beeinträchtigt sein könnte, kommt die Integrität seines Vermögens in Betracht. Die Integrität des Vermögens wird insoweit geschützt, als es vor der Verletzung bereits vorhanden war („status quo“). Zu dem bereits vorhandenen Vermögen gehören auch konkret zu erwartende Einnahmen.

Ob B hier etwas eingenommen hätte, wenn A die Bierdosen nicht geschmuggelt hätte, ist jedoch vollkommen ungewiss. Denn gleichgültig, ob Kinogäste eigene Konsumartikel mitbringen oder nicht, kann nicht mit Bestimmtheit vorhergesagt werden, dass dadurch Einnahmen ausbleiben. So mag ein Kinogast, der nichts mitgebracht hat, trotzdem nichts im Kino kaufen. Es kann aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Kinogast, der sich Bier mitbringt, noch mehr Bier oder etwas anderes im Kino kauft.

Das Unterlassen der Mitnahme eigener Konsumartikel ist somit schon nicht geeignet, um das Vermögensinteresse des Kinobetreibers zu schützen. Eine Pflicht zum Unterlassen ist daher nicht erforderlich und kann nicht verlangt werden.

3. Ergebnis

Mangels Pflicht⁵⁶, die verletzt werden könnte, besteht ein Anspruch des B gem. § 280 Abs. 1 BGB wegen des „Bierschmuggels“ nicht.

⁴⁸ Und B deshalb berechtigt gewesen wäre, den Zutritt zum Kino zu verweigern.

⁴⁹ Roth (Fn. 10), § 241 Rn. 90.

⁵⁰ Olzen, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, § 241 Rn. 160.

⁵¹ Wendtland, in: Beck'scher Online-Kommentar, Ed. 20, Stand: 1.3.2011, § 133 Rn. 10, 29; Kramer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, Vor § 116-144 Rn. 24.

⁵² Z.B. bei Abstimmungen oder durch AGB, Wendtland (Fn. 51), § 133 Rn. 10.

⁵³ BGH NJW 2002, 3629 (3630 m.w.N.); Kramer (Fn. 51), Vor §§ 116-144 Rn. 24.

⁵⁴ Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 133 Rn. 52; Wendtland (Fn. 51), § 133 Rn. 25.

⁵⁵ Dies dürfte einen entscheidenden Unterschied zur Interessenlage in Restaurants darstellen.

⁵⁶ Auch das Hausrecht nach § 903 BGB kommt nicht als zu verletzende Pflicht in Betracht. Durch den Kinovertrag hat der Kinobetreiber dem Kinobesucher erst das Recht gewährt, sein Kino zu betreten. Wenn der Kinobetreiber eine Beschränkung des gewährten Zutrittsrechts gewollt hätte, müsste er dies zuvor ausdrücklich im Kinovertrag bestimmen.

Übungsfall: Nur Europa kann den Bürgen retten

Von Alexander Grimm, LL.M.oec., und Johannes Rehahn, Halle (Saale)*

Der Sachverhalt wurde im Wintersemester 2011/2012 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg in der Übung für Fortgeschrittene im Bürgerlichen Recht als Hausarbeit gestellt. Es wurde eine Durchschnittspunktzahl von 7,48 Punkten erreicht. Schwerpunkte des Falles sind die Abgrenzung von Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft, Verbraucherschutz und (vertragliches) Widerrufsrecht, richtlinienkonforme und -überschießende Auslegung sowie der Beitritt zu einer Personengesellschaft.

Sachverhalt

A, Immobilienmakler in Halle, lädt für den Abend des 1.10.2010 seinen Bekannten D nach Hause zum Kartenspiel ein. Am besagten Abend klingelt Z an der Tür des A. Z ist Komplementär der X-KG (X) und durch den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich ermächtigt, namens der Gesellschafter neue Teilhaber aufzunehmen. Mit den Einlagen der neuen Gesellschafter möchte X den Erwerb und die Bebauung von Grundstücken finanzieren. An den späteren Gewinnen aus der Vermietung sollen die Gesellschafter beteiligt werden.

Z bietet dem A an, sich als Kommanditist mit einer Einlage in Höhe von 50.000 € zu beteiligen. A ist sich unsicher, ob er über die finanziellen Mittel verfügt. Z weiß jedoch eine Lösung: Er übereicht A das Formular eines Darlehensvertrages der Regionalbank C. C hatte zuvor X ermächtigt, im Zuge der Werbung neuer Teilhaber der X, Darlehensverträge und damit zusammenhängende Sicherungsmittel in ihrem Namen vereinbaren zu dürfen. Für das Darlehen mit einer Laufzeit von zwei Jahren und einem Zinsfuß von 5 % über dem Basiszinssatz pro anno sind vierteljährlich Zinsen für das vorangegangene Kalendervierteljahr zu entrichten. Die Tilgung des Darlehens hat in einem Betrag am Ende der Laufzeit zu erfolgen. Das Formular soll A ausgefüllt bei C abgeben.

Für das Darlehen verlangt Z von A ausreichende Sicherheiten. A denkt sofort an den D, welcher zwischenzeitlich hinzugestoßen ist. A und Z überzeugen D, schon jetzt eine „Haftungserklärung“ abzugeben, falls A das Darlehen später unterzeichnen sollte. D forderte eine Beschränkung seiner Haftung. Daraufhin wird das Folgende ausgehandelt und handschriftlich vermerkt:

„Haftungserklärung

zwischen der C [genaue Anschrift],
vertreten durch Z,
(Sicherungsnehmer)

und

D [genaue Anschrift]
(Sicherungsgeber)

§ 1 Zweck der Vereinbarung

Zweck der Vereinbarung ist es, dem Sicherungsnehmer eine Sicherheit dafür zu verschaffen, dass seine vertraglichen Forderungen gegen A (Hauptschuldner) aus dem künftigen Kreditvertrag zwischen C und A (Hauptschuld) erfüllt werden. Der Kredit wird dem Hauptschuldner zum Zweck der Beteiligung an der X gewährt.

§ 2 Umfang der Sicherungserklärung

Hiermit gibt der Sicherungsgeber gegenüber dem Sicherungsnehmer bis zum Höchstbetrag von 10.000 € eine Haftungserklärung für alle bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche, die dem Sicherungsnehmer aus der Hauptschuld zustehen können, ab.

§ 3 Reihenfolge der Ansprüche

Der Sicherungsnehmer kann bei Fälligkeit der Hauptschuld vom Sicherungsgeber sofort Zahlung verlangen und muss nicht erst gegen den Hauptschuldner vorgehen.

Halle, den 1.10.2010

Z [Unterschrift]

D [Unterschrift]“

D erhält ein Vertragsexemplar und eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung. Zugleich unterzeichnen A und Z den Vertrag über die Aufnahme des A in die X, da A die Summe „so oder so“ aufbringen will. In diesem Vertrag heißt es: „Angaben zur Möglichkeit des Widerrufs sind im Internet auf der Homepage der X abrufbar unter“ (es folgt ein Link auf die Homepage, wo die Informationen lesbar sind).

In der Folgezeit zeigt sich, dass A zwar vermögend ist, aber sein Vermögen nicht kurzfristig „liquidieren“ kann. Daher unterzeichnet er am 15.11.2010 das ausgefüllte Darlehensformular in einer Filiale der C, wobei eine Angestellte dieses gegenzeichnet. Hierbei wird A ordnungsgemäß über ein Widerrufsrecht wegen der Art des Darlehensvertrages, der alle Pflichtangaben enthält, informiert. Da sich die Angestellte wegen der besonderen Anbahnung des Vertrages unsicher ist, verwendet sie dabei ein Darlehensformular, welches eine weitere Widerrufsbelehrung enthält und eine Widerrufsfrist ab Vertragsschluss von vier Wochen vorsieht. A enthält ein Vertragsexemplar.

Mit Einverständnis des A wird das Darlehen am 1.12.2010 von C direkt an X überwiesen. Danach gerät A unerwartet in wirtschaftliche Schwierigkeiten und stellt die Zahlung der Zinsen für das Darlehen ein. C fordert A am 15.3.2011 und am 15.6.2011 erfolglos zur Zahlung der Zinsen jeweils binnen zwei Wochen auf. Als die Zahlung des A weiterhin ausbleibt, kündigt C das Darlehen.

Am 14.7.2011 verlangt C von D Zahlung von 50.000 € nebst Zinsen. Dieser lehnt mündlich jede Zahlung mit dem Hinweis ab, dass sich die C schon zuerst an A halten müsse. Außerdem erkläre er den Widerruf der „Sicherungsvereinbarung“ und mache „auch vom Widerrufsrecht des A Gebrauch.“

Kann C von D Zahlung verlangen?

* Die Verf. sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Matthias Lehmann, D.E.A., LL.M., J.S.D.

Lösungsvorschlag**Anspruch C gegen D gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB**

C könnte gegen D einen Anspruch auf Zahlung von 50.000 € nebst Zinsen gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB haben.

I. Wirksamer Bürgschaftsvertrag

Zunächst müsste ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zwischen D und C geschlossen worden sein. Beide schlossen am 1.10.2010 einen Vertrag, wobei C gem. §§ 164 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB wirksam durch Z vertreten wurde.

1. Vertragsart

Fraglich ist, welche Art von Vertrag geschlossen wurde. Der Inhalt eines geschlossenen Vertrages ist im Wege der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.¹ In Betracht kommen eine Garantie, ein vertraglicher Schuldbeitritt (Schuldmitübernahme) sowie eine Bürgschaft.

Eine Garantie verpflichtet den Garanten dazu, den Begünstigten bei Eintritt des Garantiefalles so zu stellen, als sei ein erstrebter Erfolg eingetreten oder ein erlittener Schaden nicht entstanden.² Diese Verpflichtung ist von der gesicherten Schuld in Entstehung und Fortbestand vollständig unabhängig, d.h. streng nicht-akzessorisch. Daher ist sie etwa auch dann zu erfüllen, wenn die Forderung gegen den Erstschuldner schon gar nicht zur Entstehung gelangt ist.³ Vorliegend sollte D gem. § 1 der „Haftungserklärung“ Sicherheit für Forderungen leisten, die C gegen A aus einem künftigen Kreditvertrag zustehen können. Damit war keine selbständige Verbindlichkeit des D, die vom Schicksal der Forderung gegen A losgelöst ist, gewollt. Ein Garantievertrag liegt also nicht vor.

Der Schuldbeitritt begründet eine Gesamtschuld gem. §§ 421 ff. BGB,⁴ so dass der Gläubiger nach § 421 S. 1 BGB jeden der Gesamtschuldner ganz oder teilweise in Anspruch nehmen kann. Bei der Bürgschaft gem. §§ 765 ff. BGB hingegen haftet der Bürge streng akzessorisch (§§ 765 Abs. 1, 767 Abs. 1, 768 Abs. 1 S. 1, 770 BGB) und im Grundsatz subsidiär (§ 771 BGB) für eine fremde Schuld.⁵ Zwar scheidet die Subsidiarität hier wegen der zulässigen (vgl. § 773

Abs. 1 Nr. 1 BGB) vertraglichen Vereinbarung in § 3 der „Haftungserklärung“ als Unterscheidungsmerkmal aus, doch ist der Klausel gleichwohl zu entnehmen, dass eine Bürgschaft gewollt war: Wäre ein Schuldbeitritt gegeben, würde das in § 3 des Vertrages niedergelegte Wahlrecht des Gläubigers bereits aus § 421 BGB folgen. Die Regelung wäre überflüssig. Auch stellt sich der Schuldbeitritt für den Erklärenden regelmäßig⁶ als risikoreicher dar, weil z.B. die Formvorschrift des § 766 BGB keine direkte und nach Ansicht der Rspr. auch keine analoge Anwendung findet.⁷ Im Wege der Auslegung kann daher regelmäßig nur dann auf den Willen zur Begründung einer solchen eigenen Schuld geschlossen werden, wenn der Erklärende ein eigenes wirtschaftliches oder rechtliches Interesse an der Tilgung der Verbindlichkeit des Schuldners hat.⁸ Ein eigenes Interesse des D an der Durchführung des Hauptvertrages zwischen C und A ist nicht erkennbar. Es liegt daher kein Schuldbeitritt, sondern eine Bürgschaft vor. Diese ist gem. § 2 des Bürgschaftsvertrages auf den Höchstbetrag von 10.000 € beschränkt. Ein darüber hinausgehender Anspruch von C gegen D besteht nicht.

2. Formwirksamkeit

Da die Schriftform gem. §§ 766 S. 1, 126 Abs. 1 BGB eingehalten wurde, ist die Bürgschaft nicht nach § 125 S. 1 BGB nichtig.

Die Nichtigkeit könnte sich aber aus § 494 Abs. 1 BGB ergeben. Fraglich ist, ob die Formerfordernisse der §§ 492, 494 BGB zur Anwendung kommen. Da eine Bürgschaft kein Darlehensvertrag ist⁹ und auch die Verbraucherkreditrichtlinie¹⁰ keine Anwendung findet,¹¹ scheidet eine direkte Anwendung aus.

Die §§ 491 ff. BGB könnten jedoch analog anzuwenden sein. Da die Verbraucherkreditrichtlinie gerade die Bürgschaft nicht erfasst, steht deren Vollharmonisierung¹² einer

¹ Musielak, Grundkurs BGB, 12. Aufl. 2011, Rn. 102-104; Biehl, JuS 2010, 195 (196).

² RGZ 61, 157 (160); BGH NJW 1965, 148 (149); Habersack, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Vor § 765 Rn. 18; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, § 13 Rn. 15 f.; Grigoleit/Herresthal, Jura 2002, 825 (826).

³ RGZ 61, 157 (159 f.); Habersack (Fn. 2), Vor § 765 Rn. 18; Oetker/Maultzsch (Fn. 2), § 13 Rn. 17; Grigoleit/Herresthal, Jura 2002, 825 (826).

⁴ RGZ 59, 232 (233); BGHZ 58, 251 (255); Oetker/Maultzsch (Fn. 2), § 13 Rn. 9; Grigoleit/Herresthal, Jura 2002, 825.

⁵ Habersack (Fn. 2), § 765 Rn. 1; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Aufl. 2007, Rn. 837, 964; Oetker/Maultzsch (Fn. 2), § 13 Rn. 6.

⁶ Mit Ausnahme beim Beitritt zum Darlehensvertrag und der Analogie zu § 492 BGB: BGH NJW 1996, 2156 (2157); BGHZ 133, 220 (224).

⁷ BGH NJW 1991, 3095 (3098); BGHZ 131, 1 (3); a.A. Habersack (Fn. 2), Vor § 765 Rn. 15; Bülow (Fn. 5), Rn. 1595.

⁸ BGH NJW 1981, 47; NJW 1986, 580; Möschel, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, Vor § 414 Rn. 21 f.; Oetker/Maultzsch (Fn. 2), § 13 Rn. 13; Grigoleit/Herresthal, Jura 2002, 825 (828).

⁹ Schürmbrand, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 491 Rn. 71; Scherer/Mayer, DB 1998, 1217; v. Westphalen, MDR 1997, 307 (308). Noch anders Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 7. Aufl. 2011, § 491 Rn. 123; Bülow, NJW 1996, 2889 (2892).

¹⁰ Nun Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EG 2008 Nr. L 133, S. 66.

¹¹ EuGH, Slg. I 2000, S. 1741, Rn. 25 (Berliner Kindl).

¹² Siehe Erwägungsgründe 9, 11 der neuen Verbraucherkreditrichtlinie (Fn. 11).

solchen Analogie nicht entgegen.¹³ Voraussetzungen einer Analogie sind eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage.¹⁴ Zum Teil werden diese bejaht: Die Beteiligung Dritter sei nicht geregelt, gleichwohl würden die Schutzbestimmungen dieses Gesetzes in analoger Anwendung den Schuldbeitritt des Verbrauchers erfassen.¹⁵ Gleiches müsse auch für Bürgschaftsverträge gelten, die sich zwar in der dogmatischen Begründung der Haftung, nicht aber mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit des Mithaftenden vom Schuldbeitritt unterscheiden würden.¹⁶

Dagegen lehnt die h.M.¹⁷ eine Analogie zu den §§ 491 ff. BGB ab, der BGH¹⁸ aber nur für die gewerblich eingegangene Hauptschuld. Zunächst bestehe spätestens seit der Schuldrechtsreform keine planwidrige Gesetzeslücke mehr.¹⁹ Zudem sei auch eine vergleichbare Interessenlage nicht gegeben: Während der Beitretende als gleichrangiger Schuldner in ein Schuldverhältnis eintrete, sei die Verpflichtung des Bürgen akzessorisch und subsidiär.²⁰

Dieser Ansicht ist beizutreten, da es i.E. an einer dem Schuldbeitritt vergleichbaren Nähe des Bürgen zum Darlehensnehmer fehlt: Der Bürge ist durch die Formvorschrift des § 766 BGB und die Einreden gem. §§ 768, 770, 771 BGB geschützt. Vergleichbare Vorschriften für den Schuldbeitritt existieren nicht. Mithin ist eine Analogie zu den §§ 491 ff. BGB abzulehnen.

Die Bürgschaft ist also formwirksam.

Hinweis: Studierende, die eine Analogie zu den §§ 491 ff. BGB annehmen, müssten im Anschluss prüfen, ob die

Bürgschaft gem. § 494 Abs. 1 BGB nichtig ist. Dies wäre zu bejahen, da D nicht die in § 494 Abs. 1 analog i.V.m. Art. 247 § 6 EGBGB vorgeschriebenen Angaben zum Darlehensvertrag erhalten hat. Sodann müsste eine Heilung des Formmangels nach § 494 Abs. 2 S. 1 BGB geprüft werden, da A das Darlehen der C empfangen hat. Dies wird für den Schuldbeitritt überwiegend verneint, da der Beitretende selbst keine Vorteile aus dem Empfang des Darlehens durch den Darlehensnehmer zieht.²¹ Folglich ist es gut vertretbar, dass auch die Heilung eines formunwirksamen Bürgschaftsvertrages nicht eintritt.

3. Bestimmbarkeit der Hauptschuld

Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses muss die Hauptforderung noch nicht bestehen (§ 765 Abs. 2 BGB), jedoch aufgrund der Akzessorietät und des damit zusammenhängenden Bürgschaftsschutzes hinreichend bestimmbar sein. Dabei müssen Gläubiger, Hauptschuldner und die Geschäftsverbindung feststehen, aus der sich die zu sichernde Forderung ergeben soll.²² Die weite Fassung der Bürgschaft in § 2 des Bürgschaftsvertrages wird durch § 1 auf jene Forderungen der C gegen A beschränkt, die sich aus dem Darlehensvertrag zwischen diesen ergeben. Mithin ist die Hauptschuld hinreichend bestimmt.

4. Widerruf des Bürgschaftsvertrages

Ein Bürgschaftsvertrag könnte gem. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB wegen eines Widerrufs unwirksam sein.

a) Bestehen eines Widerrufsrechts

Ein Widerrufsrecht aus §§ 491, 495 BGB analog scheidet wegen der abzulehnenden²³ Analogie aus. Es kommt aber ein Widerrufsrecht gem. § 312 BGB in Betracht.

aa) Vertrag über eine entgeltliche Leistung

Zunächst setzt § 312 Abs. 1 S. 1 BGB einen Vertrag über eine entgeltliche Leistung voraus. Dabei ist fraglich, ob das Eingehen einer Bürgschaftsverpflichtung diese Voraussetzung erfüllt. Die Norm dient der Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie.²⁴

Zum einen wird angenommen, dass diese Richtlinie keine Bürgschaften erfasse.²⁵ Dafür spreche etwa Art. 1 Abs. 1 der

¹³ Zur Bedeutung des Anwendungsbereichs für die Vollharmonisierung: *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht*, 2009, S. 83 (86 ff.); *Wendehorst*, *ZEuP* 2011, 263 (268 f.).

¹⁴ *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 202.

¹⁵ BGHZ 133, 71 (74 ff.); 133, 220 (222 ff.); 138, 321 (326).

¹⁶ LG Magdeburg *NJW* 1999, 3496 (3496 f.); *Bülow*, *ZIP* 1999, 1613 (1615 f.); *Hasselbach*, *JuS* 1999, 329 (331 f.); *Holzengel*, *Jura* 2000, 578 (581 f.); *Kulke*, *NJW* 2006, 2223 (2224); v. *Westphalen*, *MDR* 1997, 307 (308); de lege ferenda *Drexler*, *JZ* 1998, 1046 (1053 ff.); *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273 (356), der i.E. aber a.A. ist.

¹⁷ OLG Hamm *WM* 1998, 171 (172); *Kessal-Wulf*, in: *Staudinger*, *Kommentar zum BGB*, Neubearb. 2004, § 491 Rn. 23; *Godefroid*, *Verbraucher kreditverträge*, 3. Aufl. 2008, Teil 2 Rn. 120; *Martis/Meinhof*, *Verbraucherschutzrecht*, 2. Aufl. 2005, 2. Teil, B, Rn. 109; *Fischer*, *ZIP* 2000, 828 (830); *Pfeiffer*, *ZIP* 1998, 1129 (1134 f., 1137); *Schmid-Burgk*, *DB* 1997, 513 (513 f.); *Tiedtke*, *NJW* 2001, 1015 (1027); *Zahn*, *DB* 1998, 353 (355 ff.); diff. *Schürnbrand* (Fn. 9), § 491 Rn. 75: Nur eine Analogie in Bezug auf das Informationsinteresse des Bürgen.

¹⁸ BGHZ 138, 321 (326 f.); ebenso OLG Frankfurt *ZGS* 2007, 240.

¹⁹ *Stadler*, in: *Jauernig*, *Kommentar zum BGB*, 14. Aufl. 2011, § 765 Rn. 12.

²⁰ Siehe oben I. 1.

²¹ *Schürnbrand* (Fn. 9), § 494 Rn. 20 m.w.N.

²² BGHZ 130, 19 (21 f.); *Habersack* (Fn. 2), § 765 Rn. 68, 70 f.; *Rohe*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, Ed. 21, Stand: 1.11.2011, § 765 Rn. 16-18; *Sprau*, in: *Palandt*, *Kommentar zum BGB*, 71. Aufl. 2012, § 765 Rn 6 f.; *Coester-Waltjen*, *Jura* 2001, 742 (743); *Schmolke*, *JuS* 2009, 585.

²³ Siehe oben I. 2.

²⁴ Richtlinie 85/577/EWG des Rates v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, *ABl.* 1985 Nr. L 372, S. 31.

²⁵ *Jacobs*, *Schlussantrag zu EuGH Slg. I* 1998, S. 1199 (*Dietzinger*); *Vowinkel*, *DB* 2002, 1362 (1363); *Roth*, *ZIP* 1996, 1285 (1287 f.).

Richtlinie im englischen Wortlaut, der vorsehe, dass der Unternehmer konkret eine Ware oder Dienstleistung anbieten müsse und der Verbraucher als Abnehmer dafür eine Leistung zu erbringen habe.²⁶

Der EuGH und die h.M. hingegen streiten zu Recht dafür, dass eine Bürgschaft in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen könne.²⁷ So geht etwa aus dem Wortlaut der deutschen²⁸ und französischen²⁹ Fassung des Art. 1 Abs. 1 nicht hervor, dass der Unternehmer die Ware oder Dienstleistung an den Vertragspartner, der sich auf den Widerruf des Vertrages stützt, geliefert oder erbracht haben muss. Es reicht vielmehr, wenn ein Dritter der Begünstigte ist,³⁰ hier der Hauptschuldner. Außerdem erwähnt die Präambel auch einseitige Verpflichtungserklärungen.³¹ Letztlich befindet sich gerade der Bürge in einer Überrumpelungssituation.³² Er erscheint sogar noch schutzwürdiger, wenn er nicht einmal eine Leistung erhält.³³ Damit erstreckt sich der Anwendungsbereich der Haustürwiderrufsrichtlinie auch auf die Bürgschaft.

Fraglich ist daher, ob § 312 Abs. 1 S. 1 BGB, der die Entgeltlichkeit gleichwohl voraussetzt, der richtlinienkonformen Auslegung zugänglich ist. Der Wortlaut legt zunächst ein enges Verständnis nahe, vermöge dessen eine Leistung und ihre Gegenleistung gemeint sind, so dass die Bürgschaft nicht erfasst wäre.³⁴ Im Unterschied zum „gegenseitigen Vertrag“ i.S.d. § 320 BGB ist aber auch ein weites Verständnis denkbar, so dass es nur eine Leistung des anderen Teils geben muss, die einen gewissen Bezug zur Leistung des Gegenübers hat. Damit ist es bereits vom Wortlaut her möglich, etwa

auch die Leistung des Gläubigers an den Hauptschuldner als Dritten als entgeltliche Leistung zu verstehen.³⁵

Somit ist eine richtlinienkonforme Auslegung möglich.³⁶ Damit ist die Bürgschaft „entgeltlich“ i.S.d. § 312 Abs. 1 S. 1 BGB.

Hinweis: Bis 13.12.2013 ist die neue Verbraucherrechtsrichtlinie (2011/83/EU) ins deutsche Recht umzusetzen, die für Verträge gilt, die nach dem 13.6.2014 geschlossen wurden. Diese Richtlinie vereinigt die Haustürwiderrufs- und Fernabsatzrichtlinie. Der Wortlaut der Richtlinie ist weitergehend und deutlicher als jener der Haustürwiderrufsrichtlinie, so dass es dann einfacher wird, Bürgschaften als erfasst anzusehen.

bb) Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher sowie Haustürsituation

(1) Einzelbetrachtung

Des Weiteren verlangt § 312 Abs. 1 S. 1 BGB, dass der zu widerrufende Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher innerhalb und aufgrund einer Haustürsituation geschlossen worden ist. D ist gem. § 13 BGB Verbraucher und C als Bank gem. § 14 BGB Unternehmer. Als Haustürsituation kommt nur § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB in Betracht. Der Bürgschaftsvertrag wurde in „einer Privatwohnung“ geschlossen. Hierbei ist unschädlich, dass C durch X und diese durch Z vertreten wurde, da die Haustürwiderrufsrichtlinie in Art. 2 a.E. aufseiten des Unternehmers eine Vertretung bereits vorsieht.³⁷ Im Ergebnis ist § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB dem Wortlaut nach erfüllt.

(2) Gesamtbetrachtung

Eventuell müssen jene Bedingungen auch beim Hauptschuldner vorliegen. Dies könnte sich aus der Haustürwiderrufsrichtlinie ergeben. Nach dem Verständnis des EuGH verlangt Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit der Akzessorietät der Bürgschaft, dass sowohl der Bürge als auch der Hauptschuldner Verbraucher sind, sich beide in einer Haustürsituation befinden haben und letzterer in diesem Rahmen Waren oder Dienstleistungen abgenommen hat.³⁸

²⁶ So die Stellungnahme mancher Regierung bei EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 14 f. (Dietzinger). Zudem Generalanwalt Jacobs, Schlussantrag zu EuGH Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 17 (Dietzinger); Roth, ZIP 1996, 1285 (1288); Vowinkel, DB 2002, 1362 (1363). Der englische Wortlaut besagt: „This Directive shall apply to contracts under which a trader supplies goods or services to a consumer“.

²⁷ EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 18 f. (Dietzinger); BGH NJW 1993, 1594 (1595); Kulke, JR 1999, 485; Pfeiffer, NJW 1996, 3297.

²⁸ „Diese Richtlinie gilt für Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden“.

²⁹ „La présente directive s'applique aux contrats conclus entre un commerçant fournisseur des biens ou des services et un consommateur“.

³⁰ EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 18 f. (Dietzinger); Pfeiffer, NJW 1996, 3297 (3301).

³¹ BGH NJW 1993, 1594 (1595); ausführlich Hasselbach, JuS 1999, 329 (331); Pfeiffer, NJW 1996, 3297 (3300 f.).

³² EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 19 (Dietzinger); Kulke, JR 1999, 485 (487).

³³ BGH NJW 1993, 1594 (1595); EU-Kommission rezipiert in EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 12 (Dietzinger); so auch selbst BGH NJW 1996, 930 (931); Medicus, EWiR 1991, 693 (693 f.).

³⁴ So BGHZ 113, 287; BGH NJW 1996, 930 (931).

³⁵ Larenz/Canaris, SchuldR II/2, 13. Aufl. 1994, § 60 II 3. a); Vowinkel, DB 2002, 1362.

³⁶ BGH NJW 1993, 1594 (1595); Maume, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 21, Stand: 1.11.2011, § 312 Rn. 7; Saenger, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 312 Rn. 28.

³⁷ EuGH, Slg. I 2005, S. 9273, Rn. 41-45 (Crailsheimer Volksbank); BGH NJW 2006, 497 f.; bereits auch Weiler, BB 2003, 1397.

³⁸ EuGH, Slg. I 1998, S. 1199, Rn. 22 f. (Dietzinger); Zu diesem Verständnis des EuGH auch BGHZ 139, 21; Masuch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 312 Rn. 26; Saenger (Fn. 36), § 312 Rn. 29; anders Kulke, JR 1999, 485 (488): keine doppelte Haustürsituation.

(a) Verbrauchereigenschaft des A

Die Verbrauchereigenschaft des A entfällt nach § 13 BGB, wenn das konkrete Geschäft zum Zwecke der gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit geschlossen wurde. A ist als Makler auf dem Immobilienmarkt tätig. Die Aufnahme eines Darlehens zur Finanzierung einer Einlageleistung bei einer Gesellschaft zählt nicht zu dieser beruflichen Tätigkeit. Die Darlehensaufnahme könnte dennoch zu gewerblichen Zwecken erfolgt sein, weil A sich Gewinne aus seiner finanzierten Gesellschafterstellung versprach, welche die Kosten für die Inanspruchnahme des Darlehens übersteigen sollten.

Während nach einer Ansicht aufgrund der rechtlichen Verselbständigung der Personenhandelsgesellschaften (siehe etwa § 124 HGB) deren Gesellschafter immer Verbraucher sind,³⁹ möchte eine andere Ansicht differenzieren. Hiernach sei eine gewerbliche Tätigkeit nicht gegeben, wenn die Teilhabe an der Gesellschaft nur der privaten Vermögensverwaltung diene. Demgegenüber sei sie zu bejahen, wenn der Neugesellschafter eine unternehmerische Stellung in der Gesellschaft anstrebe. Eine solche könne etwa bei einer persönlichen Haftung (bei der KG als Komplementär, §§ 128, 161 Abs. 2 HGB) angenommen werden.⁴⁰ Vorliegend hat A aber nur den Erwerb einer Kommanditistenstellung durch das Darlehen finanziert. Er hat also keine unternehmerische Stellung inne. Mithin ist A nach beiden Ansichten Verbraucher i.S.v. § 13 BGB.

(b) Vertrag über eine entgeltliche Leistung

Der Darlehensvertrag ist auch entgeltlich, da A Zinsen auf die Valuta zahlen muss.

(c) Überrumpelungstatbestand

A müsste sich ferner in einer Situation i.S.v. § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB befunden haben. Eine Verhandlung i.d.S. ist bereits dann gegeben, wenn der Verbraucher auf die Möglichkeit eines Vertragsschlusses angesprochen wird.⁴¹ A und Z haben am 1.10.2010 in der Wohnung des A eingehend auch

³⁹ Schäfer, in: Staub, Großkommentar zum HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 83; Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2003, 1666 (1668). Ebenso für die Stellung als Kaufmann Hopt, in: Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 34. Aufl. 2010, § 161 Rn. 5; Schäfer, a.a.O., § 105 Rn. 79; Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 5 I 1. b); Dauner-Lieb/Dötsch, DB 2003, 1666 (1668).

⁴⁰ BGH ZIP 2005, 254 (255); ebenso EuGH NJW 2010, 1511 (1512, Rn. 34) – von der Heyden, für die Haustürwiderrufsrichtlinie (Fn. 25); Micklitz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 13 Rn. 45; Saenger (Fn. 36), § 13 Rn. 14; Godefroid (Fn. 17), Teil 2 Rn. 69; Armbrüster, ZIP 2006, 406 (407). Ebenso für die Stellung als Kaufmann gem. §§ 1 ff. HGB Windbichler, Gesellschaftsrecht, 22. Aufl. 2009, § 17 Rn. 17.

⁴¹ BGHZ 131, 385 (390); OLG Dresden WM 2008, 1682 (1684); Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 312 Rn. 12.

über ein Darlehen der C gesprochen und den Vertragsschluss vorbereitet. Darauf, dass der Abschluss des Vertrages später in der Filiale der C getätigt wurde, kommt es nicht an. Eine Haustürsituation liegt vor.

(d) Kausalität

A müsste durch diese Verhandlungen aber auch zum Abschluss des Vertrages „bestimmt“ worden sein. Von einer solchen Kausalität ist bereits dann auszugehen, wenn die Überrumpelungssituation bis zum Vertragsschluss fortwirkt.⁴² Erfolgt der Vertragsschluss in engem zeitlichem Zusammenhang mit der mündlichen Verhandlung, ist dies ein Indiz für die Mitursächlichkeit, das mit fortschreitendem zeitlichem Abstand schwächer wird.⁴³ Zwischen dem Gespräch in der Wohnung und dem Vertragsabschluss in der Filiale der C sind mehr als sechs Wochen vergangen. A hat erst nach der Verschlechterung seiner finanziellen Situation den Entschluss gefasst, das Darlehen der C in Anspruch zu nehmen. Daher liegt keine Kausalität zwischen dem überraschenden Ansprechen und der Willenserklärung des A vor.

(e) Zwischenergebnis

A befand sich als Verbraucher nicht in einer Haustürsituation, als er den Darlehensvertrag abschloss.

(3) Entscheidung gegen die Gesamtbetrachtung

Mithin ist entscheidend, ob man der Gesamt- oder Einzelbetrachtung folgt. Gegen die Gesamtbetrachtung ist bereits anzuführen, dass der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 Haustürwiderrufsrichtlinie nicht verlangt, dass der Abnehmer der Ware oder Dienstleistung selbst Verbraucher gewesen sein oder gar in einer Haustürsituation gehandelt haben muss. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Akzessorietät der Bürgschaft.⁴⁴ In praxi ist gleichwohl die Ansicht des EuGH maßgebend. Dann aber besteht aufgrund der lediglich erfolgten Mindestharmonisierung⁴⁵ die Möglichkeit einer richtlinienüberschießenden Auslegung des § 312 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine solche könnte aber abzulehnen sein, da der Wortlaut des § 312 Abs. 1 S. 1 BGB gerade enger ist als jener der Richtlinie. Überdies wollte sich der Gesetzgeber⁴⁶ an die Vorgaben der Richtlinie halten, ohne über deren Schutzniveau hinauszugehen.⁴⁷

Hingegen spricht für die Einzelbetrachtung die Ratio des Widerrufsrechts: Im Mittelpunkt steht der Schutz des Bürgen, der sich als Verbraucher in einer Haustürsituation befunden hat, während die Situation des Hauptschuldners ohne Bedeu-

⁴² OLG Dresden WM 2008, 1682 (1684); Saenger (Fn. 36), § 312 Rn. 32 f.

⁴³ BGH WM 2006, 1243 (1244); OLG Dresden WM 2008, 1682 (1684); Grüneberg (Fn. 41), § 312 Rn. 13; ähnl. Saenger (Fn. 37), § 312 Rn. 33; Anscheinsbeweis.

⁴⁴ BGHZ 165, 363 (368); Drexler, JZ 1998, 1046 (1055); Reinicke/Tiedtke, ZIP 1998, 894 (895).

⁴⁵ Art. 8 der Haustürwiderrufsrichtlinie (oben Fn. 25).

⁴⁶ BT-Drs. 10/4210, S. 9.

⁴⁷ BGHZ 139, 21 (25 f.); Vowinkel, DB 2002, 1362 (1364).

tung ist.⁴⁸ Außerdem kann eine Begrenzung auf den Willen des Gesetzgebers nicht stattfinden, wenn dieser das Problem gar nicht gesehen hat.⁴⁹ Im Ergebnis ist die Einzelbetrachtung heranzuziehen. In der Person des D sind die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB erfüllt.

Hinweis: Die Verbraucherrechterichtlinie (s.o.) ist grds. vollharmonisierend (Art. 4), d.h. die Mitgliedstaaten dürfen keine abweichenden Vorschriften erlassen, auch nicht zugunsten des Verbrauchers. Nach dieser Richtlinie ändert sich deswegen die Argumentation an dieser Stelle des Gutachtens: Wenn der EuGH an der Gesamtbetrachtung auch unter der neuen Richtlinie festhält (was aufgrund des weitergehenden Wortlautes nicht sicher ist), so kann das BGB davon nicht mehr abweichen. Aber: Die Vollharmonisierung gilt nur im Rahmen des Anwendungsbereichs der Richtlinie. Wenn die Bürgschaft konkret also nicht unter die Richtlinie fällt, kann das nationale Recht den Bürgen selbstständig schützen.

cc) *Keine Ausnahme*

Eine Ausnahme gem. §§ 312 Abs. 3, 312a BGB besteht nicht.

dd) *Zwischenergebnis*

D steht also ein Widerrufsrecht zu.

b) *Frist- und formgerechter Widerruf*

D muss sein Widerrufsrecht auch ordnungsgemäß i.S.v. § 355 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeübt haben. Der Widerruf muss in Textform (§ 126b BGB) erklärt werden. Die lediglich mündliche Erklärung des D reicht also nicht und ist nichtig (§ 125 S. 1 BGB). Weiterhin muss die Erklärung auch fristgerecht erfolgen. Die Fristdauer beträgt nur dann 14 Tage (§ 355 Abs. 2 S. 1 BGB), wenn eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung spätestens bei Vertragsschluss, aber nicht vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers,⁵⁰ erfolgte. Ansonsten gilt gem. § 355 Abs. 2 S. 3 BGB eine Monatsfrist. Z hat D erst nach seiner Gegenzeichnung die Belehrung ausgehändigt, so dass fraglich ist, ob die Widerrufsbelehrung „bei Vertragsschluss“ erteilt worden ist. Hierfür wird einerseits für maßgeblich gehalten wird, ob ein „einheitlicher

Vorgang“ gegeben ist.⁵¹ Nach anderer Ansicht genügt es, wenn dem Verbraucher die Widerrufsbelehrung noch am Tag des Vertragsschlusses (§ 187 Abs. 1 BGB) mitgeteilt wird.⁵² Letztlich kann dies hier offen bleiben, da maximal die Monatsfrist gilt, welche aber ebenfalls abgelaufen ist: Der Fristbeginn bestimmt sich nach § 355 Abs. 3 S. 1 BGB. Mithin begann die Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB am 2.10.2010 zu laufen und endete gem. § 188 Abs. 1 BGB am 15.10.2010 (14 Tage) bzw. gem. § 188 Abs. 2 BGB am 1.11.2010 (1 Monat) um 24 Uhr. Damit ist im Juli 2011 die Widerrufserklärung auch nicht fristgerecht erfolgt.

Hinweis: Nach der Verbraucherrechterichtlinie (s.o.) werden auch mündliche Widerrufserklärungen genügen (Art. 11 Abs. 1). Außerdem kann der Verbraucher ein zur Verfügung gestelltes Formular verwenden. Zudem beträgt die Widerrufsfrist bei Belehrung über dieses immer nur 14 Tage. Auch ohne Belehrung endet das Widerrufsrecht nach 12 Monaten (Art. 10).

c) *Ergebnis*

Mangels Widerrufs der Bürgschaft ist diese nicht unwirksam.

II. Bestand der Hauptschuld

Zudem müsste auch eine zu sichernde Hauptschuld i.S.d. § 765 Abs. 1 BGB bestehen. Eine solche könnte in Gestalt eines Anspruchs der C gegen A aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegen.

1. Darlehensvertrag

Hierfür müssten A und C einen Darlehensvertrag geschlossen haben.

a) Vertragsschluss

C und A schlossen am 15.11.2010 in der Filiale der C einen Darlehensvertrag über 50.000 €, die entsprechend des Vertrages zu verzinsen waren.

b) Formwirksamkeit

Der Vertrag könnte aber gem. § 494 Abs. 1 BGB formnichtig sein. Zwar liegt zwischen A und C ein Verbraucherdarlehensvertrag nach § 491 BGB vor. Da A und C schriftlich i.S.v. § 126 Abs. 1 BGB am 15.11.2010 den Vertrag unterzeichnet haben und dieser alle Pflichtangaben gem. § 492 Abs. 2 BGB enthielt, ist die Formvorschrift aber erfüllt. Der Vertrag ist i.E. formwirksam.

⁴⁸ BGHZ 165, 363 (368 f.); *Masuch* (Fn. 38), § 312 Rn. 26; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2005, § 312 Rn. 27; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (353 f.); *Reinicke/Tiedtke*, DB 1998, 2001 (2003); *Riehm*, JuS 2000, 138 (143 f.); *Tiedtke*, NJW 2001, 1015 (1027).

⁴⁹ *Reinicke/Tiedtke*, DB 1998, 2001 (2002); *Riehm*, JuS 2000, 138 (143). Zum Vorrang der Ratio vor einem (schwachen) historischen Argument *Canaris*, in: Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 1999, S. 25 (58 f.); *ders.*, AcP 200 (2000), 273 (354).

⁵⁰ Eine Widerrufsbelehrung vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers ist unwirksam, vgl. BGH NJW 2002, 3396 (3398); *Grüneberg* (Fn. 41), § 355 Rn. 19; *Kaiser*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2004, § 355 Rn. 45.

⁵¹ *Kaiser* (Fn. 50), § 355 Rn. 47; *Masuch* (Fn. 38), § 355 Rn. 54; *Wildemann*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, Bd. 2.1, 2. Aufl. 2004, § 355 Rn. 45; *Bülow/Artz* (Fn. 9), § 495 Rn. 138; *Martis/Meinhof*, MDR 2004, 4 (6).

⁵² *Schwab/Witt*, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 319, 324 f.; *Artz*, BKR 2002, 603 (607).

c) *Widerruf*

A stellte die Zinszahlungen ein, ohne sich hierzu zu erklären. Sein Schweigen hat keinen Erklärungswert. Mangels Widerrufserklärung besteht der Darlehensvertrag zwischen C und A also noch fort.

2. *Auszahlung der Darlehensvaluta*

C hat das Darlehen gegenüber A valutiert, indem sie mit Einwilligung des A (§§ 362 Abs. 2, 185 Abs. 1 BGB) an X zahlte und dabei im Interesse des Darlehensnehmers eine Verbindlichkeit⁵³ desselben gegenüber X beglich.

3. *Zwischenergebnis*

Die Hauptschuld aus dem Darlehensvertrag besteht.

III. Einrede der Vorausklage

Die Einrede aus § 771 S. 1 BGB ist hier aufgrund der Vereinbarung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft i.S.v. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen (siehe § 3 der Bürgschaftserklärung).

IV. Einrede gem. § 768 Abs. 1 S. 1 BGB

D könnte aber ein Leistungsverweigerungsrecht des A gem. § 768 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen. Dies ist der Fall, wenn die Hauptschuld noch nicht fällig ist. Nach der Vereinbarung zwischen C und A war die Fälligkeit noch nicht eingetreten. C könnte sie aber durch Kündigung gem. §§ 314, 490 Abs. 3 BGB herbeigeführt haben.

1. *Dauerschuldverhältnis*

Beim Darlehensvertrag mit Zinszahlung hängt die Hauptleistung des Darlehensnehmers von der Laufzeit des Vertrages ab, so dass es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt.⁵⁴

2. *Wichtiger Grund*

Erforderlich ist weiterhin ein wichtiger Grund. Die Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses i.S.d. § 314 Abs. 1 S. 2 BGB ist insbesondere dann zu bejahen, wenn der Darlehensnehmer mit seiner Pflicht zur Zinszahlung gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB in Verzug ist. Eine solche Pflichtverletzung stellt in entsprechender Anwendung der §§ 498 S. 1 Nr. 1, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a BGB aber nur dann einen wichtigen Grund dar, wenn mindestens zwei aufeinander folgende Zahlungen zu einem nicht unerheblichen Teil nicht geleistet wurden.⁵⁵ Mit der Valutierung entsteht die Pflicht zur Zinszahlung.⁵⁶ Ersterer erfolgte hier am 1.12.2010. Nach dem Darlehensvertrag waren die Zinsen vierteljährlich für das vorangegangene Kalendervierteljahr, also gem. § 271 Abs. 1 i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB am 1.3.2011 und am 1.6.2011 fällig. Diese Zahlungen sind vollständig ausgeblieben. Damit ist A mit zwei Raten in Folge zu einem nicht unerheblichen Teil in Verzug. Ein wichtiger Grund liegt vor.

chen Teil nicht geleistet wurden.⁵⁵ Mit der Valutierung entsteht die Pflicht zur Zinszahlung.⁵⁶ Ersterer erfolgte hier am 1.12.2010. Nach dem Darlehensvertrag waren die Zinsen vierteljährlich für das vorangegangene Kalendervierteljahr, also gem. § 271 Abs. 1 i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB am 1.3.2011 und am 1.6.2011 fällig. Diese Zahlungen sind vollständig ausgeblieben. Damit ist A mit zwei Raten in Folge zu einem nicht unerheblichen Teil in Verzug. Ein wichtiger Grund liegt vor.

3. *Abhilfefrist und Kündigungserklärung*

C hat A eine angemessene Abhilfefrist gem. § 314 Abs. 2 BGB gesetzt, indem sie ihn am 15.3.2011 und am 15.6.2011 aufforderte, die ausstehenden Zinszahlungen binnen zwei Wochen zu erbringen. Eine Zahlung ist gleichwohl nicht erfolgt, woraufhin C die Kündigung innerhalb der Frist i.S.d. § 314 Abs. 3 BGB erklärte.

4. *Zwischenergebnis*

C hat den Darlehensvertrag wirksam gekündigt und dadurch das Vertragsverhältnis mit Wirkung ex nunc beendet.⁵⁷ Damit besteht gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB eine fällige Hauptschuld in Gestalt der Rück- und Zinszahlungspflicht, so dass D keine Einrede gem. § 768 Abs. 1 S. 1 BGB geltend machen kann.

V. Einrede gem. § 770 BGB analog wegen Widerrufbarkeit des Darlehensvertrages A mit C

Überdies erklärt D auch, dass er „vom Widerrufsrecht des A Gebrauch machen“ wolle. Die Geltendmachung des Gestaltungsrechts eines anderen ist aber grds. nicht möglich.⁵⁸ Die Erklärung des D ist aber gem. §§ 133, 157 BGB dahin zu verstehen, dass er sich ein Widerrufsrecht des A zunutze machen will, selbst wenn dieses bisher nicht ausgeübt wurde.

1. *Anwendbarkeit des § 770 BGB*

In Betracht kommt eine Einrede gem. § 770 BGB, welche dem Wortlaut nach jedoch nur andere Gestaltungsrechte erfasst. Fraglich ist, ob die Vorschrift analog auch für die Widerrufbarkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts anzuwenden ist. Sie soll eine Schutzlücke zwischen § 767 Abs. 1 S. 1 BGB und § 768 Abs. 1 S. 1 BGB schließen, welche sich etwa auch beim Widerruf auftut: Der Bürge kann den Widerruf des Hauptschuldners nicht selbst ausüben und auch ein Leistungsverweigerungsrecht hieraus nicht herleiten. Daher müsste er für die Erfüllung einer Verbindlichkeit zunächst eintreten, obwohl der Hauptschuldner das Rechtsverhältnis mit dem Gläubiger möglicherweise später durch Wi-

⁵³ Zu dieser Voraussetzung BGHZ 152, 331 (336 f.); *Berger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 488 Rn. 33; *Kessal-Wulf*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2011, § 488 Rn. 2.

⁵⁴ Vgl. BGH NJW-RR 1988, 763 (765); *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 314 Rn. 6; *Medicus/Stürner*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2011, § 314 Rn. 4.

⁵⁵ BGH NJW-RR 1988, 763 (765); *Looschelders*, Schuldrecht BT, 6. Aufl. 2011, Rn 362; ähnlich *Berger* (Fn. 53), § 490 Rn. 49: zwei volle Zahlungen.

⁵⁶ *Berger* (Fn. 53), § 488 Rn. 193; *Mansel*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 488 Rn. 22.

⁵⁷ Vgl. *Gaier* (Fn. 54), § 314 Rn. 23; *Medicus/Stürner* (Fn. 54), § 314 Rn. 20.

⁵⁸ *Grüneberg* (Fn. 41), § 355 Rn. 3; *Masuch* (Fn. 38), § 355 Rn. 23.

derruf aufhebt. Dieses Ergebnis erscheint planwidrig und ist unvereinbar mit dem Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft. Daher ist § 770 BGB analog anzuwenden, wenn noch ein Recht des Hauptschuldners zum Widerruf des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses besteht.⁵⁹

Hinweis: D beruft sich allein auf die Widerrufbarkeit des Darlehensvertrages zwischen A und C. Daher spielt es keine Rolle, ob er auch dann eintreten müsste, wenn A den Darlehensvertrag tatsächlich wirksam widerrufen hätte. In diesem Falle würde sich eine Pflicht des A zur Rückgewähr der Darlehensvaluta aus §§ 346 ff., 357 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Das ursprüngliche Vertragsverhältnis würde sich in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandeln. Die Frage, ob sich die Einstandspflicht des Bürgen auch auf diese Verbindlichkeit erstreckt, ist durch Auslegung des Bürgschaftsvertrages zu ermitteln.⁶⁰ Nach § 1 des Bürgschaftsvertrages sollte C eine Sicherheit für die vertraglichen Forderungen gewährt werden. Da gem. §§ 346 ff. BGB das Vertragsverhältnis nicht ex tunc erlischt, sondern (in umgestalteter Form) weiter besteht, erscheint es vertretbar, auch den Anspruch auf Rückgewähr als durch die Bürgschaft gesichert anzusehen. Da vorliegend aber gerade noch nicht widerrufen wurde, kann D die Befriedigung des Gläubigers möglicherweise so lange verweigern, wie nicht endgültig klargestellt ist, auf welche Anspruchsgrundlage der Gläubiger die Hauptverbindlichkeit stützen kann, da wegen der Akzessorietät hiervon auch die Verteidigungsmöglichkeiten des Bürgen abhängen. Der Einwand, dass A womöglich ohnehin zahlen muss, weil sich die Hauptverbindlichkeit aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB oder aber aus §§ 346 ff., 357 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt, geht folglich fehl.

2. Widerrufbarkeit gem. §§ 355, 495 BGB

In Betracht kommt eine Widerrufbarkeit des Darlehensvertrages gem. §§ 355, 495 Abs. 1 BGB.

a) Widerrufsrecht

Dem A steht gem. § 495 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zu.⁶¹ Ausnahmen nach § 495 Abs. 3 BGB greifen nicht ein.

b) Fristgerechter Widerruf

Fraglich ist aber, ob ein fristgerechter Widerruf durch A noch möglich ist. Die Widerrufsfrist beträgt gem. § 355 Abs. 2 S. 1 i.V.m. 495 Abs. 1, 2 BGB 14 Tage. Sie beginnt gem. § 355 Abs. 3 i.V.m. § 495 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 BGB mit dem Vertragsschluss und dem vollständigen Erhalt der erforderlichen Pflichtangaben zu laufen. A schloss den inhaltlich vollständigen Darlehensvertrag am 15.11.2010 ab und erhielt ein Ver-

tragsexemplar. Nach § 187 Abs. 1 BGB setzte der Fristbeginn damit am 16.11.2010 ein. Die Frist endete nach § 188 Abs. 2 BGB am 29.11.2010. Sie ist damit verstrichen. Ein Widerruf durch A ist nicht mehr möglich.

c) Zwischenergebnis

Der Darlehensvertrag ist nicht nach §§ 355, 495 BGB widerrufbar.

3. Widerrufbarkeit nach §§ 355, 312 BGB

Nach dem oben⁶² Gesagten, scheidet auch ein Widerrufsrecht des A nach §§ 355, 312 Abs. 1 S. 1 BGB aus.

4. Vertragliches Widerrufsrecht

Der Darlehensvertrag zwischen A und C ist aber auch dann widerrufbar, wenn ein vertragliches Widerrufsrecht vereinbart worden ist.

a) Bestehen

Das Bestehen eines vertraglichen Widerrufsrechts setzt eine Einigung beider Parteien gem. §§ 145 ff. BGB voraus. Ein Angebot auf Abschluss einer Widerrufsmöglichkeit könnte in der Widerrufsbelehrung der C über das vermeintlich bestehende Widerrufsrecht des A aufgrund der Anbahnung des Vertrages in der Wohnung des A zu sehen sein.

Nach einer Ansicht ist dies abzulehnen, da regelmäßig, insbesondere wenn auf die gesetzlichen Vorschriften verwiesen werde, nur dann ein Widerrufsrecht gewollt sei, wenn dieses auch gesetzlich bestehe.⁶³ Die Widerrufsbelehrung selbst sei nur eine geschäftsähnliche Handlung, mit der der Unternehmer über die Rechtslage informieren wolle. Es fehle ihm sowohl am Erklärungsbewusstsein als auch am Geschäftswillen.⁶⁴

Nach anderer Auffassung müsse eine Einigung über ein vertragliches Widerrufsrecht angenommen werden, wenn dem Vertragstext nicht zu entnehmen sei, dass das Widerrufsrecht nur dann bestehen solle, wenn die gesetzlichen Bedingungen erfüllt seien, denn die Belehrung über ein Widerrufsrecht setze dessen Bestehen voraus.⁶⁵ Zudem könne die Widerrufsbelehrung Bestandteil Allgemeiner Geschäftsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sein, so dass Unklarheiten in der Formulierung gem. § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Unternehmers gingen.⁶⁶ Vorliegend wurde das Widerrufsrecht nicht vom Bestehen der gesetzlichen Bedingungen

⁵⁹ Siehe oben I. 4. a) bb) (2) (d).

⁶⁰ OLG Frankfurt NJOZ 2010, 1033 (1033 f.).

⁶¹ OLG München WM 2003, 1324 (1326 f.); *Bülow/Artz* (Fn. 10), § 495 Rn 91; *Corzelius*, EWiR 2009, 243 (244); *Münsche*, WuB I E 1. – 5.03.

⁶² OLG Köln, Urteil v. 22.7.2009 – 27 U 5/09 Rn. 22 f. (zit. nach juris).

⁶³ BGH NJW-RR 2009, 709 (710); wohl auch BGH, Beschl. v. 15.12.2009 – XI ZR 141/09, Rn. 12 f. (zit. nach juris); BGH NJW 1982, 2313 (2314); *Ebnet*, NJW 2011, 1029 (1031).

⁵⁹ BGHZ 165, 363 (368); *Brödermann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2011, § 770 Rn. 3; *Habersack* (Fn. 2), § 770 Rn. 6; *Bülow* (Fn. 5), Rn. 987.

⁶⁰ *Bülow* (Fn. 5), Rn. 966.

⁶¹ Vgl. oben II. 1. b).

abhängig gemacht. Damit wäre es vertraglich vereinbart worden.

Dieser Ansicht ist zu folgen. Die Formulierung, dass der Verbraucher seine Vertragserklärung widerrufen könne, ist aus dessen objektiver Laiensicht so zu verstehen, dass er ein Widerrufsrecht habe.⁶⁷ Ansonsten müsste der zu schützende Verbraucher das Risiko tragen, dass trotz Belehrung kein Widerrufsrecht besteht, während der Unternehmer sorglos eine solche vornehmen könnte.⁶⁸ Mithin ist A ein vertragliches Widerrufsrecht angetragen worden, das dieser durch seine Unterschrift angenommen hat.

b) Inhalt des Widerrufsrechts und fortbestehende Widerrufbarkeit

Fraglich ist aber, welchen Inhalt das vertragliche Widerrufsrecht hat. Zuweilen wird vertreten, dass allein die Vertragsauslegung entscheidend sei.⁶⁹ Die h.M. geht dagegen davon aus, dass mangels erkennbaren abweichenden Willens die gesetzlichen Anforderungen des entsprechenden gesetzlichen Widerrufsrechts gelten.⁷⁰ Vorliegend kommt es darauf nicht an. Die Widerrufsbelehrung entsprach den gesetzlichen Vorgaben. Zugleich wurde ausdrücklich von den gesetzlichen Regelungen abgewichen, indem eine Widerrufsfrist von 4 Wochen vereinbart wurde.⁷¹ Diese Frist ist aber bereits am 13.12.2010 abgelaufen.

c) Zwischenergebnis

A kann auch nicht aufgrund eines vertraglichen Widerrufsrechts widerrufen.

VI. Einrede gem. § 770 BGB analog wegen Widerrufbarkeit des Aufnahmevertrages

Möglicherweise kann D aber gleichwohl die Einrede gem. § 770 BGB analog erheben. In Betracht kommt, dass es sich bei dem Erwerb der Kommanditistenstellung durch A und dem Verbraucherdarlehensvertrag um verbundene Verträge i.S.d. § 358 Abs. 3 S. 1 BGB handelt und der erstgenannte Vertrag noch widerrufen werden kann. Gem. § 358 Abs. 1 BGB würde dieser Widerruf auch den Darlehensvertrag erfassen.

1. Verbundene Verträge

Nach § 358 Abs. 3 S. 1 BGB ist ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung mit dem Verbraucherdarlehensvertrag verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung dieses Be-

schaffungsvertrages dient und die Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden.

a) Beschaffungsvertrag

Es müsste ein solcher Beschaffungsvertrag vereinbart worden sein.

aa) Vertragsschluss

A hat eine auf die Begründung einer Kommanditistenstellung gerichtete Willenserklärung abgegeben. Fraglich ist aber, ob die korrespondierende Willenserklärung des Z von der erforderlichen Vertretungsmacht gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB getragen war. Z ist als Komplementär der X gem. §§ 125 Abs. 1, 161 Abs. 2, 170 HGB organschaftlicher Vertreter der Gesellschaft. Seine Vertretungsmacht erstreckt sich gem. § 126 Abs. 1 HGB auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen der *Gesellschaft*. Nicht von dieser Vertretungsmacht gedeckt sind Geschäfte, die in die Zuständigkeit der *Gesellschafter* fallen. Dies ist bei Grundlagengeschäften, zu denen auch die Aufnahme neuer Gesellschafter zu zählen ist, der Fall.⁷² Der Vertragsschluss erfolgt zwischen dem Beitretenden und allen bisherigen Gesellschaftern.⁷³ Möglich ist aber etwa die Übertragung der Vertretungsmacht für den Abschluss des Aufnahmevertrages auf einen Gesellschafter allein.⁷⁴ Vorliegend wurde Z durch den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich nach § 167 Abs. 1 BGB ermächtigt, Aufnahmeverträge im Namen aller Altgesellschafter abzuschließen. Folglich handelte Z mit und innerhalb seiner Vertretungsmacht. Seine Willenserklärung wirkt gem. § 164 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB für und gegen alle bisherigen Gesellschafter. Ein Gesellschaftsvertrag zwischen A und den Altgesellschaftern über die Aufnahme des A in die X wurde geschlossen.

bb) Verbraucher/Unternehmer

Ferner ist gem. § 358 Abs. 1 BGB erforderlich, dass A Verbraucher ist und seine Vertragspartner Unternehmer sind. Während A und die bisherigen Kommanditisten der X Verbraucher sind, ist dies für die Komplementäre, wie oben gesehen,⁷⁵ streitig. Für die Ansicht, dass diese Unternehmer sind, spricht indes Folgendes: Die Rechtsfähigkeit der KG vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Komplementäre die Geschicke der Gesellschaft selbständig leiten

⁷² Habersack, in: Staub, Großkommentar zum HGB, 5. Aufl. 2009, § 126 Rn. 12 f.; Hopt (Fn. 39), § 126 Rn. 3.

⁷³ RGZ 128, 172 (176); BGHZ 26, 330 (333); Grunewald, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2012, § 161 Rn. 142; Habersack (Fn. 72), § 126 Rn. 12; Hopt (Fn. 39), § 105 Rn. 67; Schmidt, in: Schlegelberger, Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 1992, § 105 Rn. 180; Piehler/Schulte, in: Gummert/Weipert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 34 Rn. 2.

⁷⁴ BGH NJW 1978, 1000; Grunewald (Fn. 73), § 161 Rn. 135; Habersack (Fn. 72), § 126 Rn. 12; Hopt (Fn. 39), § 105 Rn. 67; Piehler/Schulte (Fn. 73), § 34 Rn. 17.

⁷⁵ Siehe bereits oben I. 4. a) bb) (2) a).

⁶⁷ Ebnet, NJW 2011, 1029 (1031).

⁶⁸ Lindner, EWIR 2011, 43 (44).

⁶⁹ OLG Naumburg BeckRS 2008, 25865; LG Krefeld BeckRS 2007, 17915.

⁷⁰ OLG Hamm, Urt. v. 4.2.2010 – 27 U 14/09, Rn. 37-39 (zit. nach juris); Grüneberg (Fn. 41), § 355 BGB Rn. 16; Masuch (Fn. 38), § 355 Rn. 58; Ebnet, NJW 2011, 1029 (1031).

⁷¹ Zu Abweichungen zugunsten des Verbrauchers: BGH NJW-RR 2009, 709 (710).

(vgl. §§ 125 Abs. 1, 161 Abs. 2, 170 HGB) und dieser zu-
meist auf Dauer mit ihrem ganzen Vermögen verbunden sind
(vgl. §§ 128, 161 Abs. 2 HGB). Ihre Arbeitsleistung und ihre
Haftung muss auch bei der Verteilung des Gewinns gem.
§ 168 Abs. 2 HGB angemessen berücksichtigt werden. Damit
stehen sie der Gesellschaft näher als den Kommanditisten.
Sie sind ebenso Unternehmer wie die Gesellschaft selbst.

A hat den Aufnahmevertrag folglich nicht nur mit Ver-
brauchern, sondern auch mit mindestens einem Unternehmer
geschlossen. Die Frage, ob dies für die Bejahung eines Be-
schaffungsvertrages als Verbrauchergeschäft i.S.v. § 358
Abs. 1 BGB ausreicht, ist offen. Der Verbraucherschutz ist
von der Annahme getragen, dass sich der Verbraucher ge-
genüber dem Unternehmer in einer unterlegenen Stellung
befindet, weil er nicht in gleichem Maße auf Geschäftserfah-
rung zurückgreifen kann.⁷⁶ Eine Unterlegenheitssituation ent-
steht damit bei mehrseitigen Verträgen nur dann nicht, wenn
sich allein Verbraucher gegenüberstehen. Ist nur ein Unter-
nehmer beteiligt, ist der Schutz des Verbrauchers erforder-
lich. Der persönliche Anwendungsbereich ist hier also eröff-
net.

Hinweis: Studierende, die davon ausgehen, dass der Auf-
nahmevertrag mit der KG geschlossen wurde, müssten
sich mit der Frage auseinandersetzen, ob die Gesellschaft
selbst Unternehmer oder Verbraucher ist. Die KG ist un-
ter die rechtsfähigen Personengesellschaften gem. § 14
Abs. 2 BGB zu fassen und kann wegen des eindeutigen
Wortlauts des § 13 BGB kein Verbraucher sein.⁷⁷

cc) Ware oder andere Leistung

Gegenstand dieses Vertrages müsste gem. § 358 Abs. 1,
Abs. 3 S. 1 BGB die Lieferung einer Ware oder die Erbrin-
gung einer anderen Leistung sein. Fraglich ist, ob der Beitritt
zur Anlagegesellschaft eine andere Leistung i.d.S. darstellt.

Nach einer Ansicht ist diese Tatbestandsalternative wie
im alten § 9 VerbrKrG zu verstehen, so dass ein entgeltlicher
Leistungsaustausch vorliegen müsse.⁷⁸ Ein „Entgelt“ des
Verbrauchers werde bei dem Erwerb einer Beteiligung aber
nicht geleistet, da die Einlage des Gesellschafter kein Ent-
gelt für die Erlangung der Gesellschafterstellung darstelle,
sondern allein mit den Beitragspflichten der anderen Gesell-
schafter im Austauschverhältnis stehe.⁷⁹

Nach der Gegenauffassung führt das Tatbestandmerkmal
nicht zu einer sachlichen Einschränkung. Der Widerruf-
durchgriff wolle den Verbraucher davor schützen, den Darle-
hensvertrag erfüllen zu müssen, obwohl der Vertragspartner
des finanzierten Geschäfts nicht oder nicht vertragsgemäß
geleistet habe. Eine Begrenzung auf einen entgeltlichen Leis-

⁷⁶ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 19. Aufl. 2010, Rn 582.

⁷⁷ *Micklitz* (Fn. 40), § 14 Rn. 9; *Prütting*, in: *Prütting/We-
gen/Weinreich*, Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2011, § 13
Rn. 8.

⁷⁸ OLG Karlsruhe ZIP 2003, 202 (204); Vgl. auch *Habersack*
(Fn. 2), § 358 Rn. 11.

⁷⁹ OLG Karlsruhe ZIP 2003, 202 (204); *Wallner*, BKR 2003,
799 f.

tungsaustausch werde diesem Zweck nicht gerecht.⁸⁰ Daher
stelle der Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft eine
andere Leistung i.S.d. § 358 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BGB dar.

Dieser Ansicht ist zu folgen. In wirtschaftlicher Hinsicht
ist der Verbraucher, der einer Personengesellschaft zum
Zwecke der Vermögensanlage beiträgt, nicht weniger schutz-
würdig als ein Käufer: Er leistet seine Einlage mit der Aus-
sicht auf Gewinne und steuerliche Vorteile, wofür er de facto
doch ein „Entgelt“ entrichtet.⁸¹ Ohne Übertragung des Wider-
rufs vom Beschaffungs- auf den Darlehensvertrag könnte
eine Schutzlücke gerade durch die Aufspaltung wirtschaftlich
zusammengehöriger Verträge geschaffen werden. Eine ande-
re Leistung ist also gegeben.

dd) Zwischenergebnis

Ein Beschaffungsvertrag liegt vor.

b) Verbraucherdarlehensvertrag

A hat auch einen Verbraucherdarlehensvertrag abgeschlos-
sen.⁸²

c) Verbindung

Die Verträge müssten aber auch gem. § 358 Abs. 1, Abs. 3
S. 1 BGB verbunden sein. Dies erfordert zunächst, dass das
Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen
Vertrages dient. Einer Zweckabrede im Darlehensvertrag
bedarf es nicht.⁸³ Maßgebend ist allein die objektive Verwen-
dung der Darlehensvaluta.⁸⁴ Das von C gewährte Darlehen
wurde vollständig dafür eingesetzt, die Beteiligung des A an
der X zu finanzieren.

§ 358 Abs. 3 S. 1 BGB erfordert ferner, dass beide Ver-
träge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies ist nach § 358
Abs. 3 S. 2 BGB insbesondere beim arbeitsteiligen Zusam-
menwirken des Darlehensgebers und des Unternehmers der
Fall. Hier hat C die X ermächtigt, Darlehensverträge in ihrem
Namen abzuschließen, und ihr die erforderlichen Formulare
überlassen. Z als Vertreter der Gesellschafter der X hat diese
Finanzierungsmöglichkeit dazu genutzt, Interessenten zum
Beitritt in die Gesellschaft zu bewegen. Ein arbeitsteiliges
Zusammenwirken liegt vor. Der Sonderfall des § 358 Abs. 3
S. 3 BGB greift nicht ein, da kein Erwerb eines Grundstücks
in Rede steht.⁸⁵ Eine wirtschaftliche Einheit ist gegeben.

⁸⁰ BGHZ 156, 46 (50); 159, 280 (289); *Habersack* (Fn. 2),
§ 358 Rn. 10.

⁸¹ Ebenso BGHZ 159, 280 (289); *Armbrüster*, ZIP 2006, 406
(412).

⁸² Siehe oben II. 1. b).

⁸³ EuGH, Slg. I 2007, S. 8017 Rn. 50 (Max Rampion/Fran-
finance).

⁸⁴ *Habersack* (Fn. 2), § 358 Rn 31 f.; a.A. *Möller*, in:
Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 21, Stand:
1.11.2011, § 358 Rn. 20, die zusätzlich verlangt, dass der
Erbringer der finanzierten Leistung von der Finanzierung
wusste und diese billigt.

⁸⁵ Vgl. *Grüneberg* (Fn. 41), § 358 Rn. 14; *Saenger* (Fn. 36),
§ 358 Rn. 13.

Es handelt sich um verbundene Verträge.

2. Widerrufbarkeit des Beschaffungsvertrages

Die Einrede gem. § 770 BGB analog i.V.m § 358 Abs. 1 BGB setzt ferner voraus, dass der Beschaffungsvertrag – hier der Beitrittsvertrag – noch widerrufen werden kann. Es kommt eine Widerrufbarkeit gem. §§ 355 Abs. 1 S. 1, 312 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht.

a) Vorliegen des Widerrufsrechts

Der Vertrag über den Beitritt zu einer Personengesellschaft zwischen A als Verbraucher und den Gesellschaftern der X, wobei zumindest der Komplementär Z Unternehmer ist,⁸⁶ ist entgeltlicher Natur i.S.v. § 312 Abs. 1 S. 1 BGB, da mit der Aufnahme in die Gesellschaft die Einlagepflicht des Gesellschafters entsteht.⁸⁷ Zudem ist eine Haustürsituation durch Vertragsschluss in der Wohnung des A gegeben.⁸⁸

b) Frist- und formgerechter Widerruf noch möglich?

Zuletzt dürfte aber auch die Widerrufsfrist noch nicht verstrichen sein. Eine Widerrufsfrist beginnt gem. § 355 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 BGB erst zu laufen, wenn u.a. die Widerrufsbelehrung in Textform (§ 126b BGB) erfolgte. Fraglich ist, ob die Angaben auf einer Homepage diesen Anforderungen genügen. Wesentliches Merkmal dieser Form ist, dass die Erklärung „auf [...] zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete[n] Weise abgegeben“ worden ist. Zum einen könnte man argumentieren, dass diese Anforderungen erfüllt seien, da eine Internetseite vom Erklärungsempfänger abgerufen werden könne und ein Speichern oder Ausdrucken grds. ohne Probleme möglich sei.⁸⁹ Zum anderen wird dies abgelehnt und verlangt, dass der Verbraucher die Angaben auf der Homepage auch tatsächlich heruntergeladen oder ausgedruckt habe.⁹⁰ Zwar kann zugunsten ersterer Auslegung der weite Wortlaut des § 126b BGB angeführt werden.⁹¹

⁸⁶ Siehe oben VI. 1. a) bb).

⁸⁷ Vgl. oben VI. 1. a) cc).

⁸⁸ Vgl. oben I. 4. a) bb) (2) (c).

⁸⁹ LG Flensburg MMR 2006, 686 (687); LG Paderborn MMR 2007, 191 (beide unter den Besonderheiten bei ebay); *Arnold*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 126b Rn. 3; *Einsele*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 126b Rn. 9; *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 21, Stand: 1.11.2011, § 126b Rn. 5; *Kaufmann*, CR 2006, 764 (766).

⁹⁰ BT-Drs. 14/2658, S. 40; 14/7052, S. 195; BGH NJW 2010, 3566 (3567 f.); *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 126b Rn. 3; *Grothe*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 21, Stand: 1.11.2011, § 355 Rn. 9; *Kaiser* (Fn. 50), § 355 Rn. 42; *Martis/Meinhof* (Fn. 17), F Rn. 168; *Ebnet*, NJW 2011, 1029 (1032); *Lorenz*, JuS 2000, 833 (837); noch weitergehend: *Palm*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., § 126b Rn. 3 und *Buchmann*, MMR 2007, 347 (349 f.): Abrufbarkeit reiche nie, selbst bei tatsächlicher Speicherung.

⁹¹ *Kaufmann*, CR 2006, 764 (766).

Außerdem hätte es ansonsten der Empfänger in der Hand, ob die Form eingehalten ist.⁹² Für die zweite Auslegung spricht aber entscheidend, dass wegen der Ratio des § 355 BGB und der Vorgaben der EU-Richtlinien⁹³ dem Verbraucher die Erklärung in der entsprechenden Form der dauerhaften Wiedergabe auch zugehen muss.⁹⁴ Die temporäre Speicherung auf dem PC aufgrund des Betrachtens der Homepage reicht dafür nicht, vielmehr befindet sich die Homepage noch im Machtbereich des Unternehmers, der den Inhalt manipulieren kann.⁹⁵ Der Unternehmer trägt aber die Bürde der korrekten Belehrung.⁹⁶ Zudem reicht beim „analogen“ Versandhandel auch nicht die Bereitstellung eines Faxabrufes.⁹⁷ Im Ergebnis wurde die Belehrung also nicht formgemäß erteilt. Somit hat die Widerrufsfrist noch nicht zu laufen begonnen. Auch ist das Widerrufsrecht nicht gem. § 355 Abs. 4 S. 1 BGB erloschen, da ein Fall des § 355 Abs. 4 S. 3 BGB vorliegt.

c) Zwischenergebnis

Der Widerruf ist noch möglich.

3. Zwischenergebnis

D kann C gem. § 770 Abs. 1 BGB analog die Widerrufbarkeit des Darlehensvertrages entgegenhalten.

VII. Endergebnis

C hat gegen D keinen Anspruch auf Zahlung von 50.000 € nebst Zinsen gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

⁹² LG Flensburg MMR 2006, 686 (687); *Wendtland* (Fn. 89), § 126b Rn. 5.

⁹³ Hier konkret etwa Art. 4 Abs. 1 Haustürwiderrufsrichtlinie (oben Fn. 25); auch Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 97/7/EG v. 20.5.1997, ABl. EG 1997 Nr. L 144, S. 19; Art. 10 Abs. 1 Verbraucherkreditrichtlinie (oben Fn. 11). Zukünftig auch Art. 7 Abs. 1 Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EU).

⁹⁴ BGH NJW 2010, 3566 (3567 f.); BGH NJW 2006, 3215 (3216); OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 174. *Palm* (Fn. 90), § 126b Rn. 3 und *Buchmann*, MMR 2007, 347 (350) verneinen bereits die Abgabe der Erklärung.

⁹⁵ BT-Drs. 14/2658, S. 40; 14/7052, S. 195; *Bonke/Gellmann*, NJW 2006, 3169 (3170); *Buchmann*, MMR 2007, 347 (349); *Lorenz*, JuS 2000, 833 (837 mit Fn. 35).

⁹⁶ *Bonke/Gellmann*, NJW 2006, 3169 (3170).

⁹⁷ *Föhlisch/Hoffmann*, NJW 2009, 1175.

Übungsklausur: Das neue Kulturgutschutzgesetz

Von Dr. Boas Kümper, Bochum/Münster*

Der nachfolgende – fiktive – Fall wurde im Sommersemester 2011 als Abschlussklausur zur Vorlesung Staatsorganisationsrecht an der Ruhr-Universität Bochum gestellt. Er verbindet verschiedene immer wieder prüfungsrelevante Fragen des Staatsorganisationsrechts: das Organstreitverfahren, das Gesetzesinitiativrecht und die Folgen eines Verstoßes gegen die GOBT im Gesetzgebungsverfahren, das „berühmte“ materielle Prüfungsrecht des Bundespräsidenten sowie die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Verordnungsermächtigung. Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten.

Sachverhalt

Bundestagsabgeordneter A will in den vergangenen Jahren die bedenkliche Entwicklung beobachtet haben, dass deutsche Adelige ihre finanzielle Liquidität höher schätzen als die Familientradition und daher in immer stärker zunehmendem Maße Kunstgegenstände und Bibliotheksbestände aus Familienbesitz an Kunsthändler und Sammler im Ausland verkaufen. Als Schöngest und Kunstliebhaber ist A der Meinung, gegen diese immense Abwanderung deutschen Kulturgutes ins Ausland müsse dringend etwas unternommen werden. Einen wirksameren Kulturgüterschutz verspricht er sich von einem neuen Kulturgutschutzgesetz (KultgSchG). A, der als studierter Jurist die erforderlichen Kenntnisse zu haben meint, arbeitet daher selbst einen Gesetzentwurf aus. Von dem Gesetz sollen als Kulturgüter Kunstwerke und anderes Kulturgut – einschließlich Bibliotheksgut –, erfasst sein, deren Abwanderung aus dem Geltungsbereich des Gesetzes einen erheblichen Verlust für den deutschen Kulturbesitz bedeuten würde. Das Gesetz trifft in § 2 folgende Regelung:

„§ 2 Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes
Kulturgüter werden in ein ‚Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes‘ eingetragen. Der Bundesminister für Bildung und Forschung regelt durch Rechtsverordnung Voraussetzungen und Verfahren der Eintragung in das Verzeichnis.“

An die Eintragung in das Verzeichnis knüpft das Gesetz Genehmigungspflichten für die Ausfuhr von Kulturgütern sowie Anzeigepflichten der Eigentümer und Besitzer von Kulturgütern für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung. Darüber hinaus enthält es Straf- und Bußgeldvorschriften für den Fall eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Genehmigungs- und Anzeigepflichten.

A bringt diesen Gesetzentwurf als sein „persönliches Projekt“ in den Bundestag ein, wo die Vorlage überraschend auf überwältigende Zustimmung stößt. Der Bundestag beschließt daher mit der erforderlichen Mehrheit das neue KultgSchG.

* Der Verf. war Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsökonomik an der Ruhr-Universität Bochum (Prof. Dr. Stefan Magen, M.A.); er ist derzeit Wissenschaftlicher Referent am Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster.

Der Bundespräsident äußert erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken und weigert sich, das Gesetz auszufertigen. Das Gesetz habe bereits nicht auf Initiative eines einzelnen Abgeordneten verabschiedet werden dürfen. Auch habe der Bundestag die Entscheidung über die Einzelheiten der Eintragung in das Kulturgutverzeichnis nicht einfach der Exekutive überlassen dürfen; dem Bundesminister hätten für die zu erlassenden Regelungen viel genauere Vorgaben gemacht werden müssen.

Das Interesse der meisten Bundestagsabgeordneten an einer Novellierung des Kulturgüterschutzrechts ist aufgrund aktueller politischer Entwicklungen bereits wenige Wochen nach der Abstimmung im Bundestag wieder erloschen. Dem A gelingt es jedoch, seine Kollegen der B-Fraktion davon zu überzeugen, dass das Gesetzesvorhaben unbedingt verwirklicht werden müsse. Die B-Fraktion stellt form- und fristgerecht einen Antrag beim Bundesverfassungsgericht mit dem Ziel feststellen zu lassen, dass der Bundespräsident zur Ausfertigung des Gesetzes verpflichtet sei.

Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg? Grundrechte sind nicht zu prüfen; im Übrigen sind alle durch den Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. hilfsweise – zu begutachten!

Lösungsvorschlag

In Betracht kommt allein ein Organstreitverfahren, für welches sich eine Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG ergibt.¹ Der Antrag der B-Fraktion hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.²

I. Zulässigkeit

1. Beteiligtenfähigkeit

Das Organstreitverfahren ist ein kontradiktorisches Streitverfahren,³ so dass die Beteiligtenfähigkeit für die B-Fraktion als Antragsteller wie für den Bundespräsidenten als Antragsgegner zu prüfen ist. Gem. § 63 BVerfGG sind im Organstreitverfahren neben genannten obersten Bundesorganen auch Organeile antragsberechtigt, soweit sie durch das GG oder durch die Geschäftsordnungen dieser Organe mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Entsprechendes regelt Art. 93

¹ Verfehlt wären detaillierte Ausführungen zu einer Präsidentenanklage (Art. 61 GG): Weder richtet sich das Antragsbegehren der B-Fraktion auf einen Amtsverlust des Bundespräsidenten, noch wird diesem eine vorsätzliche Verletzung des GG vorgeworfen; vgl. dazu auch *Sauer*, JuS 2007, 641 (642).

² Zum Organstreitverfahren weiterführend *Engels*, Jura 2010, 421; *Degenhart*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 27. Aufl. 2011, Rn. 760 ff.; *Gröpl*, Staatsrecht I, 3. Aufl. 2011, Rn. 1663 ff.; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 333 ff.; *Benda/Klein/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 983 ff.

³ Dazu nur *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1665; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 306, 328.

Abs. 1 Nr. 1 GG für die dort genannten „anderen Beteiligten“. Fraktionen des Bundestages sind durch das GG (vgl. Art. 53a Abs. 1 S. 2) als notwendige Institutionen des Verfassungslebens anerkannt und durch die GOBT (vgl. §§ 10 ff., 26, 35, 55, 57, 761, 101 GOBT) mit eigenen Rechten ausgestattet. Sie können daher Antragsteller im Organstreitverfahren sein.⁴ Der Bundespräsident als Antragsgegner ist oberstes Bundesorgan und damit gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und § 63 BVerfGG ohne weiteres beteiligtenfähig.

2. Antragsgegenstand

Antragsgegenstand ist gem. § 64 Abs. 1 BVerfGG eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners. Die Weigerung des Bundespräsidenten, das KultgSchG auszufertigen, stellt sich als ein Unterlassen (der Ausfertigung) dar. Ein Unterlassen ist zumindest dann tauglicher Antragsgegenstand nach § 64 Abs. 1 BVerfGG, wenn über die bloße Untätigkeit hinaus eine Pflicht zum Tätigwerden besteht, wobei diese Pflicht nicht aus dem Recht zu folgen braucht, dessen Verletzung der Antragsteller rügt.⁵ Eine Pflicht zur Ausfertigung könnte dem Bundespräsidenten aufgrund von Art. 82 Abs. 1 GG obliegen. Damit steht auch die Rechtserheblichkeit der Unterlassung fest.⁶

3. Antragsbefugnis

Das Organstreitverfahren ist ein subjektives Rechtsschutzverfahren.⁷ Dementsprechend erfordert § 64 Abs. 1 BVerfGG eine Antragsbefugnis; der Antragsteller muss geltend machen, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch die Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das GG übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist.

Ein solches möglicherweise verletztes Organrecht könnte das Gesetzgebungsrecht des Bundestages darstellen: gem. Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG werden Gesetze durch den Bundestag beschlossen.⁸ Dagegen ließe sich zwar einwenden, dass der

⁴ Allg. Meinung: siehe *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1669; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 760; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 335; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 93 Rn. 6; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), GG-Kommentar, 12. Aufl. 2011, Art. 93 Rn. 86, 88; *Benda/Klein/Klein* (Fn. 2), Rn. 1009.

⁵ *Engels*, Jura 2010, 421 (424); *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1672; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 358.

⁶ Zum Erfordernis der Rechtserheblichkeit *Engels*, Jura 2010, 421 (424); *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 355 ff. Angesichts der Überschneidungen mit der Antragsbefugnis erscheint es nicht notwendig, die Rechtserheblichkeit im Rahmen des Antragsgegenstandes gesondert anzusprechen; auch die Ausbildungsliteratur verfährt hier unterschiedlich.

⁷ Dazu näher *Engels*, Jura 2010, 421 f.; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 318 ff.

⁸ Darauf stützen z.B. auch *Hebeler/Erzinger*, JA 2011, 921 (926), die Antragsbefugnis des Bundestages – dort im Zusammenhang eines Organstreitverfahrens gegen den die Gegenzeichnung verweigrenden Bundeskanzler.

Beschluss des Bundestages das Gesetz für sich betrachtet noch nicht in Kraft setze, sondern dies gerade die Ausfertigung nach Art. 82 Abs. 1 GG erfordere. Eine solche Sicht würde aber die Gesetzgebungsbefugnis des Bundestags weit hin ihrer Wirksamkeit berauben, denn dem Bundestag stünden – abgesehen von einer Präsidentenanklage nach Art. 61 GG – keine Rechtsschutzmöglichkeiten zu deren Durchsetzung zu. Dem vom GG vorgesehenen Verhältnis der Verfassungsorgane Bundestag und Bundespräsident und der Bedeutung der Gesetzgebungsbefugnis als zentrales Recht des Parlaments würde dies nicht gerecht.⁹

Auch wenn danach das Gesetzgebungsrecht nach Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG ein wehrfähiges Organrecht darstellt, ist jedoch zu beachten, dass dieses nicht ein eigenes Recht der Fraktion, sondern ein Recht des Bundestages ist. Der Antrag der B-Fraktion zielt also auf die Geltendmachung fremder Rechte im eigenen Namen, d.h. auf eine sog. Prozessstandschaft, die im Rahmen eines subjektiven Rechtsschutzverfahrens nur ausnahmsweise zulässig sein kann.¹⁰ § 64 Abs. 1 Alt. 2 BVerfGG lässt es jedoch gerade genügen, dass Rechte des Organs, dem der Antragsteller angehört, verletzt werden könnten. Die Fraktionen können deshalb – insb. zur Wahrung der Chancengleichheit von Minderheitsfraktionen – auch Rechte des Bundestages geltend machen.¹¹

4. Form und Frist

Die B-Fraktion hat ihren Antrag ausweislich des Sachverhalts form- und fristgerecht gestellt, so dass von der Einhaltung der Vorgaben nach §§ 23 Abs. 1, 64 Abs. 2, 3 BVerfGG auszugehen ist.

Der Antrag ist nach alledem zulässig.

II. Begründetheit

Der Antrag der B-Fraktion ist begründet, soweit die Weigerung des Bundespräsidenten in verfassungswidriger Weise den Bundestag in seinen Gesetzgebungsbefugnissen verletzt (vgl. § 67 S. 1 Hs. 2 BVerfGG).¹² Dies ist der Fall, wenn der Bundespräsident nach dem GG zur Ausfertigung des vom Bundestag beschlossenen KultgSchG verpflichtet war. Eine Pflicht des Bundespräsidenten zur Ausfertigung könnte sich aus Art. 82 Abs. 1 GG ergeben, wonach die nach den Vorschriften des GG zustande gekommenen Gesetze vom Bun-

⁹ Zu diesem Problem, das von den Bearbeitern nicht angesprochen werden musste, weiterführend *Sauer*, JuS 2007, 641 (643, 645), dessen Sichtweise sich dieser Lösungsvorschlag anschließt.

¹⁰ Vgl. auch *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 307, 380; *Benda/Klein/Klein* (Fn. 2), Rn. 1027.

¹¹ Allg. Meinung: *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 762; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1679; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 380; *Hopfauf* (Fn. 4), Art. 93 Rn. 92; *Pieroth* (Fn. 4), Art. 93 Rn. 11; *Benda/Klein/Klein* (Fn. 2), Rn. 1028 f.

¹² Zum Obersatz für die Begründetheit des Organstreitverfahrens *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1684; *Hillgruber/Goos* (Fn. 2), Rn. 393; vgl. auch die Fallbearbeitungen von *Sauer*, JuS 2007, 641 (646); und *Hebeler/Erzinger*, JA 2011, 921 (926).

despräsidenten ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet werden. Diese Pflicht besteht allerdings nicht, wenn dem Bundespräsidenten im Rahmen des Art. 82 Abs. 1 GG ein Prüfungsrecht in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zusteht und er daher die Ausfertigung eines verfassungswidrigen Gesetzes verweigern darf. Dabei ist zwischen einem formellen und einem materiellen Prüfungsrecht zu unterscheiden.

1. Formelles Prüfungsrecht

a) Bestehen eines formellen Prüfungsrechts

Für ein Prüfungsrecht des Bundespräsidenten in Bezug auf die formelle Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes spricht bereits der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 GG, wonach der Bundespräsident „die nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommenen Gesetze“ ausfertigt. Diese Regelung betrifft jedenfalls die formellen Voraussetzungen des „Zustandekommens“ von Gesetzen – Gesetzgebungskompetenz, Verfahren und Form –, die der Bundespräsident danach überprüfen können muss.¹³

b) Formelle Verfassungswidrigkeit des KultSchG

Zu prüfen ist zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Grundsätzlich haben nach der durch das GG vorgenommenen Kompetenzverteilung die Länder das Recht zur Gesetzgebung, Art. 70, 30 GG. Hier ergibt sich jedoch eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 5a GG für den Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung ins Ausland. Darum geht es bei dem KultSchG.

In Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzgebungsverfahrens bestehen Zweifel, ob A als einzelner Abgeordneter dazu berechtigt war, eine Gesetzesvorlage in den Bundestag einzubringen, also das Initiativrecht besaß.¹⁴ Gem. Art. 76 Abs. 1 GG werden Gesetzesvorlagen beim Bundestag durch die Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestages oder durch den Bundesrat eingebracht. Ein Initiativrecht des A könnte sich allein der Wendung „aus der Mitte des Bundestages“ ergeben. Diese wird jedoch in § 76 Abs. 1 GOBT dahingehend konkretisiert, dass Gesetzesvorlagen von Fraktionen oder von 5 % der Abgeordneten eingebracht werden können. Nach dieser Regelung war A als ein einzelner Abgeordneter nicht initiativberechtigt.

Dabei handelt es sich jedoch nur um einen Verstoß gegen § 76 Abs. 1 GOBT, mithin gegen Geschäftsordnungsrecht, nicht aber unmittelbar gegen Art. 76 Abs. 1 GG, also gegen Verfassungsrecht. Während Verstöße gegen grundgesetzliche Verfahrensvorschriften jedenfalls dann zur Nichtigkeit eines Gesetzes führen, wenn es sich um zwingendes Recht handelt und der Gesetzesbeschluss auf dem Verfahrensfehler be-

ruht,¹⁵ macht ein Verstoß nur gegen eine Geschäftsordnungsvorschrift ein Gesetz grundsätzlich nicht unwirksam. Hintergrund sind der Charakter der Geschäftsordnung als bloßes Innenrecht und die Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages, die diesen stets zu Abweichungen berechtigt (vgl. auch § 126 GOBT).¹⁶ Schließlich ist auch der Bundespräsident nach Art. 82 Abs. 1 GG nur zu der Prüfung berechtigt, ob das Gesetz „nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes“ zustande gekommen ist.¹⁷

Der Bundespräsident könnte allenfalls dann aufgrund seines formellen Prüfungsrechts die Ausfertigung des KultSchG verweigern, wenn sich die Regelung in § 76 GOBT als Ausdruck der Verfassungsnorm Art. 76 Abs. 1 GG auffassen ließe und somit zugleich ein Verstoß gegen (formelles) Verfassungsrecht vorläge. Eine Geschäftsordnungsvorschrift kann aber allenfalls dann als Ausprägung einer Verfassungsnorm verstanden werden, wenn sie der Sicherung verfassungsrechtlicher Positionen, etwa des einzelnen Abgeordneten, dient.¹⁸ Art. 76 Abs. 1 GG jedoch legt mit der Formulierung „aus der Mitte des Bundestages“ gerade nicht ein explizites Quorum fest.¹⁹ Ein Verstoß gegen (formelles) Verfassungsrecht liegt also nicht vor.

Im vorliegenden Fall könnte sich außerdem der Bundestag durch den „überwältigenden Zuspruch“ die Gesetzesvorlage des A zu eigen gemacht haben.²⁰ In jedem Falle führt daher der Verstoß gegen § 76 GOBT nicht zur formellen Verfassungswidrigkeit des KultSchG. Da mit der „überwältigen Mehrheit“ der Bundestagsabgeordneten auch die für die Beschlussfassung erforderliche einfache Mehrheit (Art. 42 Abs. 2 GG) erreicht ist, ist das KultSchG formell verfassungsgemäß; der Bundespräsident durfte die Ausfertigung nicht auf der Grundlage seines formellen Prüfungsrechts verweigern.²¹

¹⁵ BVerfGE 44, 308 (313); *Pieroth* (Fn. 11), Art. 76 Rn. 1a; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 4), Art. 76 Rn. 6, 14.

¹⁶ BVerfGE 29, 221 (234); *Elicker*, JA 2005, 513 (514); *Frenzel*, JuS 2010, 119 (120); *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1209; *Pieroth* (Fn. 11), Art. 40 Rn. 9; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 4), Art. 76 Rn. 38.

¹⁷ Auf Art. 82 Abs. 1 GG verweist auch etwa *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1209.

¹⁸ Dazu *Elicker*, JA 2005, 513 (514); *Frenzel*, JuS 2010, 119 (120); *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 214.

¹⁹ Siehe auch *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 62; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 205; *Gröpl*, (Fn. 2), Rn. 1220; *Kersten*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 62. Lfg., Stand: Oktober 2011, Art. 76 Rn. 49.

²⁰ Dazu *Frenzel*, JuS 2010, 119 (120); *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1221.

²¹ Die Bearbeiter mussten das Problem der Initiativberechtigung nicht in der hier dargestellten Breite erörtern, sollten aber jedenfalls den Unterschied zwischen einem Verfassungs- und einem Geschäftsordnungsverstoß erkennen. Das vollständige Übergehen der Initiativberechtigung musste zu erheblichem Punktabzug führen, zumal das Vorbringen im

¹³ Dies ist im Schrifttum weitgehend anerkannt: siehe *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 17 Rn. 87; *Ipsen*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 23. Aufl. 2011, Rn. 495; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 730; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1274.

¹⁴ Zum Gesetzgebungsverfahren instruktiv *Frenzel*, JuS 2010, 27 und 119.

2. Materielles Prüfungsrecht

Möglicherweise war aber der Bundespräsident aufgrund eines materiellen Prüfungsrechts dazu berechtigt, die Ausfertigung des KultgSchG zu verweigern. Der Bundespräsident weist hier darauf hin, der Gesetzgeber habe die Entscheidung über die Einzelheiten der Führung des Kulturgutverzeichnisses nicht der Exekutive überlassen dürfen, sondern hätte genauere Vorgaben machen müssen. Es könnten daher Verstöße gegen den Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalt sowie gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vorliegen. Obwohl es dabei um die Abgrenzung der Befugnisse von Legislative und Exekutive geht, handelt es sich um Fragen des Gesetzesinhalts und somit des materiellen Verfassungsrechts.²² Es fragt sich deshalb, ob dem Bundespräsidenten auch ein materielles Prüfungsrecht zukommt und das KultgSchG in materieller Hinsicht verfassungswidrig ist.

a) Bestehen eines materiellen Prüfungsrechts²³

Der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 GG ist für die Frage des materiellen Prüfungsrechts unergiebig: Er bezieht sich zunächst allgemein auf „Vorschriften dieses Grundgesetzes“; damit könnten grundsätzlich auch die Normen des materiellen Verfassungsrechts gemeint sein.²⁴ Andererseits lässt sich die Formulierung „zustande gekommen“ auch im Sinne einer Beschränkung auf Verfahrensvorschriften interpretieren.

Aus Sicht einer systematischen Auslegung spricht die Stellung des Art. 82 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit den Art. 70 ff., 76 ff. GG zunächst für eine Beschränkung auf ein bloß formelles Prüfungsrecht. Auch ergibt sich ein Prüfungsrecht des Bundespräsidenten in Bezug auf die materielle Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nicht bereits aus der Überlegung, formelle und materielle Prüfung eines Gesetzes könnten nicht voneinander unterschieden werden, weil ein materiell verfassungswidriges Gesetz stets zugleich den

des Bundespräsidenten im Sachverhalt ausdrücklich auf dieses Problem hinweist.

²² Die Einordnung als materielles Verfassungsrecht wurde allerdings von manchen Bearbeitern übersehen mit der Folge, dass diese die Frage eines materiellen Prüfungsrechts des Bundespräsidenten entweder überhaupt nicht oder aber – bei nahe ebenso schlimm – ohne jeden Fallbezug erörterten.

²³ Dies ist eine klassische und für Prüfungsaufgaben beliebte Streitfrage: vgl. die Übersichten bei *Schoch*, Übungen im Öffentlichen Recht I, 2000, S. 147 ff.; *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 86 ff.; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 732 ff.; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1270 ff.; *Ipsen* (Fn. 13), Rn. 496 ff.; sowie die Übungsfälle von *Ipsen/Epping*, JuS 1992, 305; *Barthel/Janik*, JA 2007, 519; *Stumpf*, JuS 2010, 35. Sie ist nach wie vor aktuell: vgl. aus dem jüngeren Schrifttum etwa *Schoch*, ZG 2008, 209; *Meyer*, JZ 2011, 602. Nicht entscheidend ist an dieser Stelle, zu welchem Ergebnis die Bearbeiter kommen, sondern dass eine schlüssige Argumentation entwickelt wird; auch müssen nicht alle hier aufgeführten Argumente zwingend genannt werden.

²⁴ *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 88; *Ipsen* (Fn. 13), Rn. 497; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1276.

förmlichen Mangel aufweise, nicht als verfassungsänderndes Gesetz eingebracht worden zu sein. Dagegen spricht bereits das ausdrückliche Verbot von „Verfassungsdurchbrechungen“ in Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG, eine Änderung des Grundgesetzes muss sich im Verfassungstext niederschlagen. Danach ist ein nicht als Verfassungsänderung beschlossenes Gesetz stets ein einfaches Gesetz.²⁵ Für ein materielles Prüfungsrecht lässt sich in systematischer Hinsicht auch nicht der Amtseid des Bundespräsidenten gem. Art. 56 GG anführen, wonach der Bundespräsident schwört, „das Grundgesetz [zu] wahren und [zu] verteidigen“. Denn der Bundespräsident das GG nur im Rahmen seiner ihm eben durch dieses verliehenen Befugnisse wahren.²⁶ Ebenso wenig kann die Möglichkeit einer Präsidentenanklage wegen vorsätzlicher Verletzung des Grundgesetzes (Art. 61 GG) eine Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten begründen.²⁷ Demgegenüber schließt der Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG) ein Prüfungsrecht des Bundespräsidenten nicht aus, denn auch wenn danach Eingriffe des Bundespräsidenten in die Gesetzgebung Bedenken unterliegen, besteht doch nach dem Grundgesetz keine strikte Trennung der Gewalten.²⁸

Für ein materielles Prüfungsrecht spricht hingegen die umfassende Bindung des Bundespräsidenten an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) und der u.a. darin zum Ausdruck kommende Vorrang der Verfassung. Jedes Staatsorgan darf danach nur im Rahmen der Verfassung handeln.²⁹ Die Ausfertigung verfassungswidriger Gesetze kann daher auch dem Bundespräsidenten nicht „zugemutet“ werden.³⁰ Dagegen spricht auch nicht die vorrangige Kompetenz des BVerfG zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen sowie dessen Normverwerfungsmonopol (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG):³¹ Zum einen stellt eine Überprüfung des Gesetzes durch den Bundespräsidenten die Befugnisse des BVerfG nur teilweise in Frage, da gegen die Weigerung des Bundespräsidenten, ein Gesetz auszufertigen, das Organstreitverfahren statthaft ist, in dessen Rahmen eine Überprüfung des Gesetzes durch das BVerfG stattfindet, so dass dieses im Grundsatz „das letzte Wort“ behält. Zum anderen prüft das BVerfG ein Gesetz nur nachträglich, während der Bundespräsident auf-

²⁵ Dazu auch näher *Schoch* (Fn. 23), S. 149; *Ipsen* (Fn. 13), Rn. 497.

²⁶ *Schoch* (Fn. 23), S. 148; *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 88; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 732; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1277.

²⁷ Dazu auch *Schoch* (Fn. 23), S. 148; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1277.

²⁸ *Schoch* (Fn. 23), S. 150; *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 89; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 733; *Ipsen* (Fn. 13), Rn. 500.

²⁹ *Schoch* (Fn. 23), S. 151 f.; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 733; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1278.

³⁰ In diese Richtung auch *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 89; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1283; *Pieroth* (Fn. 33), Art. 82 Rn. 3.

³¹ Zu diesem Argument auch *Schoch* (Fn. 23), S. 150 f.; *Maurer* (Fn. 13), § 17 Rn. 88; *Degenhart* (Fn. 2), Rn. 733; *Gröpl* (Fn. 2), Rn. 1282; *Pieroth* (Fn. 33), Art. 82 Rn. 3.

grund des Vorrangs der Verfassung bereits das Entstehen verfassungswidriger Gesetze verhindern muss.³²

Der Bundespräsident hat zwar unter dem GG bewusst eine deutlich schwächere Stellung als etwa der Reichspräsident unter der Weimarer Reichsverfassung; er nimmt vorrangig repräsentative Funktionen wahr.³³ Doch spricht dies nicht gegen ein materielles Prüfungsrecht; insbesondere lässt sich die Funktion des Bundespräsidenten im Gesetzgebungsverfahren nicht auf die eines „Staatsnotars“ reduzieren, zumal auch ein Notar nicht an Handlungen mitwirken darf, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden.³⁴

Erkennt man ein materielles Prüfungsrecht des Bundespräsidenten an, so fragt sich weiter, wie weit dieses reicht. Vielfach wird die Prüfungscompetenz des Bundespräsidenten auf offensichtliche Verstöße gegen materielles Verfassungsrecht, auf eine Evidenzkontrolle, beschränkt.³⁵ Allerdings bietet „Evidenz“ kaum einen handhabbaren Maßstab; durch die Unterscheidung von evidenten und nicht evidenten materiellen Verfassungsverstößen ergeben sich vielmehr weitere Abgrenzungsschwierigkeiten.³⁶ Auch würde die Beschränkung auf eine Evidenzkontrolle der unbedingten Verfassungsbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht gerecht. Überzeugender ist es daher, von einem umfassenderen, nicht auf evidente Fehler beschränkten Prüfungsrecht auszugehen.³⁷

b) *Materielle Verfassungsmäßigkeit des KultgSchG*³⁸

(1) *Verstoß gegen den Grundsatz des Gesetzes bzw. des Parlamentsvorbehalts*³⁹

In Betracht kommt zunächst ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, wonach bestimmte Regelungen unmittelbar durch förmliches Gesetz getroffen werden müssen und überhaupt nicht der Exekutive übertragen werden dürfen. Der Vorbehalt des Gesetzes hat seine Grundlage zum einen im Rechtsstaatsprinzip, zum anderen im Demokratieprinzip (vgl. Art. 20 Abs. 1 und 3, Art. 28 Abs. 1 GG) und überschneidet sich insofern z.T. mit dem sog. Parlamentsvorbehalt. Unmittelbar durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst zu treffen sind jedenfalls die – sei es für das demokratische Gemeinwesen (demokratische Komponente), sei es für die Verwirklichung von Grundrechten (rechtsstaatliche Komponente) – wesentlichen Entscheidungen („Wesentlichkeitsvorbehalt“).⁴⁰ Durch formelles Parlamentsgesetz geregelt werden müssen insbesondere Ermächtigungen zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Bürgers.⁴¹

Die in § 2 S. 2 KultgSchG getroffene Regelung enthält zwar keine unmittelbare Eingriffsermächtigung, sondern betrifft zunächst nur das Verfahren der Qualifizierung von

³⁸ Diejenigen Bearbeiter, welche sich gegen ein materielles Prüfungsrecht entschieden haben, müssen die materielle Verfassungsmäßigkeit ausweislich des Bearbeitervermerks hilfs-gutachterlich prüfen.

³⁹ Es ist gut vertretbar, wenn Bearbeiter die Problematik des Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalts nicht ansprechen und sogleich Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG prüfen, da im vorliegenden Fall jedenfalls verschiedene Regelungen unmittelbar im Gesetz getroffen wurden und das Verhältnis jener verschiedenen Grenzen exekutiver Rechtssetzung im Schrifttum nicht einheitlich beurteilt wird: Vielfach wird dahingehend unterschieden, der Vorbehalt des Gesetzes betreffe das „Ob“ einer Regelung durch den Gesetzgeber, das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG hingegen das „Wie“ der vom Gesetzgeber zu treffenden Regelung resp. der Delegation; andere Autoren gehen von einer Identität aus; weiterführend v. Danwitz, Jura 2002, S. 92 (S. 99); Nierhaus, in: Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 717 (insb. S. 720 ff.); vgl. auch Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 80 Rn. 34, 38. Gelungene Ausführungen konnten hier zu Pluspunkten führen. Umgekehrt war das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG in jedem Fall anzusprechen, weil das Vorbringen des Bundespräsidenten im Sachverhalt, der Exekutive hätten genauere Vorgaben gemacht werden müssen, hierauf eigens hinweist.

⁴⁰ Weiterführend zum Ganzen etwa Maurer (Fn. 13), § 8 Rn. 19 ff.; Degenhart (Fn. 2), Rn. 36 ff., 296 ff.; Gröpl (Fn. 2), Rn. 296, 481 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 44 ff.; instruktive „Grundfälle“ auch bei Wehr, JuS 1997, 419.

⁴¹ Dazu näher Maurer (Fn. 13), § 8 Rn. 21 f.; Degenhart (Fn. 2), Rn. 296 ff.; Jarass (Fn. 27), Art. 20 Rn. 48 f.; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 4), Art. 80 Rn. 73, 78.

³² So auch Schoch (Fn. 23), S. 151; Degenhart (Fn. 2), Rn. 733.

³³ Zur historischen Auslegung Maurer (Fn. 13), § 17 Rn. 88; vgl. ferner Gröpl (Fn. 2), Rn. 1279.

³⁴ Ipsen (Fn. 13), Rn. 499, unter Hinweis auf § 14 Abs. 2 BNotO, wonach der Notar seine Amtstätigkeit zu versagen hat, „wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden“.

³⁵ So etwa Kahl/Benner, Jura 2005, 869 (876); Degenhart (Fn. 2), Rn. 732; Gröpl (Fn. 2), Rn. 1283; Pieroth (Fn. 33), Art. 82 Rn. 3.

³⁶ Für ein umfassendes materielles Prüfungsrecht daher auch Schoch (Fn. 23), S. 153; sowie ausführlich Schoch, ZG 2008, 209 (219 ff.); ferner Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 4), Art. 82 Rn. 16.

³⁷ Nicht überzeugen konnte es, wenn Bearbeiter die Frage nach dem (materiellen) Prüfungsrecht zunächst offen ließen mit der Begründung, es komme auf ihre Entscheidung nicht an, wenn das Gesetz materiell verfassungsgemäß sei, diese Bearbeiter dann die materielle Verfassungsmäßigkeit prüften und bejahten. Denn der Bundespräsident darf überhaupt nicht weiter prüfen, solange die Frage des Prüfungsrechts nicht geklärt ist.

Kulturgut. Die durch Verkehrsbeschränkungen, Anzeige- und Genehmigungspflichten sowie Straf- und Bußgeldvorschriften vorgenommenen Eingriffe in die Grundrechte der Besitzer und Eigentümer von Kulturgütern sind demgegenüber unmittelbar im KultgSchG geregelt. Andererseits zieht die Qualifizierung eines Gegenstandes als geschütztes Kulturgut die Besitzer- und Eigentümerpflichten gleichsam automatisch nach sich. Damit haben aber nicht nur jene Pflichten, sondern auch das für die Feststellung von Kulturgut Verfahren erhebliche, „wesentliche“ Grundrechtsrelevanz. Dies spricht dafür, dass der parlamentarische Gesetzgeber auch die einzelnen Voraussetzungen der Aufnahme von Kulturgütern in das Verzeichnis und das dafür vorgesehene Verfahren, etwa die Kriterien der Bedeutung für den deutschen Kulturbesitz oder die verfahrensmäßige Einbeziehung entsprechenden Sachverständigen – zumindest in ihren Grundzügen – hätte regeln müssen.⁴² Die in § 2 S. 2 KultgSchG getroffene Regelung verstößt daher gegen den Vorbehalt des Gesetzes.

(2) *Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG*⁴³

Die Regelung des § 2 S. 2 KultgSchG könnte ferner gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verstoßen, wonach Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Gesetz hinreichend bestimmt sein müssen. „Hinreichende Bestimmtheit“ meint dabei nicht, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Gesetz ausdrücklich festgelegt sein müssten. Es genügt vielmehr, wenn sie sich durch Auslegung anhand der anerkannten Auslegungsgrundsätze ermitteln lassen.⁴⁴

In Rechtsprechung und Literatur finden sich verschiedene Umschreibungen, mit denen die Anforderungen an eine hin-

reichende Bestimmtheit i.S.d. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG konkretisiert werden sollen.⁴⁵ Der „Selbstentscheidungsformel“ zufolge hat der parlamentarische Gesetzgeber selbst die Entscheidung über den zulässigen Inhalt, die Grenzen und den Zweck der Rechtsverordnung zu treffen.⁴⁶ Nach der „Programmformel“ muss das förmliche Gesetz das Programm umreißen, welches der Gesetzgeber mit der Rechtsverordnung erreichen will.⁴⁷ Die „Vorhersehbarkeitsformel“ fordert, der Bürger müsse dem Gesetz entnehmen können, in welchen Fällen und mit welchen Zielen von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werde.⁴⁸

Diese Konkretisierungsversuche akzentuieren verschiedene Ziele des Bestimmtheitsgebotes wie die Verwirklichung des Rechtsstaatsgebots oder die demokratische Verantwortung des Gesetzgebers, vermitteln aber noch keinen handhabbaren Maßstab.⁴⁹ Die Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit i.S.d. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG lassen sich daher nur im Einzelfall anhand der Besonderheiten der jeweiligen Regelungsmaterie bestimmen. Hohe Anforderungen gelten an Gesetze, die zu belastenden Ordnungsregelungen ermächtigen und erhebliche Grundrechtsrelevanz haben. Großzügiger muss die Bestimmtheit dagegen bei vielgestaltigen, schnellem Wandel unterliegenden Sachverhalten beurteilt werden.⁵⁰

In Anwendung dieser Kriterien⁵¹ ließe sich zunächst wiederum darauf abstellen, dass die besonders grundrechtsintensiven Regelungen wie Verkehrsbeschränkungen, Genehmigungs- und Anzeigepflichten, Straf- und Bußgeldvorschriften, nach dem Sachverhalt bereits unmittelbar im Gesetz getroffen werden und der Ordnungsgeber nicht zu weiteren Belastungen ermächtigt wird.

⁴² Vgl. auch die eingehenden Regelungen in § 2 des geltenden KultgSchG, BGBl. I 1999, S. 1754:

„(1) Über die Eintragung des Kulturgutes in das Verzeichnis entscheidet die oberste Landesbehörde.

(2) Vor der Entscheidung hat die oberste Landesbehörde einen von ihr zu berufenden Sachverständigenausschuss zu hören. Er besteht aus fünf Sachverständigen. Einer von ihnen ist auf Vorschlag des Beauftragten der Bundesregierung für Angelegenheiten der Kultur und der Medien zu berufen. Bei der Berufung der Sachverständigen sind die Kreise der Fachleute aus den öffentlichen Verwaltungen, der Hochschullehrer, der privaten Sammler, des Kunsthandels und Antiquariates zu berücksichtigen.“

⁴³ Auf den Kreis der nach Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG zulässigen Ermächtigungsadressaten müssen die Bearbeiter nicht unbedingt eingehen. Zu beanstanden ist es aber, wenn Bearbeiter Anforderungen des Art. 80 GG prüfen, die sich nicht an den ermächtigenden Gesetzgeber, sondern an den Ordnungsgeber richten, weil zum einen die Verordnung noch gar nicht erlassen, zum anderen die Regelungsebene der Verordnung gar nicht Gegenstand der aktuellen präsidialen Prüfung ist (Verständnisfehler!).

⁴⁴ Vgl. etwa BVerfGE 55, 207 (226); 58, 257 (277 f.); 80, 1 (20 f.); 123, 39 (78); ferner v. Danwitz, Jura 2002, 93 (98); Maurer (Fn. 13), § 17 Rn. 139; Gröpl (Fn. 2), Rn. 1324.

⁴⁵ Dazu m.w.N. bei v. Danwitz, Jura 2002, 93 (98); Maurer (Fn. 13), § 17 Rn. 139; Mann (Fn. 27), Art. 80 Rn. 27; Brenner (Fn. 27), Art. 80 Rn. 36; Pieroth (Fn. 11), Art. 80 Rn. 11.

⁴⁶ Vgl. etwa BVerfGE 2, 307 (334); 23, 62 (72).

⁴⁷ Vgl. etwa BVerfGE 5, 71 (77); 8, 274 (307); 58, 257 (277); BVerwGE 72, 207 (210).

⁴⁸ Vgl. etwa BVerfGE 1, 14 (60); 41, 251 (266); 56, 1 (12); BVerwGE 111, 143 (150).

⁴⁹ Die Bearbeiter müssen die angeführten Formeln daher nicht unbedingt nennen; wichtiger ist die genaue Arbeit mit den nachfolgenden Kriterien der Eingriffsintensität und der Wandelunterworfenheit im Hinblick auf die konkrete Regelung des KultgSchG. In jedem Falle ist aber ein Bemühen um eine Maßstabsbildung zu fordern, während die bloße Feststellung, die Verordnungsermächtigung sei zu unbestimmt, zu oberflächlich ist.

⁵⁰ BVerfGE 58, 257 (277 f.); 62, 203 (210); zuletzt 123, 39 (78); BVerwGE 89, 121 (131 f.); v. Danwitz, Jura 2002, 93 (98); Mann (Fn. 27), Art. 80 Rn. 29; Brenner (Fn. 27), Art. 80 Rn. 37; Pieroth (Fn. 33), Art. 80 Rn. 12; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 4), Art. 80 Rn. 72 ff.

⁵¹ Ein von der hier vorgeschlagenen Lösung abweichendes, aber in schlüssiger Anwendung der vorgenannten Kriterien erzielt Ergebnis war nicht zu beanstanden.

Andererseits hängen die im Gesetz vorgesehenen grundrechtsintensiven Folgen unmittelbar an der Qualifizierung eines Gegenstandes als Kulturgut.⁵² Von entscheidender Bedeutung für die Betroffenen Eigentümer und Besitzer ist es deshalb, nach welchen Kriterien die Eigenschaft als Kulturgut beurteilt wird. Dabei kommt es vor allem auf kunsthistorische Gesichtspunkte an. Diese kann der Gesetzgeber zwar angesichts ihrer Vagheit und in Ermangelung des erforderlichen Sachverständnisses nur bedingt selbst festlegen. Es bedarf aber zumindest gewisser gesetzlicher Verfahrensregelungen, die eine sachgerechte Entscheidung ermöglichen – nur dann nämlich ist die Belastung gegenüber den betroffenen Grundrechtsträgern gerechtfertigt. Der Gesetzgeber müsste also z.B. einen Sachverständigenausschuss vorsehen, der vor einer Eintragung von Gegenständen in das Verzeichnis nach § 2 KultgSchG anzuhören ist.⁵³

Was schließlich die Vielgestaltigkeit und Wandelunterworfenheit der dem Ordnungsgeber übertragenen Regelungsbefugnisse angeht, so treffen diese Gesichtspunkte allenfalls auf die kunsthistorischen Kriterien, nicht aber auf das für die Qualifizierung von Kulturgut vorzusehende Verfahren zu – dieses muss gerade mit gewisser Beständigkeit festgelegt werden. Auch dies spricht letztlich dafür, dass der parlamentarische Gesetzgeber in § 2 S. 2 KultgSchG detailliertere Vorgaben hätte machen müssen und die dort getroffene Regelung gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verstößt.⁵⁴

3. Ergebnis

Da § 2 Satz 2 KultgSchG materiell verfassungswidrig ist, verweigerte der Bundespräsident auf der Grundlage seines Prüfungsrechts die Ausfertigung zu Recht. Der Antrag im Organstreitverfahren ist daher unbegründet und hat keine Aussicht auf Erfolg.⁵⁵

⁵² Anhand der Ähnlichkeit der Argumentation im Hinblick auf Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheit werden die Überschneidungen beider Verfassungsrechtssätze deutlich; vgl. auch v. Danwitz, Jura 2002, 93 (99).

⁵³ Vgl. auch insofern § 2 des geltenden KultgSchG (oben Fn. 40).

⁵⁴ Diejenigen Bearbeiter, welche sich für ein auf Evidenzkontrolle beschränktes Prüfungsrecht entscheiden, müssen an dieser Stelle zumindest kurz feststellen, dass und weshalb sie den Verstoß für evident erachten. Das lässt sich hier jedenfalls mit Blick auf das vollständige Fehlen jeglicher Verfahrensregelungen in dem Gesetzentwurf durchaus annehmen.

⁵⁵ Nimmt ein Bearbeiter an, der Bundespräsident habe die Ausfertigung zu Unrecht verweigert, muss er noch kurz die Verletzung des Gesetzgebungsrechts des Bundestages feststellen.

Übungsfall: Selbstjustiz auf der Intensivstation

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Bijan Fateh-Moghadam**, Wiss. Mitarbeiterin **Marina Kohake**, Münster*

Der vorliegende Übungsfall war Gegenstand einer Abschlussklausur zur Vorlesung Medizinstrafrecht im Schwerpunktbereich Kriminalwissenschaften an der Universität Münster. Im Mittelpunkt der Klausur steht die Frage der Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs gemäß dem (mutmaßlichen) Willen des Patienten. Die bisher unter dem Topos „passive Sterbehilfe“ diskutierte Fragestellung wurde durch die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung durch das 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz v. 1.9.2009¹ und die Grundlagenentscheidungen des BGH im Fall Putz (BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09 = MedR 2011, 32) und im Kölner Fall (BGH, Beschl. v. 10.11.2010 – 2 StR 320/10 = NStZ 2011, 274) auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt. Die genannten Entscheidungen bilden den Mittelpunkt einer umfassenden Diskussion im strafrechtlichen Schrifttum.² Sie sind nicht nur im Rahmen medizinstrafrechtlicher Schwerpunkte, sondern auch für das juristische Staatsexamen in hohem Maße prüfungsrelevant. Während die Inhalte der neuen Sterbehilferechtsprechung weithin als bekannt vorausgesetzt werden können, so weist doch ihre klausurmäßige Umsetzung einen nicht unerheblichen Schwierigkeitsgrad auf.³

Sachverhalt

Nach einem Autounfall wird die 63-jährige M mit schweren Hirnverletzungen ins Krankenhaus eingeliefert. Dort liegt sie seither im Koma und kann nur mithilfe einer PEG-Sonde und eines Beatmungsgeräts am Leben gehalten werden. Laut Einschätzung des behandelnden Arztes A besteht kaum mehr Aussicht auf Besserung ihres Zustands. Aufgrund dessen fordert ihre einzige Tochter T, die den Zustand ihrer sonst so lebensfrohen Mutter nicht länger mit ansehen kann, A dazu auf, die Geräte abzuschalten. Ihrer Ansicht nach hätte ihre

* *Bijan Fateh-Moghadam* ist Mitglied des Exzellenzclusters „Religion und Politik“ und Lehrbeauftragter für Medizinstrafrecht und Rechtssoziologie an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. *Marina Kohake* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin des JurGrad Masterstudiengangs Medizinrecht und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsphilosophie und Medizinrecht (Prof. Dr. *Thomas Gutmann*, M.A.) an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

¹ BT-Drs. 16/8442.

² Vgl. u.a. *Duttge*, MedR 2011, 32; *Engländer*, JZ 2011, 513; *Kubiciel*, ZJS 2010, 656; *Rissing-van Saan*, ZIS 2011, 544; *Rosenau*, in: Fischer/Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, S. 547 (S. 561); *Verrel*, NStZ 2011, 274; *Walter*, ZIS 2011, 76; *Wolflast/Weinrich*, StV 2011, 284.

³ In der Ausbildungsliteratur wird die neue Rechtsprechung u.a. bereits berücksichtigt bei *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, Rn. 335a-336, sowie *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl. 2011, §§ 7-8.

Mutter, die ihr Leben lang besonderen Wert auf ihre Selbstständigkeit gelegt und gerade aus diesem Grunde nie geheiratet hatte, eine Abhängigkeit von medizinischen Geräten nicht gewollt. Zudem hatte M erst vor Kurzem in einem Telefonat mit T geäußert, wie erniedrigend sie es fände, dauerhaft in einen Zustand zu geraten, in dem sie nicht mehr ansprechbar sei und nicht mehr wahrnehme, was um sie herum geschieht. Dann sei sie doch lieber tot, hatte sie zu ihrer Tochter gesagt. Zur Bestärkung ihrer Aussage legt T dem A eine Patientenverfügung vor, die die M zehn Jahre zuvor anlässlich des Todes ihrer eigenen Mutter verfasst hatte. Dieser war infolge einer schweren Tumorerkrankung, die ebenfalls eine künstliche Ernährung erforderlich gemacht hatte, eingetreten. Aus Angst, sie könnte das gleiche Schicksal ereilen, hatte die M Folgendes niedergeschrieben:

„Für den Fall, dass ich mich wie meine Mutter im Endstadium einer tödlich verlaufenden Krankheit befinde und infolgedessen nicht mehr in der Lage bin, meinen Willen zum Ausdruck zu bringen, wünsche ich keine lebenserhaltenden Maßnahmen, sofern mit einer Besserung nicht mehr gerechnet werden kann. Meine Tochter T ernenne ich zu meiner Bevollmächtigten. Sie soll sich dafür einsetzen, dass meinem Wunsch entsprechend eine lebenserhaltende Behandlung nicht aufgenommen bzw. abgebrochen wird.“

A lehnt die Abschaltung der Geräte dennoch ab. Seiner Meinung nach wären aus der Verfügung keine derartigen Konsequenzen zu ziehen, da sich der darin enthaltene Wille nicht auf die vorliegende Behandlungssituation übertragen ließe. Ferner fühle er sich als Arzt in erster Linie dazu verpflichtet, Leben zu retten und nicht sie zu beenden. Nach einer längeren Diskussion zwischen A und T, die zu keiner Einigung führt, beschließt T dem Beispiel ihrer stets selbstbewussten Mutter folgend, selbst Verantwortung zu übernehmen. Vom Krankenhauspersonal unbemerkt begibt sie sich in das Zimmer ihrer Mutter und schneidet den Schlauch des Beatmungsgeräts durch, was unmittelbar zu einem starken Sauerstoffmangel bei M führt. Als die M kurze Zeit später von A aufgefunden wird, kann dieser nur noch den Tod seiner Patientin feststellen.

Bearbeitervermerk

Untersuchen Sie – ggf. hilfsgutachterlich – die Strafbarkeit der T nach dem Strafgesetzbuch unter Berücksichtigung aller rechtlich relevanten Aspekte.

Lösung

Hinweis: Da ein ausdrückliches und ernsthaftes Verlangen im Sinne von § 216 StGB nicht offensichtlich vorliegt, empfiehlt es sich, mit dem Grundtatbestand des § 212 Abs. 1 StGB zu beginnen und gegebenenfalls anschließend nach dem Eingreifen der Privilegierung des § 216 StGB zu fragen. Soweit Bearbeiter den Behandlungsabbruch im Rahmen von § 216 Abs. 1 StGB prüfen, ist dies ebenfalls vertretbar.

I. Totschlag durch das Durchschneiden des Beatmungsschlauchs, § 212 StGB

T könnte sich gem. § 212 Abs. 1 StGB wegen Totschlags strafbar gemacht haben, indem sie den Schlauch des Beatmungsgeräts durchschnitt.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Taterfolg*

M ist tot. Der tatbestandsmäßige Erfolg ist mithin eingetreten.

b) Tathandlung

Es müsste eine aktive Tötungshandlung vorliegen.

aa) Abgrenzung Tun oder Unterlassen

Hinweis: Die sorgfältige Abgrenzung von Tun und Unterlassen bleibt auch nach der Entscheidung des BGH zum Behandlungsabbruch notwendig. Auf diese Abgrenzung unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH zu verzichten wäre daher falsch.

(1) Lehre vom Energieaufwand bzw. Differenzierung nach dem äußeren Erscheinungsbild

Grundsätzlich kommt es für die Abgrenzung zwischen einem aktiven Tun und einem Unterlassen nach der Lehre vom Energieaufwand bzw. nach dem äußeren Erscheinungsbild der Tat auf die Aktivität des Täters in Richtung auf das betroffene Rechtsgut an.⁴ Greift der Täter also unter Einsatz eigener Kraft in die Außenwelt ein und unterlässt er es nicht nur, den ohne seine Beteiligung eintretenden Deliktserfolg zu verhindern, so ist sein Verhalten als aktive Tötung einzuordnen.⁵ Vorliegend hat T den Schlauch des Beatmungsgeräts durchgeschnitten und somit durch eigene Kraftentfaltung auf das Geschehen eingewirkt. Danach handelt es sich also um ein aktives Verhalten der T.

Umstritten ist jedoch, ob von diesen Grundsätzen im Falle der Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen im Rahmen einer medizinischen Behandlung aus normativen Gründen abgewichen werden muss.

(2) Normative Betrachtung nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit („technischer Behandlungsabbruch“)

Nach einer verbreiteten Ansicht soll die Abgrenzung von Tun und Unterlassen dagegen nach normativen Kriterien erfolgen und sich danach richten, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem Unterlassen oder einem aktiven Tun besteht.⁶ Danach steht der Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen durch aktives Tun einem Unterlassen der Weiterbehand-

lung jedenfalls dann wertungsmäßig gleich, wenn er durch den behandelnden Arzt selbst vorgenommen wird (Lehre vom „technischen Behandlungsabbruch“⁷). Begründet wird dies zum einen damit, dass sich die Einstellung einer lebenserhaltenden Behandlung regelmäßig durch eine Vielzahl aktiver und passiver Verhaltensweisen vollzieht, sodass eine klare Zuordnung nach dem äußeren Erscheinungsbild kaum möglich erscheint. Zum anderen könne es bei normativer Betrachtung nicht darauf ankommen, ob eine Behandlung allein durch die Passivität des Arztes, der etwa die Verabreichung lebenserhaltender Medikamente unterlässt, oder durch die aktive Betätigung des Abschaltens eines Beatmungsgeräts abgebrochen wird. Ebenso dürfe es keinen Unterschied machen, ob der Arzt eine Behandlung erst gar nicht aufnimmt oder ob er eine bereits begonnene Behandlung wieder abbricht. Das aktive Verhalten des Arztes beim Abbruch einer medizinischen Behandlung müsse daher aus normativen Gründen in ein Unterlassen umgedeutet und als sogenannter „technischer Behandlungsabbruch“ qualifiziert werden (Unterlassen durch Tun).⁸ Die Lehre vom „technischen Behandlungsabbruch“ beruht dabei auf der Prämisse, dass der Abbruch einer Behandlung allenfalls dann zulässig sein könne, wenn er als Unterlassen im Rechtssinne (§ 13 StGB) zu qualifizieren sei.

Vorliegend ist problematisch, dass der Behandlungsabbruch nicht durch den Arzt, sondern durch einen Dritten, die T, vorgenommen wird. Die Lehre vom „technischen Behandlungsabbruch“ wird von dessen Vertretern bislang auf den behandelnden Arzt beschränkt, da nur dieser deren Voraussetzungen sachverständig beurteilen könne. Jedenfalls das Eingreifen Dritter, wie der Putzfrau oder eines Besuchers, soll danach stets als aktives Tun qualifiziert werden und selbst dann als Totschlag strafbar sein, wenn der Arzt die Behandlung zulässigerweise hätte abbrechen dürfen.⁹ Da das Argument der normativen Gleichstellung der Nichtaufnahme der Behandlung und des Abbruchs der Behandlung auf den behandelnden Arzt beschränkt zu sein scheint, ist auch das Handeln der T, als Tochter und Bevollmächtigte der M, nach der Lehre vom „technischen Behandlungsabbruch“ als aktives Tun zu qualifizieren. Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur dann kommen, wenn man die materiellen Erwägungen des BGH zum Behandlungsabbruch¹⁰ als Argumente für die Ausweitung der Figur des „technischen Behandlungsabbruchs“ auf Dritte heranzieht, was aber nicht den Intentionen des BGH entsprechen würde.

(3) Lehre vom Behandlungsabbruch (BGH)

Der BGH lehnt die normative Umdeutung eines tatsächlich aktiven Verhaltens in ein Unterlassen als dogmatisch unzulässigen „Kunstgriff“ ab. Zwar teilt er die Auffassung, dass die Frage der materiellen Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs nicht von reinen Äußerlichkeiten abhängen soll. Er

⁴ Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 699.

⁵ Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch, 58. Aufl. 2011, Vor § 13, Rn. 3; *Walter*, ZIS 2011, 76 (80).

⁶ Vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 18 Rn. 14.

⁷ *Roxin*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 75 (S. 94 f.).

⁸ Vgl. *Roxin* (Fn. 7), S. 75 (S. 94 f.).

⁹ *Roxin* (Fn. 7), S. 75 (S. 95 f.).

¹⁰ BGH MedR 2011, 32 (35).

geht jedoch davon aus, dass alle aktiven und passiven Verhaltensweisen im Rahmen der Beendigung einer ärztlichen Behandlung unter einem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammengefasst werden können, der dann seinerseits unter bestimmten Umständen gerechtfertigt sein kann.¹¹ Da eine solche Rechtfertigung unabhängig davon erfolgen soll, ob es sich bei dem Verhalten des Täters um ein aktives Tun oder ein Unterlassen handelt, bedarf es keiner künstlichen Umdeutung in ein Unterlassen im Rechtssinne. Er weist ferner darauf hin, dass die Unterlassungslösung ohnehin schon deshalb nicht überzeuge, weil § 216 Abs. 1 StGB auch durch ein pflichtwidriges Unterlassen begangen werden könne,¹² sodass diesbezüglich weiterhin eine Strafbarkeit in Betracht käme. Er nimmt daher eine Beurteilung nach den allgemeinen strafrechtlichen Regeln zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen vor. Danach wäre der hier vorliegende Fall des aktiven Durchschneidens des Beatmungsschlauchs durch T als aktive Tötungshandlung zu qualifizieren (Begehungslösung).

bb) Zwischenergebnis

Da es sich bei T nicht um den behandelnden Arzt handelt, ist das Verhalten der T sowohl nach der Lehre vom Energieaufwand, als auch nach der Theorie des „technischen Behandlungsabbruchs“ und nach der Ansicht des BGH, der sich i.E. der Lehre vom Energieaufwand anschließt, als aktives Tun zu qualifizieren. Ein Streitentscheid ist insoweit entbehrlich.

Eine aktive Tötungshandlung der T ist also gegeben.

Hinweis: A.A. nur mit guter Begründung vertretbar; die materiellen Erwägungen des BGH zum Behandlungsabbruch könnten etwa als Argumente für die Ausweitung der Figur des „technischen Behandlungsabbruchs“ auf Dritte herangezogen werden (s.o.). Bearbeiter, die das Verhalten der T als Unterlassen einordnen, müssen im Rahmen der Garantenpflicht auf deren mögliche Begrenzung gem. § 1901a ff. BGB und den dazu entwickelten Grundsätzen des BGH eingehen. Die Grundsätze des Behandlungsabbruchs gelten gleichermaßen für Tun und Unterlassen.

c) Kausalität

Hätte T den Schlauch des Beatmungsgeräts nicht durchgeschnitten, wäre die M nicht infolge des dadurch verursachten Sauerstoffmangels zu Tode gekommen, sodass die Tathandlung auch im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel zum Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges geführt hat. Ebenso ist der Fall nach der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung zu beurteilen, wonach ein Verhalten dann die Ursache eines Erfolges ist, wenn dieser Erfolg mit dem Verhalten durch eine Reihe zeitlich aufeinanderfolgender Veränderungen (natur-)gesetzmäßig verbunden ist.

Hinweis: Die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung musste nicht erwähnt werden.

d) Objektive Zurechnung

Ferner müsste T durch ihr Verhalten eine rechtlich unerlaubte Gefahr geschaffen haben, die sich sodann in dem tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht haben müsste.¹³ Eine unerlaubte Gefahrschaffung könnte hier deshalb in Frage stehen, weil sich die Fortsetzung der künstlichen Beatmung und Ernährung als rechtswidrig darstellen würde, sofern dies gegen den Willen des Betroffenen erfolgt, sodass das Verhalten desjenigen, der die Behandlung nicht fortführt oder abbricht als pflichtgemäßes Verhalten einzuordnen wäre (dazu näher unter 3. d) bb).¹⁴ Da der BGH die Problematik des Behandlungsabbruchs indes auf der Ebene der Rechtswidrigkeit behandelt, soll auf die Frage der dogmatischen Einordnung des Behandlungsabbruchs erst nach Erörterung der Rechtswidrigkeit eingegangen werden. Ungeachtet dessen hat T durch den Abbruch der künstlichen Ernährung *prima facie* zumindest ein rechtlich relevantes Risiko geschaffen, das sich auch in dem Tod der M als tatbestandsmäßigem Erfolg realisiert hat.

Hinweis: An dieser Stelle der Klausur liegt ein besonderes Aufbauproblem darin, dass die dogmatische Einordnung des straflosen Behandlungsabbruchs gerade umstritten ist. Selbst dann, wenn man die Lösung über die objektive Zurechnung – wie hier – als vorzugswürdig ansieht, empfiehlt es sich u.E. aus klausurtaktischen Gründen aufbau­mäßig zunächst der Prüfung des BGH zu folgen und die Frage der dogmatischen Einordnung des Behandlungsabbruchs erst im Anschluss an die Erörterung der anerkannten Rechtfertigungsgründe zu prüfen. Selbstverständlich ist es ebenso gut möglich, die materiellen Erwägungen des BGH zum Behandlungsabbruch als Argumente für das Fehlen einer unerlaubten Gefahrschaffung heranzuziehen und somit sämtliche Voraussetzungen des Behandlungsabbruchs im Rahmen der objektiven Zurechnung zu prüfen.

e) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

T hat den Beatmungsschlauch vorsätzlich durchgeschnitten, um dadurch das Leben der M gemäß deren Willen zu beenden. T handelte daher hinsichtlich der Herbeiführung des Todes der M mit direktem Vorsatz.

¹¹ BGH MedR 2011, 32 (35).

¹² BGH MedR 2011, 32 (35).

¹³ Vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 47, 53 ff.; abw. Kühl (Fn. 6), § 4 Rn. 43 („rechtlich relevantes Risiko“).

¹⁴ Vgl. Rissing-van Saan, ZIS 2011, 544 (550).

3. Rechtswidrigkeit

Sie müsste außerdem rechtswidrig gehandelt haben. Dies ist nicht der Fall, wenn vorliegend ein Rechtfertigungsgrund eingreift.

a) Tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung der M

Grundsätzlich ist eine Rechtfertigung aufgrund einer tatsächlichen oder mutmaßlichen Einwilligung in die aktive Beendigung des eigenen Lebens wegen der Indisponibilität des Rechtsguts Leben, die sich aus der Einwilligungssperre des § 216 StGB ergibt, ausgeschlossen.¹⁵ Danach endet die Verfügungsbefugnis des Rechtsgutsträgers über sein Leben jedenfalls dort, wo er dies durch einen anderen Menschen beenden lassen will. Begründet wird dies nach einer Ansicht damit, dass dem Grundrecht auf Leben gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein sichtbarer Menschenwürdekern inhärent sei und ihm somit in der Werteordnung des Grundgesetzes der höchste Rang zukomme. Das menschliche Leben genieße daher absoluten Schutz.¹⁶ Nach anderer Ansicht dient § 216 StGB in erster Linie der Absicherung der Entscheidungsreife desjenigen, der sich selbst töten möchte.¹⁷ Nur bei demjenigen, der bereit sei „selbst Hand an sich zu legen“, könne man von einem freiverantwortlichen, ernsthaften und stabilen Sterbewunsch ausgehen. Letztere Argumentation trägt allerdings nicht in den Fällen, in denen der Sterbewillige – wie im vorliegenden Fall – nicht in der Lage ist sich selbst zu töten. Die Reichweite der Einwilligungssperre des § 216 Abs. 1 StGB im Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung muss daher noch genauer untersucht werden (unten d).

b) Nothilfe gem. § 32 StGB

Eine Rechtfertigung im Wege der Nothilfe gem. § 32 StGB kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil sich die Verteidigungshandlung i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB nur gegen Rechtsgüter des Angreifers selbst richten darf.¹⁸ Vorliegend kommt als Angreifer aber nur der ggf. rechtswidrig behandelnde Arzt A in Frage. Nothilfe käme also allenfalls zur Rechtfertigung der Sachbeschädigung am Beatmungsgerät bzw. am Beatmungsschlauch in Betracht. Vorliegend geht es indes um die Frage, ob die Verletzung des Rechtsguts Leben der M durch Nothilfe gerechtfertigt werden kann. Da M aber das Opfer der rechtswidrigen Zwangsbehandlung ist, kann sie nicht zugleich als Angreifer qualifiziert werden.¹⁹ Eine Rechtfertigung durch Nothilfe scheidet somit aus.

¹⁵ Vgl. *Spickhoff*, Medizinrecht, 2011, Art. 2 GG Rn. 35; *Kühl* (Fn. 6), § 9 Rn. 28; vgl. dazu auch *Kubicel*, ZJS 2010, 656 (656 f.).

¹⁶ Vgl. *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 34. Aufl. 2010, § 1 Rn 1.

¹⁷ Grundlegend *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, passim; zust. *Schroth*, GA 2006, 549 (563).

¹⁸ Vgl. *Kühl* (Fn. 6), § 7 Rn. 84.

¹⁹ BGH MedR 2011, 32 (33).

c) Notstand gem. § 34 StGB

Eine Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs nach der Notstandsregelung des § 34 StGB liegt schon deshalb fern, da Leitbild des § 34 StGB die objektive Abwägung der Interessen unterschiedlicher Personen ist. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen ein und desselben Rechtsgutsträgers erfolgt dagegen im Normalfall nicht objektiv, sondern nach den Grundsätzen der mutmaßlichen Einwilligung.²⁰ Zweifel an diesem Vorrang des Maßstabs der mutmaßlichen Einwilligung könnten vorliegend nur insofern bestehen, als das Rechtsgut Leben auch für den Rechtsgutsträger nicht verfügbar ist und eine mutmaßliche Einwilligung daher prima facie ebenfalls nicht in Betracht kommt (s.o.). Aber selbst dann, wenn man eine Rechtfertigung nach § 34 StGB aufgrund der Unverfügbarkeit des Rechtsguts Leben in der vorliegenden Konstellation für möglich hält, kann bei der gem. § 34 S. 1 StGB vorzunehmenden Abwägung des Selbstbestimmungsrechts der M gegen das höchstrangige Rechtsgut Leben kein wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses gegenüber dem beeinträchtigten Interesse angenommen werden.²¹

d) Strafflosigkeit nach den Grundsätzen des BGH zum Behandlungsabbruch gemäß dem (mutmaßlichen) Willen des Patienten entsprechend §§ 1901a ff. BGB

Hinweis: Bearbeiter können die Möglichkeit eines rechtfertigenden Behandlungsabbruchs nach den Grundsätzen des BGH mit Hinweis auf die umstrittene dogmatische Einordnung ebenso gut unter einem eigenständigen Prüfungspunkt 4. zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld diskutieren.

aa) Behandlungsabbruch als Strafrechtsbegriff

Hinweis: Die Grundsätze des BGH haben als richterliche Rechtsfortbildung im Bereich der Sterbehilfe so großes Gewicht, dass die Leitgedanken der Entscheidung wiedergegeben werden sollten.

Der BGH hat in seiner Grundlagenentscheidung vom 25.6. 2010 (Fall Putz) unter dem normativ wertenden Oberbegriff des „Behandlungsabbruchs“ materielle Kriterien entwickelt, nach denen sich die strafrechtliche Zulässigkeit der Nichtaufnahme, der Begrenzung oder des Beendens einer lebenserhaltenden medizinischen Behandlung richten soll:²² Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist danach gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen. Der Behandlungs-

²⁰ *Roxin* (Fn. 13), § 16 Rn. 101.

²¹ BGH MedR 2011, 32 (33). Dies steht allerdings in einer gewissen Spannung dazu, dass die h.M. die sogenannte indirekte Sterbehilfe über § 34 StGB rechtfertigen möchte.

²² BGH MedR 2011, 32 (35-36) – Leitsätze.

abbruch kann sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Tun vorgenommen werden. Der Begriff der Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch setzt konkret voraus, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist. Eine durch Einwilligung gerechtfertigte Handlung der Sterbehilfe setzt überdies voraus, dass sie objektiv und subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung i.o.g. Sinn bezogen ist (objektive und subjektive Behandlungsbezogenheit).

bb) Dogmatische Einordnung/Kritik an der BGH-Formel

Folgt man dem BGH, tritt also der normativ wertende Begriff des Behandlungsabbruchs an die Stelle der früher sogenannten passiven Sterbehilfe, wodurch die klassische Sterbehilfeterminologie mit ihrer Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe überholt ist.²³ Die Überzeugungskraft der „neuen Formel“ des BGH hängt nicht zuletzt davon ab, ob es gelingt, die Grundsätze zur Rechtfertigung eines Behandlungsabbruchs dogmatisch plausibel einzuordnen.

(1) Rechtfertigungslösung (BGH)

Der BGH ordnet den Behandlungsabbruch als Fall der rechtfertigenden (mutmaßlichen) Einwilligung ein.²⁴ Dies scheint indes mit der Verfügungsschranke des § 216 Abs. 1 StGB kaum vereinbar. Vor allem aber ist zweifelhaft, ob der Abbruch einer rechtswidrigen Zwangsbehandlung überhaupt als Rechtsgutsangriff qualifiziert werden kann, der der Rechtfertigung durch einen anerkannten Rechtfertigungsgrund bedarf. Die Berücksichtigung des Willens des Patienten muss daher nicht notwendig als Einwilligung oder mutmaßliche Einwilligung im technischen Sinne qualifiziert werden (dazu unten (3)).

(2) Teleologische Reduktion von § 216 StGB

In der Literatur werden daher verschiedene Ansätze vorgebracht, die diese Problematik über eine teleologische Reduktion²⁵ oder verfassungsorientierte Normreduktion²⁶ des § 216 StGB lösen wollen. Dagegen spricht jedoch, dass durch eine teleologische Reduktion des § 216 StGB zwar der Privilegierungstatbestand entfele, eine Strafbarkeit gem. dem Grunddelikt (§ 212 StGB) aber weiterhin in Betracht käme. Dies ließe sich nur dann lösen, wenn in der Folge auf Rechtfertigungsebene die mit § 216 StGB begründete Einwilligungssperre aufzuheben wäre, sodass sich diese Konzeption letzt-

lich mit der des BGH deckt (Rechtfertigung durch [mutmaßliche] Einwilligung).²⁷

(3) Stellungnahme

Die dogmatische Einordnung der Legitimation von Behandlungsabbrüchen gemäß den Grundsätzen des BGH muss sich an den materiell-inhaltlichen Gründen orientieren, die für eine Straflosigkeit sprechen. Zentrale Ausgangsüberlegung ist dabei, dass die rechtlich gebotene Beendigung einer rechtswidrigen Zwangsbehandlung keiner Rechtfertigung durch (mutmaßliche) Einwilligung bedarf. Verweigert ein aktuell einwilligungsfähiger Patient die Zustimmung zu einer lebensrettenden Behandlung, so stellt dies kein Tötungsverlangen dar. Für die spätere Feststellung, dass eine zunächst begonnene Behandlung nicht dem Willen des Patienten entspricht, gilt nichts anderes. Daraus folgt, dass ungeachtet der Bezeichnung als (mutmaßliche) „Einwilligung“ durch den BGH, diese nicht als rechtfertigende (mutmaßliche) Einwilligung im Sinne der entsprechenden gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründe verstanden werden darf. Da also keine Einwilligung in die eigene Tötung vorliegt, sondern entweder ein Rechtfertigungsgrund sui generis oder ein Tatbestandsausschlussgrund,²⁸ entsteht auch kein Konflikt zur Einwilligungsschranke des § 216 StGB.

Für eine Straflosigkeit des Behandlungsabbruchs nach Maßgabe des Patientenwillens spricht zudem die eindeutige Wertung der §§ 1901a ff. BGB, wonach die Entscheidung über die Aufnahme und Fortführung auch von lebensnotwendigen Behandlungen unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung materiell allein vom (mutmaßlichen) Willen des Patienten abhängig gemacht werden soll. Diese erst jüngst in das BGB aufgenommenen Normen stehen in klarem Widerspruch zu einer strafrechtlichen Verfolgung desjenigen, der sich um die Einhaltung dieser Normen bemüht, was sich mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung nicht mehr vereinbaren ließe.²⁹

Vor dem Hintergrund dieser materiell-inhaltlichen Überlegungen ist es vorzugswürdig, den Behandlungsabbruch abweichend vom BGH als Fall des Ausschlusses der objektiven Zurechnung zu qualifizieren, da diese voraussetzt, dass der Täter eine rechtlich unerlaubte Gefahr schafft, die sich im Erfolg verwirklicht. In der schlichten Umsetzung des Verbots der Zwangsbehandlung bzw. in der Beendigung eines rechtswidrigen Zustands liegt schon keine unerlaubte Gefahrschaffung durch den Täter.³⁰

Hinweis: Die Lösung über die objektive Zurechnung muss nicht zwingend erörtert werden; es genügt, wenn das Problem der dogmatischen Einordnung des Behandlungsabbruchs mit Blick auf § 216 StGB erkannt und verständlich erörtert wird.

²³ Zu unterscheiden sind vielmehr leidensmindernde (palliative) Maßnahmen mit Lebensverkürzung (bisher: indirekte Sterbehilfe), der Behandlungsabbruch gemäß dem (mutmaßlichen) Willen des Patienten (bisher: passive Sterbehilfe) und die behandlungsunabhängige Tötung auf Verlangen (bisher: aktive Sterbehilfe).

²⁴ BGH MedR 2011, 32 (34).

²⁵ Vgl. Walter, ZIS 2011, 76 (81 ff.).

²⁶ Vgl. Gaede, NJW 2010, 2925 (2927).

²⁷ Vgl. Engländer, JZ 2011, 513 (518).

²⁸ Engländer, JZ 2011, 513 (518).

²⁹ Vgl. Wolfslast/Weinrich, StV 2011, 284 (286).

³⁰ So auch Rissing-van Saan, ZIS 2011, 544 (550).

cc) *Materielle Voraussetzungen für einen straflosen Behandlungsabbruch nach den Grundsätzen des BGH*

Weiter müssten die (materiellen) Voraussetzungen für einen straflosen Behandlungsabbruch nach den Grundsätzen des BGH im vorliegenden Fall erfüllt sein.

(1) *(Mutmaßlicher) Wille des Patienten (§§ 1901a ff. BGB)*

Zentrales materielles Element der vom BGH entwickelten Grundsätze zum Behandlungsabbruch ist dessen Übereinstimmung mit dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen. M war zum betreffenden Zeitpunkt nicht ansprechbar und auch nicht in der Lage, ihren Willen ausdrücklich zu erklären. Fraglich ist insofern, ob die M mit dem Abbruch der künstlichen Beatmung einverstanden war.

(a) *Patientenverfügung als Wille des Patienten*

Eine wirksame Patientenverfügung müsste als vorgezogene Entscheidung des Patienten berücksichtigt werden (vgl. § 1901a Abs. 1 BGB). Da die Patientenverfügung nicht nur ein Indiz für den mutmaßlichen Willen des Patienten darstellt, sondern der ausdrückliche, lediglich vorab erklärte Wille des Patienten ist, wirkt sie für den Arzt unmittelbar verbindlich. Eine Patientenverfügung ist gem. der Legaldefinition des § 1901a Abs. 1 BGB die von einem einwilligungsfähigen Volljährigen für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegte Erklärung darüber, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt.

M hat die vorliegende Erklärung schriftlich und zu einem Zeitpunkt verfasst, in dem an ihrer Einwilligungsfähigkeit keine Zweifel bestanden, sodass die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Patientenverfügung gegeben sind. Die Verfügung regelt auch, dass die T (dem Wunsch der M entsprechend) in einer bestimmten Situation in eine lebenserhaltende medizinische Behandlung nicht einwilligen soll. Patientenverfügungen gelten zeitlich unbegrenzt und unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung (§ 1904a Abs. 3 BGB). Eine wirksame Patientenverfügung liegt somit vor.

Fraglich ist jedoch, ob die Festlegungen in der Verfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen (vgl. § 1901a Abs. 1 BGB), was durch Auslegung zu ermitteln ist. Zum einen enthält sie allein eine Anordnung für den Fall, dass die M sich im Endstadium einer tödlich verlaufenden Krankheit befindet. Vorliegend war die M jedoch bei einem Autounfall verletzt worden. Dies könnte insofern als aliud anzusehen sein, als Patienten im Endstadium einer tödlichen Erkrankung regelmäßig einen längeren Leidensweg hinter sich haben, sodass die Frage, ob eine Weiterbehandlung noch wünschenswert ist, möglicherweise anders als bei dem hier vorliegenden Autounfall zu bewerten ist. Außerdem ergeben die Umstände, unter denen die M die Erklärung abgegeben hatte, dass sie im Wesentlichen die Tumorerkrankung ihrer eigenen Mutter im Blick hatte, als sie die Verfügung verfasste, sie aber keine generelle Aussage über ihre Haltung zu lebenserhaltenden Maßnahmen treffen wollte.

Schließlich sollen laut Patientenverfügung lebenserhaltende Maßnahmen auch nur dann beendet werden, wenn keinerlei Aussicht auf Heilung mehr besteht. A hatte hingegen eine Verbesserung des Gesundheitszustands der M noch nicht völlig ausgeschlossen. Demzufolge betraf die von T vorgelegte Patientenverfügung nicht die vorliegende Behandlungssituation.

Hinweis: Bearbeiter, die verkennen, dass sich die Patientenverfügung nicht auf die vorliegende Behandlungssituation bezieht, müssen im Folgenden wie unter (2) weiterprüfen.

(b) *Mutmaßlicher Wille (§ 1901a Abs. 2 BGB)*

Der Abbruch der Behandlung könnte aber dem mutmaßlichen Willen der Patientin i.S.d. § 1901a Abs. 2 BGB entsprochen haben. Treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung auf die konkrete Lebens- und Behandlungssituation nicht zu, so kommt es nach ständiger Rechtsprechung und nunmehr auch nach § 1901a Abs. 2 BGB darauf an, ob der Behandlungsabbruch dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht. Bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens kommt es auf die persönlichen Wertvorstellungen des Patienten an, wobei insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen zu berücksichtigen sind (vgl. auch § 1901a Abs. 2 S. 2 BGB). Einerseits könnte sich aus dem Umstand, dass M für den Fall, dass sie sich im Endstadium einer tödlich verlaufenden Krankheit befindet, eine Verfügung getroffen hat, eine negative Indizwirkung dahingehend ergeben, für andere Fälle wolle sie gerade keine entsprechende Anordnung treffen. Andererseits lässt die Persönlichkeit der M, die immer als sehr selbstständig und unabhängig galt, darauf schließen, dass sie, hätte sie die vorliegende Situation bei Anfertigung der Patientenverfügung bedacht, eine ähnliche Anordnung getroffen hätte. Dafür spricht auch und vor allem die Äußerung der M gegenüber ihrer Tochter, sie wäre lieber tot, als sich dauerhaft in einem Zustand zu befinden, in dem sie nicht mehr ansprechbar sei und nicht mehr wahrnehme, was um sie herum geschieht. Im Ergebnis deuten daher die überwiegenden Indizien darauf hin, dass die Beendigung der künstlichen Beatmung dem Willen der M entsprach.

(2) *Objektive und subjektive Behandlungsbezogenheit*

Des Weiteren müsste den Ausführungen des BGH folgend sowohl eine objektive als auch eine subjektive Behandlungsbezogenheit gegeben sein.³¹

(a) *Objektive Behandlungsbezogenheit*

Objektive Behandlungsbezogenheit setzt voraus, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist. Da M nach ihrem Autounfall im Koma liegt und nicht mehr in der Lage ist selbstständig zu atmen oder Nahrung aufzunehmen, was ohne ärztliche Behandlung innerhalb kürzester Zeit zu ihrem Tod führen wür-

³¹ Vgl. BGH MedR 2011, 32 (35).

de, ist das Vorliegen einer lebensbedrohlichen Erkrankung zu bejahen. Die Formulierung „lebensbedrohlich erkrankt“ ist weit zu verstehen und erfasst auch Unfallfolgen, die zu einem Zustand führen, der ohne medizinische Behandlung den Tod der Betroffenen zur Folge hätte. Der an T gerichtete Verhaltensvorwurf bezieht sich auf die Beendigung der für M lebensnotwendigen künstlichen Beatmung und somit auf eine Maßnahme, die zur Erhaltung des Lebens der M geeignet war.

(b) Subjektive Behandlungsbezogenheit

Das Erfordernis der subjektiven Behandlungsbezogenheit ist nach der Rechtfertigungslösung des BGH als subjektives Rechtfertigungselement zu verstehen und mithin erfüllt, wenn sich Wissen und Wollen der T gerade auf die Umstände bezog, die die objektive Behandlungsbezogenheit begründen. Sie muss sich insbesondere darüber im Klaren gewesen sein, dass ihr Verhalten dazu diene, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen. T wusste, dass ihre Mutter aufgrund der Unfallfolgen auf die künstliche Beatmung angewiesen war und schnitt den Schlauch des Beatmungsgeräts gerade deshalb durch, um diesen Zustand zu beenden und ihrer Mutter den Tod zu ermöglichen. Somit ist auch eine subjektive Behandlungsbezogenheit zu bejahen.

Hinweis: Folgt man der Lösung über die objektive Zurechnung kann es auf die subjektive Behandlungsbezogenheit streng genommen nicht ankommen; es wäre dann allenfalls an eine Versuchsstrafbarkeit zu denken, wenn der Täter die Umstände, die zum Entfallen der objektiven Zurechnung führen, nicht kennt.

(3) Gerechtfertigt handelnder Personenkreis

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt eine Rechtfertigung nur dann in Betracht, wenn der Behandlungsabbruch von dem behandelnden Arzt selbst, dem Betreuer, dem Bevollmächtigten oder deren Hilfspersonen, die in die Behandlung mit einbezogen sind, durchgeführt wird.³² T ist aufgrund der Patientenverfügung von M zu ihrer Bevollmächtigten eingesetzt worden und zählt somit zu dem genannten Personenkreis.

Hinweis: Sofern die in der Patientenverfügung enthaltene Vorsorgevollmacht mit guter Begründung als eng auf die in der Verfügung genannte Behandlungssituation begrenzt angesehen wird, muss diskutiert werden, ob die Begrenzung auf den vom BGH genannten Personenkreis überzeugend ist, wobei beide Ansichten vertretbar sind. Die Bedeutung der Verfahrensregeln der §§ 1901a ff. BGB muss dann aber gegebenenfalls hilfsgutachtlich geprüft werden.

(4) Zwischenergebnis

Die materiellen Voraussetzungen für einen straflosen Behandlungsabbruch gem. den Grundsätzen des BGH liegen vor.

dd) Bedeutung der Verfahrensregelungen der §§ 1901a ff. BGB im Strafrecht

Zur Ermittlung des Patientenwillens wurde durch das 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz in den §§ 1901a ff. BGB ein eigenes Verfahren geschaffen. Umstritten ist, inwieweit die zivilrechtlichen Verfahrensregelungen der §§ 1901a ff. BGB im Strafrecht Beachtung finden müssen. Diese Frage muss jedoch nur dann entschieden werden, wenn ein Verstoß gegen jene Vorschriften festzustellen ist.

(1) Voraussetzungen der §§ 1901a ff. BGB

A hat als behandelnder Arzt festgestellt, welche Maßnahmen zur Behandlung der M medizinisch indiziert sind (vgl. § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB) und diese sodann mit der T als deren Bevollmächtigten diskutiert (vgl. § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB). Treffen, wie hier, die Festlegungen einer Patientenverfügung auf die aktuelle Behandlungssituation nicht zu, so hat der Bevollmächtigte die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme einwilligt oder sie untersagt (vgl. § 1901a Abs. 2 S. 1 BGB). Auch dies hat T getan und sich sodann auf Grundlage des von ihr ermittelten Willens ihrer Mutter M für den Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung entschieden. Indes verlangt § 1904 Abs. 2 i.V.m. Abs. 5 BGB für den Fall, dass die begründete Gefahr besteht, dass der Patient aufgrund des Abbruchs der Maßnahme stirbt, eine Genehmigung durch das Betreuungsgericht. Diese ist vorliegend nicht eingeholt worden. Mangels Konsens zwischen Arzt und Bevollmächtigter war dies auch nicht gem. § 1904 Abs. 4 i.V.m. Abs. 5 BGB entbehrlich. Es liegt mithin ein Verstoß gegen die Verfahrensvorschrift des §§ 1904 Abs. 2 und Abs. 4 i.V.m. Abs. 5 BGB vor.

(2) Auswirkungen eines Verstoßes gegen die Verfahrensregelungen der §§ 1901a ff. BGB im Strafrecht

Nach Ansicht des BGH enthalten die Vorschriften der §§ 1901a ff. BGB verfahrensrechtliche Absicherungen, die den Beteiligten bei der Ermittlung des Patientenwillens und der Entscheidung über einen Behandlungsabbruch Rechts- und Verhaltenssicherheit bieten sollen und auch für das Strafrecht Wirkung entfalten.³³ Durch sie solle nicht nur das Selbstbestimmungsrecht des Patienten (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), der aufgrund der Erkrankung nicht mehr in der Lage ist, seinen Willen zu bilden, verwirklicht werden, sondern auch gleichgewichtig dem menschlichen Leben der gebotene Schutz zukommen.³⁴ Ferner müssten die §§ 1901a ff. BGB auch unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung im Strafrecht berücksichtigt werden.

³² BGH MedR 2011, 32 (36); vgl. auch Rengier (Fn. 3), § 7 Rn. 8.

³³ BGH NStZ 2011, 274 (276).

³⁴ BGH MedR 2011, 32 (34).

Im Anschluss an diese nicht ganz eindeutigen Ausführungen des BGH im Kölner Fall vertreten Teile der Literatur, dass die Einhaltung der Verfahrensregelungen der §§ 1901a ff. BGB eine materielle Voraussetzung des rechtfertigenden Behandlungsabbruchs mit der Folge bilde, dass Behandlungsabbrüche, bei denen die verfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 1901a ff. BGB verletzt wurden, nicht gerechtfertigt seien.³⁵ Für diese Ansicht spricht vor allem der Gedanke des Grundrechtsschutzes durch Verfahren. Gerade die großzügige Zulassung der Möglichkeit des straflosen Behandlungsabbruchs durch Nicht-Ärzte birgt Gefahren für das Lebensrecht von Patienten, die nach einer verfahrensrechtlichen Absicherung verlangen. Andernfalls drohen Fallkonstellationen wie diejenige des Kölner Falls, in denen selbstberufene Patientenrechtsaktivisten sich anmaßen den vermeintlichen Patientenwillen im Wege der „Selbstjustiz“ auch dann unmittelbar und irreversibel umzusetzen, wenn die Ermittlung des Willens des Patienten noch weiterer sorgfältiger Auslegung bedarf oder einem Abbruch gar klar entgegensteht.

Gegen die Transformation der verfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 1901a ff. BGB in materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen einer strafrechtlichen Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs (prozedurale Strafbegründung bzw. -rechtfertigung) bestehen indes erhebliche Bedenken.³⁶ Nach bisher allgemeiner Auffassung kann es für die Frage der Strafbarkeit eines Behandlungsabbruchs nach §§ 212, 216 StGB nur darauf ankommen, ob dieser materiell dem (mutmaßlichen) Willen des Patienten entspricht (materielle Strafbegründung). Es ist nicht nachvollziehbar, dass sich aus einem bloßen Verstoß gegen zivilrechtliche Verfahrensregeln des Betreuungsrechts eine Strafbarkeit nach §§ 212, 216 StGB ergeben soll. Schon aufgrund seines geringeren Unrechtsgehalts kann ein Verfahrensverstoß als solcher nicht die Strafbarkeit wegen eines Tötungsdeliktes begründen.³⁷ In der Missachtung einer Verfahrensvorschrift liegt für sich genommen kein derart gewichtiges und strafwürdiges Fehlverhalten, dass darauf eine Bestrafung nach den Tatbeständen der §§ 211 ff. StGB gestützt werden könnte.³⁸ Damit wird nicht bestritten, dass die Nichteinhaltung der betreuungsrechtlichen Regelungen die Gefahr der Verfehlung des Patientenwillens in sich birgt. Allein der Gesetzlichkeitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG: „nullum crimen, nulla poena sine lege“) erfordert jedoch, dass der Gesetzgeber immer dann, wenn er die Einhaltung bestimmter Verfahrensvorschriften strafrechtlich absichern möchte, er dies ausdrücklich im Wege eines hinreichend bestimmten Strafgesetzes umsetzt. Ein Beispiel hierfür stellt etwa § 218b Abs. 1 StGB dar. Andernfalls würde das Erfolgsdelikt des § 212 Abs. 1 StGB in ein Gefährdungsdelikt umgedeutet werden. Im Übrigen bergen Verstöße gegen die Verfahrensvorschriften der §§ 1901a ff. BGB bereits ohne selbständige strafrechtliche Absicherung

ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko für den Fall, dass sich ex post ergibt, dass der Behandlungsabbruch nicht dem (mutmaßlichen) Willen des Patienten entsprach.

Im Ergebnis sprechen daher die besseren Argumente dafür, dass die Nichteinhaltung der Verfahrensvorschriften der §§ 1901a ff. BGB die strafrechtliche Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs nicht ausschließt.

Hinweis: Die Bearbeiter müssen nicht auf namentlich genannte Ansichten in der Literatur eingehen; erwartet wird aber, dass mehrere Argumente für und gegen eine unmittelbare Bedeutung der Verfahrensvorschriften der §§ 1901a ff. BGB im Strafrecht diskutiert werden; beide Ansichten sind mit Gründen vertretbar.

ee) Zwischenergebnis

Der Abbruch der Behandlung der M durch T ist nach den Grundsätzen des BGH zum Behandlungsabbruch straflos. Der BGH nimmt eine Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs durch die mutmaßliche Einwilligung der M an. Tatsächlich entfällt bei einem Behandlungsabbruch gemäß dem mutmaßlichen Willen des Patienten bereits die objektive Zurechnung und damit die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung (s.o.).

4. Ergebnis

T hat sich nicht gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Tötung auf Verlangen durch das Durchschneiden des Beatmungsschlauchs, § 216 StGB

Für § 216 StGB kann nichts anderes gelten als für § 212 StGB, sodass sich eine Prüfung erübrigt.

III. Sachbeschädigung am Beatmungsschlauch, § 303 StGB

Die Sachbeschädigung am Beatmungsschlauch ist durch Nothilfe, § 32 StGB gerechtfertigt, da die künstliche Ernährung und Beatmung der M gegen ihren mutmaßlichen Willen nach st. Rspr. eine rechtswidrige Zwangsbehandlung darstellt, die als gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht der M gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG zu qualifizieren ist (s.o.).³⁹

Hinweis: Denkbar wäre allenfalls eine Einschränkung der Gebotenheit der Notwehr aufgrund der Wertungen der Verfahrensregelungen der §§ 1901a ff. BGB, die bei Zweifeln über den Willen des Patienten die Beteiligung des Betreuungsgerichts vorsehen und damit für die Zwischenphase vom Grundsatz in dubio pro vita ausgehen; nach den oben getroffenen Feststellungen zur strafrechtlichen Bedeutung der Verfahrensregelungen der §§ 1901a ff. BGB wäre diese Konstruktion allerdings inkonsistent.

Gesamtergebnis

T ist straflos.

³⁹ Vgl. BGH MedR 2011, 32 (33).

³⁵ Walter, ZIS 2011, 76 (80 ff.); Gaede, NJW 2010, 2925 (2927).

³⁶ Vgl. Verrel, NSTZ 2011, 274 (277); Rosenau (Fn. 2), S. 547 (S. 563); Engländer, JZ 2011, 513 (519).

³⁷ Vgl. Verrel, NSTZ 2011, 274 (277); Rosenau (Fn. 2), S. 547 (S. 563).

³⁸ Vgl. Rissing-van Saan, ZIS 2011, 544 (548).

Entscheidungsbesprechung

Euro-Rettung und Demokratieprinzip

Der Deutsche Bundestag darf seine Budgetverantwortung nicht durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure übertragen. Insbesondere darf er sich, auch durch Gesetz, keinen finanzwirksamen Mechanismen ausliefern, die – sei es aufgrund ihrer Gesamtkonzeption, sei es aufgrund einer Gesamtwürdigung der Einzelmaßnahmen – zu nicht überschaubaren haushaltsbedeutsamen Belastungen ohne vorherige konstitutive Zustimmung führen können. (Amtlicher Leitsatz)

GG Art. 20, 23, 38, 79

*BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10*¹

I. Ausgangslage und Relevanz

Die Frage nach den Handlungsspielräumen nationaler Politik in Zeiten europäischer und globaler Krisen ist Gegenstand aktueller Diskussionen. Dies betrifft insbesondere die deutsche Beteiligung an den verschiedenen Versuchen zur Rettung in Not geratener Euro-Staaten. Am 7.9.2011 hat das Bundesverfassungsgericht insoweit „grünes Licht“ gegeben. Die Entscheidung ist nicht nur von aktueller verfassungsrechtlicher Relevanz, sondern berührt auch die grundlegende Frage nach dem Verhältnis des Grundgesetzes zur europäischen Integration.

Zur Frage, welche Schritte die EU mit ihrem Selbstverständnis als einer „immer engeren Union“ (Art. 1 Abs. 2 EUV) gehen kann, ohne mit den Vorgaben des Grundgesetzes zu kollidieren, hat das Bundesverfassungsgericht verschiedentlich Stellung genommen. Als der Vertrag von Maastricht 1992/1993 die Europäische Union schuf und neue Felder wie die Außen- und Sicherheitspolitik besetzte, stellte sich erstmals die Frage nach dem Verhältnis der europäischen Ebene zur (deutschen) Staatlichkeit. Traditionelle Muster aus der Lehre der Staatenverbindungen passten nicht auf die an Substanz stetig zulegende EU: Das Stadium eines lockeren Staatenbundes hatte die EU längst hinter sich gelassen. Andererseits wurde der Schritt zur eigenen (Bundes-)Staatlichkeit der Union bewusst nicht getan. Es fehlt der EU weiterhin an der für die zentrale Ebene im Bundesstaat typischen Kompetenz-Kompetenz, also der Möglichkeit, sich aus eigener Kraft neue Zuständigkeiten zu schaffen. Das Bundesverfassungsgericht löste das Spannungsfeld zwischen einer EU, die mehr als ein Staatenbund, aber weniger als ein Bundesstaat ist, begrifflich mit der Neuschöpfung des „Staatenverbundes“, verstanden als einer historisch vorbildlosen Kooperation

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110907_2bvr0987_10.html (zuletzt abgerufen am 9.12.2011). Abgedruckt ist sie u.a. in NJW 2011, 2946 und JZ 2011, 1004; s.a. die Besprechung von Piecha, ZJS 2011, 544.

eigener Art.² Das passte einerseits zum europafreundlichen Art. 23 GG mit seinem Bekenntnis zur europäischen Einigung, respektierte aber andererseits die nationale Souveränität. In der späteren Entscheidung zum Lissabonner Vertrag von 2009³ präzisierte das Bundesverfassungsgericht seinen Kontrollvorbehalt gegenüber weiteren Schritten der europäischen Integration. Unter der Geltung des Grundgesetzes seien die deutschen Verfassungsorgane nicht befugt, durch einen Eintritt in einen europäischen Bundesstaat das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes und die staatliche Souveränität preiszugeben. Zwar zeigte das Scheitern des Europäischen Verfassungsvertrages 2005 die Problematik großangelegter Reformschritte in der EU. Befürchtungen gehen aber dahin, eine dauerhafte Kompetenzverschiebung könnte sich gleichsam durch die Hintertür einschleichen: durch eine kleinteilige, aber stetige Verlagerung von Kompetenzen, weg von den Mitgliedstaaten und hin zur zentralen EU-Ebene. In diesen Kontext ist das Verfahren um die Griechenland-Hilfen und den Euro-Rettungsschirm einzuordnen.

II. Verfahrensgegenstand und Entscheidung

Griechenland, Mitglied der EU und der Euro-Zone, bekam Anfang 2010 zunehmende Schwierigkeiten, seine Staatsanleihen auf den Finanzmärkten zu platzieren. Die Staatsverschuldung war auf 125 % des BIP gestiegen und damit auf mehr als das Doppelte des für die Euro-Zone geltenden Referenzwertes von 60 %. Die Märkte reagierten mit Herabstufung der griechischen Kreditwürdigkeit und Risikoauflagen für griechische Staatsanleihen. Griechenland beantragte Finanzhilfen der EU und des IWF. Die Staaten der Euro-Gruppe erklärten ihre Bereitschaft, 80 Milliarden Euro als Finanzhilfe in Form von Krediten zur Verfügung zu stellen. Der deutsche Anteil daran betrug 22,4 Milliarden Euro. Um die erforderlichen Maßnahmen auf nationaler Ebene zu treffen, verabschiedete der Deutsche Bundestag am 7.5.2010 das Währungsunion-Finanzstabilitätsgesetz⁴, in welchem das Bundesministerium der Finanzen zur Übernahme von Bürgschaften in Höhe dieser 22,4 Milliarden Euro ermächtigt wird. Zwei Wochen später, am 21.5.2010, verabschiedete der Deutsche Bundestag ein weiteres Gesetz zur Schaffung eines „Euro-Rettungsschirms“. Das Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetz⁵ schuf den nationalen Rechtsrahmen für die deutsche Beteiligung an der als Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) bekannt gewordenen Zweckgesellschaft, die u.a. Staatsanleihen notleidender Euro-Staaten aufkaufen darf. Der Umfang der deutschen Beteiligung belief sich (zur Zeit des hier gegenständlichen Verfahrens) auf 123 Milliarden Euro, zuzüglich eines Aufschlags für Notfälle in Höhe von 20 %. Die beiden Gesetze begründeten also eine

² BVerfGE 89, 155. Zur Diskussion um die Rechtsnatur der EU *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 1 EUV Rn. 27 ff.

³ BVerfGE 123, 267; in der ZJS besprochen von Haratsch, ZJS 2010, 122 und als Übungsfall aufbereitet von Stöber/Wendel, ZJS 2010, 73.

⁴ BGBl. I 2010, S. 537.

⁵ BGBl. I 2010, S. 627.

Einstandspflicht des Bundes in Höhe von maximal rund 170 Milliarden Euro.⁶ Mittels ihrer Verfassungsbeschwerden machten sechs Privatpersonen geltend, die Maßnahmen verstießen gegen das Grundgesetz. Im Kern ging es um die Frage, ob die Beschwerdeführer in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 38 GG verletzt sind. Dieses Wahlrecht des Bürgers war bereits in den Verfahren zur Verfassungsmäßigkeit der Verträge von Maastricht und Lissabon der Schlüssel für die Zulässigkeit der Beschwerden gewesen. Das Bundesverfassungsgericht sieht durch Art. 38 GG nicht nur die dort genannten Wahlrechtsgrundsätze als geschützt an. Darüber hinaus entnimmt es dem Art. 38 GG einen Anspruch des Bürgers dahingehend, dass dem von ihm gewählten Bundestag keine substanziellen Befugnisse entzogen werden dürfen. Nach dieser Interpretation darf der Bundestag als Volksvertretung keine Kernbereiche politischer Selbstbestimmung aufgeben. Im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts ist dies nicht nur ein objektivrechtliches Prinzip, sondern einklagbar für den Bürger: Art. 38 GG wird zum Grundrecht auf Demokratie. Diese materielle Aufladung des Art. 38 GG hatte bereits nach der Maastricht- und verstärkt nach der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts viel Kritik erfahren.⁷ Der *Zweite Senat* zitiert in seinem jüngsten Urteil die aus der Staatsrechtslehre dagegen vorgebrachten Einwände,⁸ hält aber ausdrücklich daran fest. Bekräftigt wird die Verknüpfung des Wahlrechts mit der Menschenwürde und letztlich die Konstruktion eines individuell einklagbaren Rechts auf die souveräne Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland: „Gegen eine mit Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbare Entäußerung von Kompetenzen durch das Parlament selbst muss sich der Bürger verfassungsgerichtlich zur Wehr setzen können“.⁹

Den Einstieg in die Prüfung der Begründetheit der Verfassungsbeschwerden liefert dann der so verstandene Art. 38 GG in seiner skizzierten Verbindung mit dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG. Komplettiert wird dieser Ansatz dadurch, dass er die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG einbezieht,¹⁰ welche als absolute Grenze zum Schutz der Kernbereiche der Verfassung – hier des Demokratieprinzips – dient. Mit diesem Prüfungsprogramm bewegt sich das jüngste Urteil in den durch die Lissabon-Entscheidung vorgezeichneten Bahnen. Die konkrete Frage lautete nun, ob die beanstandeten Gesetze dazu führen, dass der Deutsche Bundestag zentrale Aufgaben nicht mehr wahrnehmen kann, denn dann läge eine Selbstentmachtung der Volksvertretung vor, zu der sie nicht befugt ist: „Das Wahlrecht ist verletzt, wenn sich der Deutsche Bundestag seiner parlamentarischen Haushaltsverantwortung dadurch entäu-

bert, dass er oder zukünftige Bundestage das Budgetrecht nicht mehr in eigener Verantwortung ausüben können“.¹¹ Im Anschluss an Ausführungen zur großen Bedeutung der parlamentarischen Haushaltsverantwortung stellt das Bundesverfassungsgericht fest: „Vor diesem Hintergrund darf der Deutsche Bundestag seine Budgetverantwortung nicht durch unbestimmte haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure übertragen“.¹² Angesprochen wird sodann, welchen Kontrollmaßstab die Verfassungsgerichtsbarkeit in diesen sensiblen finanzpolitischen Fragen anzulegen hat. Der *Zweite Senat* übt hier Zurückhaltung: „Das Bundesverfassungsgericht hat sich bei der Feststellung einer verbotenen Entäußerung der Haushaltsautonomie im Hinblick auf den Umfang der Gewährleistungsübernahme auf evidente Verletzungen zu beschränken und namentlich mit Blick auf das Eintrittsrisiko von Gewährleistungen einen Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers zu respektieren“.¹³ Eine vollständige Realisierung des Gewährleistungsrisikos würde den Bund mit 170 Mrd. Euro belasten; das wäre mehr als die Hälfte des jährlichen Bundeshaushalts. Diese Risiken waren natürlich bereits im Gesetzgebungsverfahren thematisiert worden. Der Bundestag hatte sie mehrheitlich als haushaltswirtschaftlich beherrschbar angesehen. Eben diese Einschätzung erklärt das Bundesverfassungsgericht nun als verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden: „Die angegriffenen Gesetze entfalten keine normativen Vorgaben, die bei der gebotenen Gesamtbetrachtung das Prinzip der dauerhaften Haushaltsautonomie untergraben könnten“.¹⁴ Akuten Bedarf sieht das Gericht nur im Hinblick auf die verfassungskonforme Auslegung einer Verfahrensvorschrift im Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetz: Die Rechte des Bundestages werden insoweit gestärkt, als die Bundesregierung vor der Übernahme von Gewährleistungen (von Notfällen abgesehen) die vorherige Zustimmung des Haushaltsausschusses einzuholen hat.¹⁵

III. Würdigung

Die Reaktionen auf das Urteil waren überwiegend positiv. In Bundesregierung und Bundestag war man erleichtert, dass die Gesetze die letzte Hürde genommen hatten, für die Beschwerdeführer war es ein Erfolg, dass Karlsruhe Grenzen für künftige Beteiligungen an Euro-Rettungsaktionen aufgezeigt hatte. Eben dies könnte für das Bundesverfassungsgericht zum Problem werden. Die bewusst tief gelegten Schwellen zur Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden in diesem Bereich, die Verknüpfung von Wahlrecht mit Demokratie und Ewigkeitsklausel, werden auch künftig Kläger nach Karlsruhe führen, welche eine weitere europäische Integration nicht oder zumindest „so nicht“ wollen. Die bereits beschlossene Erweiterung des deutschen Garantierahmens innerhalb des EFSF und seine diskutierte „Hebelung“ auf ein Billionen-Volumen, die für 2013 vorgesehene Ablösung durch den dauerhaften Europäischen Stabilisierungsmecha-

⁶ Ende September 2011 erhöhte sich der deutsche Anteil am EFSF durch die Erweiterung des Rettungsschirms auf bis zu 253 Mrd. Euro.

⁷ Eine „erratische Überhöhung der Bedeutung dieser Vorschrift“ beklagt *Schönberger*, *Der Staat* 48 (2009), 535 (542).

⁸ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a., Rn. 101.

⁹ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a., Rn. 101.

¹⁰ Kritisch dagegen (zum Lissabon-Urteil) *Jestaedt*, *Der Staat* 48 (2009), 498 (505 ff.).

¹¹ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a., Rn. 120.

¹² BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a., Rn. 125.

¹³ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a., Rn. 130.

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a., Rn. 138.

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a., Rn. 141.

nismus (ESM), die Errichtung einer Europäischen Wirtschaftsregierung oder die denkbare Einführung von Euro-Bonds zur Staatsfinanzierung sind mögliche Gegenstände künftiger Verfahren. Die auch im jüngsten Urteil wieder erhobenen Forderungen nach Stärkung des Bundestages als des Ortes der Demokratie sind Forderungen, mit denen sich viele, aber nicht alle künftigen Konflikte geschmeidig lösen lassen. Mit seiner Aussage im Lissabon-Urteil, das Grundgesetz schließe eine Beteiligung Deutschlands an der Errichtung eines europäischen Bundesstaates aus, hat das Bundesverfassungsgericht eine problematische Festlegung getroffen. Sein Ansatz impliziert, dass der Staatenverbund EU tendenziell auf dem Sprung zum klassischen Bundesstaat ist, dass der Punkt, an dem die „rote Linie“ zum Bundesstaat überschritten wird, definiert und eben dieses Überschreiten durch eine Intervention aus Karlsruhe verhindern werden kann. Dieser Ansatz verbaut der EU Entwicklungsmöglichkeiten und lässt dem Bundesverfassungsgericht letztlich nur die Wahl zwischen zwei unbefriedigenden Optionen: Entweder es riskiert eines Tages den großen Konflikt, mit unabsehbaren Konsequenzen, wenn ein kontroverses europäisches Projekt tatsächlich an Deutschland scheitern würde. Oder das Gericht zieht sich hinter die selbstaufgerichteten Mauern einer „Evidenzkontrolle“ zurück,¹⁶ respektiert im Zweifel die Einschätzungsspielräume der Politik und besetzt die Rolle des notorischen „Bis-hierher-und-nicht-weiter“-Mahners.

Das Urteil zur Euro-Rettung lässt nicht erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht seine Position zu den Entwicklungsperspektiven der EU überdenken will und etwa dem „Europaartikel“ 23 GG eine größere Rolle einzuräumen gedenkt. An dieser Stelle bringt das Urteil zu den Euro-Rettungshilfen nichts Neues, das Gericht bleibt seinen 2009 niedergelegten Denkmustern verbunden. Auch neuere Aussagen aus Kreisen des Gerichts lassen nicht darauf schließen, dass eine Änderung dieser Rechtsprechung bevorsteht.¹⁷ Eine mutige deutsche Europapolitik müsste also weiter damit rechnen, dass ihr Karlsruhe in den Arm fällt. Das Bundesverfassungsgericht mag mit dieser „Drohung“ aber auch etwas anderes bezwecken, nämlich die bislang nie geführte große Debatte über das Ziel der europäischen Integration anzustoßen.¹⁸ Der vom Gericht gewiesene Ausweg aus den im

Grundgesetz errichteten Integrationsschranken führt über eine Volksabstimmung nach Art. 146 GG.

Prof. Dr. Carsten Doerfert, Bielefeld

¹⁶ Diesen Weg ging das Bundesverfassungsgericht in seiner Honeywell-Entscheidung vom 6.7.2010, als es um die Ausübung der „ultra-vires“-Kontrolle, also die mögliche Verwerfung kompetenzwidrig erlassener Rechtsakte der EU ging, BVerfGE 126, 286, abrufbar unter:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html (zuletzt abgerufen am 9.12.2011).

¹⁷ BVerfG-Präsident *Voßkuhle*: „Mehr Europa lässt das Grundgesetz kaum zu“, FAZ v. 25.9.2011, abrufbar unter:

<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/europas-schuldenkrise/im-gespraech-andreas-vosskuhle-mehr-europa-laesst-das-grundgesetz-kaum-zu-11369184.html>

(zuletzt abgerufen am 9.12.2011).

¹⁸ Insoweit ist in der Politik in jüngster Zeit einiges in Bewegung geraten: „Von der Leyen fordert die Vereinigten Staaten von Europa“, Spiegel Online v. 27.8.2011, abrufbar unter:

<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,782879,00.html> (zuletzt abgerufen am 9.12.2011).

Entscheidungsbesprechung

Zur Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung bei der Putativnotwehr

Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich dazu berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, das eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet. Der Angegriffene muss sich nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen, wenn deren Abwehrwirkung zweifelhaft ist.

Diese Grundsätze gelten auch für die Verwendung einer Schusswaffe. Nur wenn mehrere wirksame Mittel zur Verfügung stehen, hat der Verteidigende dasjenige Mittel zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist. Wann eine weniger gefährliche Abwehr geeignet ist, den Angriff zweifelsfrei und endgültig abzuwehren, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

Unter mehreren Abwehrmöglichkeiten ist der Verteidigende zudem nur dann auf die für den Angreifer weniger gravierende verwiesen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. In der Regel ist der Angegriffene bei einem Schusswaffeneinsatz zwar gehalten, den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen oder vor einem tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Einsatz zu versuchen. Die Notwendigkeit eines Warnschusses kann aber nur dann angenommen werden, wenn ein solcher Schuss auch dazu geeignet gewesen wäre, den Angriff endgültig abzuwehren. Reicht aber ein Warnschuss nicht aus, um den Angriff endgültig abzuwehren, so ist auch der sofortige tödliche Schusswaffeneinsatz gerechtfertigt. (Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 212, 16, 32, 33

BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11*

I. Sachverhalt¹

Der Angeklagte A war der für Disziplin und Ordnung zuständige „Sergeant at Arms“ im „Chapter B“ des Motorrad- und Rockerclubs „Hells Angels“. Im Februar und März 2010 kursierten in Rockerkreisen Gerüchte, dass ein Mitglied des Motorradclubs „Bandidos“ ein Mitglied der verfeindeten „Hells Angels“ töten oder zumindest schwer verletzen wolle, um sich einen Aufnäher mit dem Schriftzug „Expect no Mercy“ sowie eine Prämie von 25.000 Euro zu verdienen. Zuvor war am 8.10.2009 von X, der Mitglied der „Hells Angels“ war, ein Mitglied der „Bandidos“ erschossen worden. Auf-

grund glaubhafter Informationen des Z, seinerseits als sog. „Hangaround“ Anwärter auf eine Vormitgliedschaft bei den „Bandidos“, der aber zugleich Kontakte zu Mitgliedern der „Hells Angels“ unterhielt, war A schließlich davon überzeugt, dass ein Mitglied der „Bandidos“ tatsächlich einen Angriff auf ein Mitglied der „Hells Angels“ plane.

In der Zwischenzeit ermittelten die Strafverfolgungsbehörden wegen anderer Taten gegen Mitglieder der „Hells Angels“. Das zuständige Amtsgericht erließ zehn Durchsuchungsbeschlüsse gegen verschiedene Mitglieder der „Hells Angels“. Einer der Beschlüsse betraf die Durchsuchung von Wohnhaus und Fahrzeug des A. Ziel der Maßnahme war das Auffinden von Beweismitteln. Aus taktischen Gründen sollten alle Durchsuchungen zur gleichen Zeit stattfinden. Weil A als gewaltbereit eingeschätzt wurde und – mit behördlicher Erlaubnis – über Schusswaffen verfügte, beschloss das Landeskriminalamt, dass ein Spezialeinsatzkommando eingesetzt werden solle, um gewaltsam in das Haus des A einzudringen, diesen im Schlaf zu überraschen, eine „stabile Lage“ herzustellen und eine ungestörte Durchsuchung zu ermöglichen. Dazu wurden zehn Beamte des Spezialeinsatzkommandos kurz vor 6.00 Uhr am 17.3.2010 am Zugriffsort eingesetzt. Sie umstellten das Haus des A, wodurch Fluchtmöglichkeiten ausgeschlossen wurden. Fünf Beamte, denen das Eindringen in das Haus als erste Einsatzkräfte oblag, postierten sich an der Vorderfront nahe der Eingangstür dicht an der Hauswand. Darunter befand sich der Beamte B als Türöffnungsspezialist. B sollte mit einem hydraulischen Gerät das Türschloss sowie zwei Zusatzverriegelungen zerstören, die A nach früheren Einbrüchen in sein Haus angebracht hatte, die Tür dann mit einer Ramme aus dem Rahmen drücken und so das Eindringen ermöglichen. Alle Beamten waren bewaffnet, mit Sturmhauben zur Tarnung und mit Helmen nebst Visier sowie Schutzwesten mit der Aufschrift „Polizei“ ausgerüstet. In einiger Entfernung hielten sich weitere Einsatzkräfte der Sondereinheit, ein Notarztteam, der Einsatzleiter und der ermittelnde Staatsanwalt sowie Beamte der Polizei bereit.

Der Einsatz begann um 6.00 Uhr bei Dämmerung. Im Haus des A brannte kein Licht. Die Rollläden der Fenster waren ganz oder teilweise geschlossen. Der Beamte B setzte, vor der Haustür kniend, das hydraulische Gerät zur Türöffnung zwischen Zarge und Türblatt an und bediente die Hydraulik, worauf eine der Verriegelungen mit lautem Knacken zerbrach. B brachte das Gerät danach an der rechten Türseite in Höhe des Türschlosses an, das sodann wiederum mit lautem Knacken aufgebrochen wurde. Schließlich musste in einem dritten Arbeitsgang noch eine letzte Türverriegelung an der Oberkante der Tür geöffnet werden. Die Ramme zum Eindringen der Tür wurde bereits herbeigeholt.

Inzwischen war A, der zusammen mit seiner Verlobten im Obergeschoss geschlafen hatte, von dieser geweckt worden, weil sie Geräusche gehört hatte. A versuchte vergeblich, durch das Schlafzimmerfenster Personen zu erkennen, er hörte aber Geräusche sowie Stimmen an der Haustür. Er nahm an, dass er das Opfer des angekündigten Überfalls der „Bandidos“ werden sollte. Er nahm eine Pistole, über die er mit behördlicher Waffenbesitzerlaubnis verfügte, lud sie mit einem Magazin mit acht Patronen und betätigte den Licht-

* Die Entscheidung ist abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.

¹ In der Entscheidung des BGH spielen außerdem Fragen der versuchten Nötigung, der versuchten räuberischen Erpressung, der Bedrohung sowie des strafbefreienden Rücktritts vom Versuch der räuberischen Erpressung eine Rolle. Diese Fragen bleiben hier ausgeblendet.

schalter für die Beleuchtung von Flur und Treppe. Seine Verlobte, die ihm folgen wollte, wies er an, ins Schlafzimmer zurückzugehen, die Tür zu schließen und mit dem Mobiltelefon ihre Mutter und seinen Bruder von dem Überfall zu benachrichtigen. Er ging dann die Treppe hinab und nahm wahr, dass trotz des eingeschalteten Lichts weiter an der Haustür gearbeitet wurde. Die Beamten hatten über die Hörsprecheinrichtung ihrer Helme die Meldung „Licht“ erhalten, gingen aber gleichwohl weiter verdeckt vor und gaben sich nicht zu erkennen. Aus der Fortsetzung der Aufbruchstätigkeiten an der Haustür trotz Einschaltung der Beleuchtung im Hause schloss A, dass es sich nicht um normale Einbrecher handelte, sondern um den befürchteten, gegen sein Leben und das seiner Verlobten gerichteten Angriff von „Bandidos“. Es kam ihm nicht in den Sinn, dass es sich um einen Polizeieinsatz handeln könne. Durch zwei Ornamentgläser in der Haustür konnte er keine Einzelheiten erkennen, nahm aber Umrisse einer Person wahr. Er blieb am Treppenabsatz in Deckung stehen und rief: „Verpisst euch“. Die Beamten hörten dies jedoch nicht und setzten das Aufbrechen der Haustür fort. In dieser von ihm als lebensbedrohlich empfundenen Situation gab A, der damit rechnete, er könne alsbald durch die Tür oder sofort nach dem unmittelbar drohenden Aufbrechen der Tür von den Angreifern beschossen werden, zu seiner Verteidigung zwei Schüsse auf die Tür ab, die der Bewegung der Person folgten, die sich an der Tür zu schaffen machte und die sich gerade aus gebückter Position aufrichtete. Bei der Schussabgabe nahm A billigend in Kauf, dass ein Mensch tödlich getroffen werden könnte. Der erste Schuss, der 111,5 cm über dem Boden die Haustür durchschlug, ging fehl; der zweite durchschlug 121 cm über dem Boden die Tür und traf den Beamten B unter den erhobenen linken Arm. Das Geschoss drang durch die Öffnung des Schutzpanzers am Oberarm in den Brustkorb ein und verletzte B tödlich. Nun rief ein anderer Beamter: „Sofort aufhören zu schießen. Hier ist die Polizei.“ A legte die Waffe sofort weg, lief zum Fenster und rief: „Wie könnt ihr so was machen? Warum habt ihr nicht geklingelt? Wieso gebt ihr euch nicht zu erkennen?“ Er ließ sich widerstandslos verhaften.

Das Landgericht hat die Handlung des A als Totschlag bewertet. Auf die Revision des A hat der BGH das Urteil insoweit aufgehoben und ihn vom Vorwurf des Totschlags freigesprochen.

II. Einführung

Das Urteil des 2. Strafsenats des BGH hat bereits unmittelbar nach Bekanntwerden „bundesweit für Aufregung und Empörung gesorgt“.² So hat der rheinland-pfälzische Innenminister Roger Lewentz das Urteil „scharf kritisiert“. Der Richterspruch Sorge nicht für eine Befriedung und ermuntere Schwerstkriminelle zu ihrem „asozialen Tun“. Als Bürger und Dienstherr der Polizei fühle er sich nicht imstande, dieses

² Vgl. z.B. Berliner Morgenpost v. 5.11.2011, abrufbar unter <http://www.morgenpost.de/printarchiv/panorama/article1816968/Polizistenmord-Empoerung-ueber-Freispruch-fuer-Hells-Angels-Rocker.html>.

Urteil zu akzeptieren.³ Dass die Boulevardpresse den – zugegebenermaßen tragischen – Fall zum Anlass nimmt, über eine von jeglicher juristischer Kenntnis unbefleckte Berichterstattung an die niedersten Instinkte ihrer Leser zu appellieren („BGH lässt Polizisten-Killer laufen“⁴), kann man als Wissenschaftler (und sicher auch als BGH-Richter) nur bedauern. Auch die Tatsache, dass die politisch motivierten Äußerungen eines Nichtjuristen natürlich ihre ganz eigene Zweckbestimmung haben, tröstet kaum. Dass selbst ein seriöses Medium wie die altehrwürdige Frankfurter Allgemeine Zeitung einem vermeintlich professionellen Kommentar, in dem das Urteil für die Polizisten als „Schlag ins Gesicht“ und als „Freibrief“ für die „Milieukriege“ der Rocker bezeichnet wird,⁵ im Politikteil Platz einräumt, zeugt freilich nicht nur von der besorgniserregenden Fachfremdheit mancher Journalisten, sondern belegt auf alarmierende Weise auch, dass es einer hochspezialisierten Wissenschaft heute kaum noch möglich scheint, ihren komplexen Gegenstand allgemeinverständlich und mit dem Anspruch auf Akzeptanz oder gar Konsens in die (nichtjuristische) Gesellschaft zu transportieren.

Tatsächlich hat der BGH auf dem Boden der Tatsachenfeststellungen des Tatgerichts sehr gut vertretbar einen sog. Erlaubnistatumsirrtum angenommen. Dieser Irrtum führt nach ganz herrschender und richtiger Meinung dazu, dass die Vorsatzschuld entfällt. Der Täter kann sich damit nicht wegen eines Vorsatzdelikts strafbar gemacht haben. Befindet der Täter sich aber in einem Erlaubnistatumsirrtum, spielt es keine Rolle und darf es eben auch keine Rolle spielen, ob er Mitglied der „Hells Angels“ oder Präsidiumsmitglied des Arbeitersamariterbundes ist. Handelt er auch nicht fahrlässig, so bleibt er straflos.

III. Zum Inhalt der Entscheidung

Das Landgericht hat eine Strafbarkeit des A wegen Totschlags gem. § 212 StGB bejaht und dabei insbesondere das Vorliegen einer tatsächlichen Notwehrlage gem. § 32 StGB mit dem Hinweis auf die Rechtmäßigkeit des Polizeieinsatzes verneint.⁶ Auch ein rechtfertigender Notstand gem. § 34 StGB, ein Strafausschließungsgrund wegen Notwehrüberschreitung gem. § 33 StGB sowie ein Schuldausschließungsgrund gem. § 35 StGB werden abgelehnt.⁷ Ein möglicher Verbotsirrtum sei jedenfalls vermeidbar gewesen.⁸ Eine Putativnotwehr gem. §§ 32, 16 Abs. 1 StGB wird mit der Begründung abgelehnt, dass auch im Rahmen einer nur vermeintli-

³ Siehe Fn. 2.

⁴ Vgl. den – im Hinblick auf die Wiedergabe des BGH-Urteils auch juristisch unzutreffenden – Beitrag v. 3.11.2011 <http://www.bild.de/news/inland/hells-angels/freispruch-nach-todesschuss-auf-elite-polizist-20804084.bild.html>.

⁵ *Eppelsheim*, in: FAZ v. 6.11.2011, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/gerichtsurteil-ein-freibrief-11518822.html>.

⁶ BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11, Rn. 10.

⁷ BGH (Fn. 6), Rn. 10.

⁸ BGH (Fn. 6), Rn. 10.

chen Notwehrhandlung der sofortige Schusswaffeneinsatz gegen einen Menschen nicht geboten gewesen sei. Vielmehr habe zuvor ein Warnschuss abgegeben werden müssen.⁹

Der BGH widerspricht insoweit der Auffassung des Landgerichts und bejaht das Vorliegen eines „Erlaubnistatbestandsirrtums“¹⁰. Dabei lässt er die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Polizeieinsatzes (aus guten Gründen?) bewusst offen und rekurriert sogleich auf einen Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes. Auf dem Boden der – irrigen – Vorstellung des A „wäre der sogleich auf eine Person gerichtete Schusswaffeneinsatz als erforderliche Notwehrhandlung gerechtfertigt gewesen.“¹¹ Ein solcher Irrtum ist für den BGH ein Erlaubnistatbestandsirrtum, der entsprechend § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zum Ausschluss der Vorsatzschuld führt.¹² Auch eine damit immer noch mögliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gem. § 222 StGB lehnt der BGH ab, da A nur dann Fahrlässigkeit vorzuwerfen wäre, wenn er seinen Irrtum über die Identität und Absicht der Angreifer hätte vermeiden können. Dies sei aufgrund der Umstände des Falles aber ausgeschlossen gewesen.¹³ Da keine weiteren Feststellungen zu erwarten seien, die zu einem anderen Ergebnis führen könnten, sprechen die BGH-Richter A frei.¹⁴

IV. Bewertung der Entscheidung

Der Freispruch des A ist im Ergebnis richtig. Vor der Annahme eines „Erlaubnistatbestandsirrtums“ stellt sich allerdings sogar die Frage, ob eine Strafbarkeit des A nicht bereits aus vorrangigen Gründen ausscheiden muss. Während die Bejahung des Tatbestandes des § 212 StGB nur einige wenige Anmerkungen verlangt (sogleich unter 1.), lässt sich vor dem Hintergrund des mitgeteilten Sachverhaltes gar eine Rechtfertigung wegen Notwehr gem. § 32 StGB diskutieren (unter 2.). Erst anschließend – nach einem kurzen Rekurs auf § 33 StGB (unter 3.) – kann auf das Vorliegen eines Irrtums des A eingegangen werden (unter 4.).

1. Tatbestandsmäßigkeit i.S.d. § 212 StGB

Der BGH geht ebenso wie das Landgericht ohne jegliche Problematisierung davon aus, dass A durch die Abgabe des tödlichen Schusses den Tatbestand des Totschlags gem. § 212 StGB erfüllt hat. Das ist jedenfalls vor dem Hintergrund der einen Erlaubnistatbestandsirrtum bejahenden Ansicht des BGH richtig, bedarf aber in zweierlei Hinsicht der Präzisierung:

Zum einen lässt sich nach der Schilderung des Sachverhaltes durchaus über das Mordmerkmal der Heimtücke diskutieren. Diese Diskussion musste der BGH nicht führen, weil er mit der Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums ohnehin zur Straflosigkeit des A kommt. Insofern wären Ausführungen hierzu im Urteil schlicht überflüssig. Das gilt ebenso

für die studentische Bearbeitung des Falles im strafrechtlichen Gutachten, sofern man der Auffassung des BGH vom Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums folgt oder – vgl. den Text sogleich unter 2. – bereits aufgrund einer Rechtfertigung nach § 32 StGB zur Annahme der Straflosigkeit kommt. Wer hier sogleich § 211 StGB prüft und das Vorliegen eines Mordmerkmals problematisiert, läuft Gefahr, wertvolle Zeit mit der Erörterung von Umständen zu vergeuden, die letztlich keine Rolle spielen.¹⁵ Wenn man freilich – wie das Tatgericht, das die Strafbarkeit des A wegen Totschlags gem. § 212 StGB ja bejaht hat – einen Strafbarkeitsausschluss verneint, besteht durchaus Anlass, über das Mordmerkmal der Heimtücke nachzudenken. Denn nach dem Sachverhalt ist jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, dass A die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit des B zur Tötung ausgenutzt haben könnte.¹⁶

Zum anderen stellt sich die Frage, welche Rolle es spielt, dass A sich über die Identität des Angreifers geirrt hat. Zu dieser Frage äußert die Entscheidung des BGH sich – wie durchaus nicht unüblich¹⁷ – schon gar nicht. Für die Richter ist es offenbar keine Erwähnung mehr wert, dass ein solcher error in persona sich auf den Vorsatz des Täters dann nicht auswirkt, wenn – wie hier – zwischen dem vorgestellten Angreifer (Mitglied der „Bandidos“) und dem tatsächlich getroffenen Opfer (Polizeibeamter B) tatbestandliche Gleichwertigkeit besteht. Da bei einem solchen Identitätsirrtum der Täter den äußeren Tatumstand – bei dem anvisierten Tatobjekt handelt es sich um einen Menschen i.S.d. § 212 StGB – zutreffend erkannt hat, liegt eine Fehlvorstellung des Täters vor, die für die Frage des Vorliegens des Tötungsvorsatzes irrelevant ist.¹⁸ Das gilt auch für die Fälle der nur „mit-

¹⁵ Das kann man freilich auch anders sehen und in der Tat gehen die Empfehlungen in der Ausbildungsliteratur in solchen Fällen durchaus auseinander. Ist der Sachverhalt erkennbar auf eine Erörterung der Mordmerkmale angelegt, sollte man diese daher auch dann problematisieren, wenn die Strafbarkeit im Ergebnis etwa wegen Notwehr oder eines Erlaubnistatbestandsirrtums ausscheidet.

¹⁶ Zu den Voraussetzungen der Heimtücke vgl. nur *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 191 ff. Dann würde man sich allerdings auch mit einigen Folgeproblemen – etwa einer eventuell angezeigten restriktiven Handhabung des Heimtückemerkmals (vgl. dazu *Küper* [a.a.O.], S. 199 ff.) – auseinanderzusetzen haben. Nach dem Sachverhalt – A hatte zu diesem Zeitpunkt das Licht angeschaltet – liegt es freilich näher, davon auszugehen, dass B durchaus mit einem Angriff auf seine körperliche Unversehrtheit bzw. gar sein Leben rechnete und also nicht i.S.d. § 211 StGB arglos war.

¹⁷ Vgl. z.B. den bekannten „Rechtsanwalts“-Fall BGHSt 39, 195. Dazu jüngst ausführlich *Rotsch*, in: Heinrich/Jäger u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 377 (378 ff.). Zur Fallbearbeitung *Rotsch*, in: Rotsch/Nolte/Peifer/Weitemeyer, Die Klausur im Ersten Staatsexamen, 2003, S. 269 (276).

¹⁸ *Rotsch* (Fn. 17), Die Klausur im Ersten Staatsexamen, S. 276. Vgl. aus der Lehrbuchliteratur *Kühl*, Strafrecht, All-

⁹ BGH (Fn. 6), Rn. 10.

¹⁰ BGH (Fn. 6), Rn. 20.

¹¹ BGH (Fn. 6), Rn. 22.

¹² BGH (Fn. 6), Rn. 21.

¹³ BGH (Fn. 6), Rn. 25.

¹⁴ BGH (Fn. 6), Rn. 26.

telbaren“ Individualisierung, wenn der Täter das Opfer nicht sinnlich wahrgenommen hat.¹⁹ Der Irrtum über die Person desjenigen, den A durch die geschlossene Haustür erschießt, kann A also nicht entlasten.

2. Rechtfertigung gem. § 32 StGB

Die Frage nach dem Vorliegen eines „Erlaubnistatbestandsirrtums“ stellte sich freilich dann schon gar nicht, wenn die Voraussetzungen des § 32 StGB tatsächlich – also nicht nur nach der Vorstellung des A – gegeben gewesen wären. Eine Rechtfertigung i.S.d. § 32 StGB hat zur Voraussetzung, dass eine Notwehrlage und eine Notwehrhandlung vorliegen.

a) Die Notwehrlage

Eine Notwehrlage setzt einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf rechtlich geschützte Güter oder Interessen voraus; die Notwehrhandlung muss sich gegen den Angreifer richten und objektiv erforderlich sowie normativ geboten sein.²⁰ Damit kann bereits eine Notwehrlage nicht vorliegen, wenn der Angriff rechtmäßig erfolgt. Wann ein Angriff rechtswidrig ist, ist freilich sehr umstritten. Während zum Teil auf den Erfolgsunwert abgestellt und für entscheidend gehalten wird, ob der Angegriffene den bevorstehenden Erfolg dulden muss,²¹ beurteilen andere das Verhalten des Angreifers danach, ob es einen Verhaltensunwert verwirklicht.²² Dieser Widerspruch zu den Ge- und Verboten als rechtlichen Verhaltensnormen besteht auch in dem Fall nur fahrlässigen Verhaltens, weshalb mindestens objektiv sorgfaltswidriges Verhalten gefordert wird.²³ Ein Unterschied zwischen beiden Auffassungen besteht vor allem in denjenigen Fällen, in denen jemand zwar die Rechtsgüter anderer durch sein Verhalten bedroht, sich dabei aber den rechtlichen Verhaltensregeln entsprechend verhält, also etwa die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einhält.²⁴

Die Frage spielt in unserem Fall dann keine Rolle, wenn das Eingreifen des Spezialeinsatzkommandos nicht von einer strafprozessualen Eingriffsnorm gedeckt ist.²⁵ Denn in diesem Fall liegt nach allen Ansichten ein rechtswidriger Angriff vor.

Zwar weisen die Richter zu Recht darauf hin, dass § 164 StPO ein Einschreiten nur gegen eine tatsächlich vorliegende oder konkret bevorstehende Störung der Durchsuchung ge-

stattet.²⁶ Da hierfür keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, scheidet jedenfalls § 164 StPO als Ermächtigungsgrundlage für das Vorgehen der Polizei aus. Der BGH wirft sodann aber auch Zweifel bezüglich der Vereinbarkeit des Polizeieinsatzes „in seiner konkreten Gestalt“ mit den Voraussetzungen der §§ 102 ff. StPO auf. Unter Hinweis auf BGHSt 51, 211 weist der 2. Senat darauf hin, dass es sich bei einer Durchsuchung um eine grundsätzlich offene Maßnahme handelt, weshalb der 3. Senat in dem in Bezug genommenen Beschluss vom 31.1.2007 es auch ablehnt, eine heimliche Online-Durchsuchung auf die Ermächtigungsgrundlage des § 102 StPO zu stützen.²⁷ Allerdings erfasst § 105 StPO als Annexkompetenz bei der Anordnung der Durchsuchung nach h.M. sämtliche Maßnahmen, die typischerweise zur Erreichung des Anordnungszwecks notwendig sind.²⁸ Das gilt jedenfalls insoweit, als die in Rede stehende Maßnahme, die – wie hier – auch in dem gewaltsamen Zutritt zum Durchsuchungsobjekt bestehen kann,²⁹ verhältnismäßig ist.³⁰ Mit der Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung durch Art. 13 GG erfährt die räumliche Lebenssphäre des einzelnen einen besonderen grundrechtlichen Schutz. Durchsuchungsmaßnahmen enthalten einen erheblichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen. Sie sind insbesondere dann nicht verhältnismäßig, wenn sie nicht erforderlich sind, wenn also andere, weniger einschneidende Maßnahmen zur Verfügung stehen.³¹ Offensichtlich beschleicht den BGH ein un gutes Gefühl, weil die Beamten des Spezialeinsatzkommandos sich selbst nach dem Einschalten des Lichts durch A nicht zu erkennen gegeben hatten und weiter verdeckt vorgehen. Selbst das Landgericht äußert ausdrücklich die Auffassung, der Entschluss, auch noch nach diesem Zeitpunkt weiter verdeckt vorzugehen und sich nicht zu erkennen zu geben,

²⁶ BGH (Fn. 6), Rn. 19. Vgl. LG Frankfurt am Main, Beschl. v. 26.2.2008 – 5/26 Qs 6/08 = Beck RS 2008, 05006 mit Anm. Jahn, JuS 2008, 649.

²⁷ BGHSt 51, 211. Vgl. insoweit *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, § 12 Rn. 253c. An § 104 StPO scheitert die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nicht, da die Vorschrift sich nur auf nächtliche Hausdurchsuchungen bezieht und § 104 Abs. 3 StPO die Nachtzeit im fraglichen Zeitraum zwischen dem 1. Oktober und 31. März beschränkt auf die Stunden von neun Uhr abends bis sechs Uhr morgens. Daraus erklärt sich auch, weshalb mit dem Beginn des Polizeieinsatzes bis sechs Uhr morgens gewartet wurde.

²⁸ *Löffelmann*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Hrsg.), Anwaltkommentar StPO, 2. Aufl. 2010, § 105 Rn. 9.

²⁹ *Löffelmann* (Fn. 28), § 105 Rn. 9.

³⁰ BVerfGE 20, 162 (186 f.); LG München StraFo 2009, 146; *Schäfer*, in: Löwe/Rosenberg, Strafprozessordnung, 25. Aufl. 2003, 29. Lfg., § 105 Rn. 58; *Amelung*, in: Wassermann (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung, Reihe Alternativkommentare, Bd. 2, Teilbd. 1, §§ 94-212b, 1992, § 105 Rn. 38; *Müller*, Rechtsgrundlagen und Grenzen zulässiger Maßnahmen bei der Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen, 2003, S. 72.

³¹ BVerfGE 96, 44 (54).

gemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 13 Rn. 18 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 173 ff.

¹⁹ *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, § 7 Rn. 255.

²⁰ Vgl. statt aller *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 8 Rn. 325 ff., 333 ff.

²¹ Vgl. etwa *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 8 Rn. 331.

²² *Roxin*, Strafrecht (Fn. 18), § 15 Rn. 14; *Sinn*, GA 2003, 96 (105 ff.).

²³ Vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 55.

²⁴ *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 56.

²⁵ Vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 70 ff.

„erscheine [...] nachträglich als Fehleinschätzung“³². Dies ändere jedoch nichts an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.³³

Ganz so einfach wird man es sich freilich nicht machen können. Tatsächlich liegt hier ein schwieriges Problem verborgen: Nach ganz überwiegender Meinung ist das Vorliegen der Notwehrlage objektiv ex post zu bestimmen.³⁴ Es kommt also darauf an, dass ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff zum Zeitpunkt der Abwehrhandlung tatsächlich vorlag.³⁵ Damit entsteht nun aber eine nicht einfach aufzulösende Kollision mit demjenigen Beurteilungsmaßstab, der für die Frage nach der Rechtmäßigkeit der staatlichen Eingriffsmaßnahme gilt. Hält man – wie hier – für zutreffend, dass – und sei es auf dem Boden eines eigenständigen strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs³⁶ – eine polizeiliche Zwangsmaßnahme nur dann rechtmäßig sein kann, wenn sie verhältnismäßig ist,³⁷ so ist die dann in den Blick geratende Erforderlichkeit des polizeilichen Vorgehens richtigerweise objektiv ex ante zu beurteilen.³⁸ Das führt zu der Situation, dass die Notwehrlage objektiv ex post, die auf die Rechtswidrigkeit des Angriffs zurückwirkende Frage der Erforderlichkeit der Eingriffshandlung im Rahmen von deren Verhältnismäßigkeit aber objektiv ex ante zu beurteilen ist. Damit lässt sich jedenfalls nicht argumentieren, dass die durchgeführte Maßnahme deshalb nicht verhältnismäßig gewesen sein kann, weil sich nachträglich herausgestellt hat, dass die Maßnahme nicht hätte durchgeführt werden müssen, da auch ein milderer Eingriff gleichermaßen zum Erfolg geführt hätte. Ob nun aber gegebenenfalls das objektiv ex ante getroffene Urteil der Verhältnismäßigkeit des Polizeieinsatzes die Annahme der objektiv ex post zu beurteilenden Rechtswidrigkeit des Angriffs zu hindern vermag, ist hiermit noch nicht geklärt.

Die beschriebene Kollision träte freilich dann schon gar nicht auf, wenn man auch unter Zugrundelegung einer objektiven ex ante-Perspektive zu dem Ergebnis gelangte, dass der Polizeieinsatz nicht erforderlich und damit nicht verhältnismäßig war. In diesem Fall wäre dann auch die Rechtswidrigkeit des Angriffs zu bejahen. Ein genauerer Blick lässt nun aber tatsächlich kaum einen anderen Schluss zu: Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der polizeilichen Maßnahme ist nämlich nicht etwa auf deren Beginn abzustellen – zu diesem Zeitpunkt mag das Vorgehen aus der Sicht eines objektiven Beobachters noch erforderlich gewesen sein –; maßgebend ist vielmehr in zeitlicher Hinsicht der Moment, in dem A sich gegen den Angriff wehrt, also die beiden Schüsse auf B abgibt. Zu diesem Zeitpunkt hatte A aber das Licht bereits eingeschaltet, wovon die Beamten des Spezialeinsatz-

kommandos auch über die Hörsprecheinrichtung ihrer Helme Mitteilung erhalten hatten. Spätestens jetzt hätten die Beamten ihr verdecktes Vorgehen aufgeben und sich zu erkennen geben müssen. Der Entschluss, auch noch nach diesem Zeitpunkt verdeckt vorzugehen, erweist sich daher nicht nur – wie das Landgericht glaubt – „nachträglich als Fehleinschätzung“, vielmehr ist er bereits aus einer objektiven ex ante-Sicht falsch.

Hält man mit dieser Argumentation das Vorgehen der Polizeikräfte für rechtswidrig, so ist aber an der Notwehrsituation des A nicht zu zweifeln. Denn dann droht mindestens eine nicht mehr von der Rechtsordnung gedeckte Verletzung des Hausrechts, des Eigentums und der Fortbewegungsfreiheit des A. Dieser rechtswidrige Angriff ist auch gegenwärtig, da er unmittelbar bevorsteht.³⁹

b) Die Notwehrhandlung

Vor diesem Hintergrund könnte A demnach bereits gerechtfertigt sein. Hierzu müsste er sich gegen den gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriff im Rahmen seines Notwehrrechts gem. § 32 StGB gewehrt haben. Zweifel hieran bestehen deshalb, weil A ohne weiteres seine Schusswaffe eingesetzt hat. So hat das Landgericht – im Rahmen der Erörterung der Putativnotwehr – denn auch die Erforderlichkeit der konkreten Abwehrhandlung des A verneint: Der sofortige Schusswaffeneinsatz sei nicht zulässig gewesen, zuvor wäre die Abgabe eines Warnschusses erforderlich gewesen.⁴⁰ Da der BGH die Frage ebenso wie das Landgericht erst im Rahmen der Putativnotwehr erörtert, muss er sich fragen, ob auf dem Boden der irrigen Vorstellung des A, Mitglieder der „Bandidos“ trachteten ihm nach dem Leben, der Schusswaffeneinsatz des A als erforderliche Notwehrhandlung gerechtfertigt gewesen wäre.⁴¹ Bejaht man hingegen die Notwehrlage des A, stellt das Problem sich bereits auf der Ebene der Rechtswidrigkeit; inhaltlich geht es aber grundsätzlich um dieselbe Frage.

In strafrechtsdogmatischer Hinsicht ist es durchaus erstaunlich, dass das Tatgericht die Erforderlichkeit des sofortigen Schusswaffeneinsatzes durch A verneint hat. Der Sachverhalt bietet dem BGH nämlich in der Tat Anlass, seine ständige Rechtsprechung zur Erforderlichkeit der Notwehrhandlung zu bestätigen. So besteht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ebenso wie in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur seit geraumer Zeit Einigkeit, dass der Täter sich auch bei einem gezielt tödlichen Schusswaffeneinsatz nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen muss, wenn deren Abwehrwirkung zweifelhaft ist.⁴² Da das ursprüngliche Aggressionspotential vom Angreifer ausgeht, sind Rechtsprechung und Literatur bei der Beurteilung der Erforderlichkeit zugunsten des Verteidigers großzügig.⁴³ Wird die Person rechtswidrig angegrif-

³² BGH (Fn. 6), Rn. 10.

³³ BGH (Fn. 6), Rn. 10.

³⁴ Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, Vor §§ 32 ff. Rn. 10a.

³⁵ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 32 Rn. 27.

³⁶ Vgl. hierzu Lenckner (Fn. 34), Vor §§ 32 ff. Rn. 86.

³⁷ Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 34), § 113 Rn. 27.

³⁸ Lenckner (Fn. 34), Vor §§ 32 ff. Rn. 86; Eser (Fn. 37), § 113 Rn. 27.

³⁹ Zur Gegenwärtigkeit des Angriffs i.S.d. § 32 StGB siehe nur Wessels/Beulke (Fn. 19), § 8 Rn. 328.

⁴⁰ BGH (Fn. 6), Rn. 10.

⁴¹ BGH (Fn. 6), Rn. 22. Siehe dazu noch unten 4.

⁴² BGH (Fn. 6), Rn. 23.

⁴³ Wessels/Beulke (Fn. 19), § 8 Rn. 335 m.w.N.

fen, so ist sie grundsätzlich dazu berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, das eine endgültige Beseitigung der Rechtsgutsbedrohung gewährleistet.⁴⁴ Nur wenn dem Angegriffenen mehrere wirksame Abwehrmaßnahmen zur Verfügung stehen, hat er das für den Angreifer am wenigsten gefährliche zu wählen.⁴⁵ Dabei ist freilich die konkrete „Kampflage“ entscheidend.⁴⁶ Stehen dem Angegriffenen mehrere Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung, bleibt ihm aber keine Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage, so darf er das für den Angreifer gefährlichste anwenden.⁴⁷ Bei einem Schusswaffeneinsatz bedeutet dies zwar in der Regel, dass der Angegriffene den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen bzw. vor einem möglicherweise tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Einsatz zu versuchen hat. Reicht aber ein Warnschuss oder etwa ein Schuss ins Bein des Angreifers nicht aus, um den Angriff endgültig abzuwehren, so ist auch der sofortige tödliche Schusswaffeneinsatz gerechtfertigt.⁴⁸ Da die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung – wie die Erforderlichkeit der polizeilichen Maßnahme, s.o. – objektiv ex ante zu beurteilen ist,⁴⁹ lässt sich an dieser Stelle nicht einwenden, dass A tatsächlich nicht von Mitgliedern der „Bandidos“, sondern von Polizeibeamten angegriffen wurde, A sich also tatsächlich jedenfalls nicht gegen eine Bedrohung seines Lebens wehrte. Solange der Polizeieinsatz als solcher aus der ex ante-Sicht eines besonnenen Beobachters in der Lage des Angegriffenen nicht erkennbar ist, ist auch der sofortige Schusswaffeneinsatz von der Notwehrvorschrift des § 32 StGB gedeckt.⁵⁰

Fragen lässt sich dann immer noch danach, ob der konkrete Sachverhalt einen Anlass dafür bietet, hier – über das Merkmal der Gebotenheit – ausnahmsweise eine Begrenzung des Notwehrrechts vorzunehmen. Eine solche „sozialethische“ Einschränkung der Notwehr⁵¹ kommt hier allerdings nicht bereits deshalb in Betracht, weil das von A beeinträchtigte und das verteidigte Rechtsgut in einem groben Missverhältnis stünden.⁵² Denn eine Verteidigung der über Art. 13 GG verfassungsrechtlich geschützten räumlichen Lebenssphäre (s.o.) durch die Tötung des Angreifers wird man nicht per se für unzulässig halten können. Allerdings wird in der Literatur eine Einschränkung des Notwehrrechts in denjenigen Fällen diskutiert, in denen – wie hier – mit der Abwehrhandlung Widerstand gegen rechtswidrig vorgehende Hoheitsträger geleistet wird. Zwar wird zum Teil aus dem Um-

stand, dass der solchermaßen rechtswidrig Angegriffene sich nicht wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 StGB strafbar machen kann, pauschal auch das Notwehrrecht des Betroffenen bejaht.⁵³ Von anderen Literaturstimmen wird eine solche grundsätzliche Anerkennung einer Rechtfertigung über § 32 StGB unter Hinweis auf den strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff allerdings mit der Begründung abgelehnt, dass ein Verstoß gegen eine wesentliche Förmlichkeit im Rahmen einer hoheitlichen Maßnahme zwar die fehlende Strafwürdigkeit einer Widerstandshandlung i.R.d. § 113 StGB begründe, nicht hingegen folge aus dieser fehlenden Strafwürdigkeit notwendig ein Notwehrrecht.⁵⁴ Allerdings fehlt es in unserem Fall nicht lediglich an der Einhaltung einer wesentlichen Förmlichkeit; vielmehr macht das Vorgehen des Spezialeinsatzkommandos die gesamte Maßnahme unverhältnismäßig (s.o.). Im Ergebnis spricht daher mehr dafür, eine Einschränkung des Notwehrrechts über die Gebotenheit der Abwehrhandlung abzulehnen.

Trägt man diese Erwägungen mit, so bleibt A bereits deshalb straflos, weil er wegen Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt ist. Führt man sich die Reaktionen „bundesweiter Empörung“ (s.o.) auf den Freispruch wegen der Annahme eines „Erlaubnistatbestandsirrtums“ vor Augen, so lässt sich die Zurückhaltung des BGH bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit des Polizeieinsatzes mithin als durchaus salomonisch bezeichnen.

3. Entschuldigung wegen Überschreitung der Notwehr gem. § 33 StGB

Verneint man bei gegebener Notwehrlage die Gebotenheit der Abwehrreaktion des A, kommt eine von der herrschenden Meinung grundsätzlich anerkannte⁵⁵ Entschuldigungsmöglichkeit gem. § 33 StGB in Betracht. Denn nach dem Sachverhalt hat A aus Furcht vor einem Angriff auf sein Leben durch Mitglieder der „Bandidos“ gehandelt.

Lehnt man hingegen eine Notwehrlage für A mangels Vorliegens eines rechtswidrigen Angriffs durch die Beamten des Spezialeinsatzkommandos ab, scheidet eine Entschuldigung über § 33 StGB aus. Denn wenn die Notwehrlage tatsächlich überhaupt nicht gegeben ist, kommt nur eine Putativnotwehr in Betracht.⁵⁶ Diese richtet sich nach den allgemeinen Irrtumsregeln:

4. Irrtum über rechtfertigende Umstände

Nur dann also, wenn man das Vorliegen einer Notwehrlage für A ablehnt, weil man den Einsatz der Polizeibeamten für rechtmäßig hält und deshalb die Rechtswidrigkeit des Angriffs verneint, kommt ein Irrtum über rechtfertigende Umstände in Betracht. Der BGH ist dieser Lösungsmöglichkeit wohl insbesondere auch aus ökonomischen Gründen gefolgt.

⁴⁴ BGH (Fn. 6), Rn. 23.

⁴⁵ BGH (Fn. 6), Rn. 23.

⁴⁶ BGH NJW 1991, 503 (504).

⁴⁷ BGH (Fn. 6), Rn. 23. I.d.S. bereits zuvor z.B. BGHR StGB § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 17.

⁴⁸ BGH (Fn. 6), Rn. 23, unter Hinweis auf BGH StV 1993, 241 (242).

⁴⁹ Vgl. BGH NJW 1989, 3027; *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 8 Rn. 337.

⁵⁰ Vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 8 Rn. 337 f.

⁵¹ Zu den „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts“ vgl. grundsätzlich *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 157 ff.

⁵² Zu dieser Fallgruppe vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 7 Rn. 171 ff.

⁵³ *Schäfer* (Fn. 30), § 105 Rn. 27; *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 54. Aufl. 2011, § 105 Rn. 11.

⁵⁴ *Amelung* (Fn. 30), § 105 Rn. 34; *ders.*, JuS 1986, 335 f.

⁵⁵ BGH NJW 1995, 973.

⁵⁶ *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 10 Rn. 448.

Denn mit der Bejahung des Irrtums scheidet eine Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Totschlags gem. § 212 StGB im Ergebnis ohnehin aus, so dass die Richter sich nicht mit der Frage nach der Verhältnismäßigkeit der strafprozessualen Eingriffsmaßnahme auseinandersetzen mussten. Unter dogmatischen Gesichtspunkten ist dieses Vorgehen freilich bedauerlich, fehlen in der Strafprozessordnung doch konkrete Regeln zu den Voraussetzungen des eigentlichen Durchsuchungsvorgangs,⁵⁷ deren Klarstellung durch den *Senat* in casu man sich gewünscht hätte. Da bei der Erörterung des Irrtums nunmehr die Vorstellung des A zugrunde zu legen ist, tritt die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Polizeieinsatzes hier auch nicht wieder auf, da A ja gerade davon ausging, er werde von verfeindeten Mitgliedern der „Bandidos“ angegriffen.

a) Terminologie und Voraussetzungen

Gemeinhin wird der Irrtum über rechtfertigende Umstände als „Erlaubnistatbestandsirrtum“ bezeichnet.⁵⁸ Auch der BGH verwendet diese Formulierung.⁵⁹ Abgesehen davon, dass die Bezeichnung „Erlaubnistatumsirrtum“ treffender ist,⁶⁰ ist sie – was häufig verkannt wird – nur und erst als Ergebnis der Einordnung des Irrtums über rechtfertigende Umstände zulässig. Denn es ist gerade die Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände als Erlaubnistatumsirrtum, über die heftig gestritten wird.⁶¹ Wer – wie die strenge Schuldtheorie – den Irrtum über rechtfertigende Umstände als Verbotsirrtum gem. § 17 StGB behandelt, sinnt naturgemäß nicht darüber nach, wie der Erlaubnistatumsirrtum einzuordnen ist. Die herrschende Meinung behandelt den Irrtum über rechtfertigende Umstände bekanntlich als Erlaubnistatumsirrtum, der in analoger Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB die Vorsatzschuld entfallen lässt.⁶² Im Übrigen ist zu beachten – auch dies stellt einen häufigen Fehler in studentischen Übungsarbeiten dar –, dass die Vorstellung des Täters stets darauf überprüft wird, ob nach ihr sämtliche Voraussetzungen des in Frage stehenden Rechtfertigungsgrundes gegeben sind.⁶³

b) Der Irrtum des A

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse ist der Freispruch des A durch den BGH nicht zu beanstanden. A hat sich zunächst eine Notwehrlage i.S.d. § 32 StGB vorgestellt, da er von einem gegenwärtigen (nämlich unmittelbar bevorstehenden)

rechtswidrigen Angriff auf sein Leben ausging. Nach seiner Vorstellung hat er sich auch im Rahmen seiner Notwehrbefugnisse gehalten. Insbesondere war vor dem Hintergrund seines Irrtums der sofortige tödliche Schusswaffeneinsatz des A erforderlich und geboten: Die im Rahmen einer tatsächlichen Rechtfertigung nach § 32 StGB noch virulenten Zweifel (s.o. 2. b) spielen hier keine Rolle mehr.

Nach den Feststellungen des Tatgerichts zum Sachverhalt konnte A bezüglich der Tötung des B auch keine Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden.⁶⁴ Auch insoweit schwingt ein deutlicher Vorwurf der BGH-Richter im Hinblick auf „das konkrete Vorgehen der Polizei“⁶⁵ mit. Völlig zu Recht wird der Irrtum des A aufgrund der Vorgehensweise des Spezialeinsatzkommandos für unvermeidbar gehalten. Denn nach den „lückenlosen Feststellungen des Landgerichts“ ging A „mit plausiblen Gründen von einem lebensbedrohenden Angriff der „Bandidos“ aus [...]“⁶⁶ Weil die Polizeibeamten sich nach dem Einschalten des Lichts durch A nicht zu erkennen gaben und wegen ihres verdeckten Vorgehens hatte A keine Möglichkeit, rechtzeitig zu erkennen, dass er nicht etwa von verfeindeten Rockern angegriffen wurde, sondern es sich um einen Polizeieinsatz handelte.⁶⁷ Der Freispruch des A ist damit die zwingende Folge.

V. Bedeutung und Relevanz des Urteils für das Studium

Bei dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt handelt es sich um einen Fall, der das Zeug zum „Strafrechtsklassiker“ hat. Er eignet sich hervorragend zur Prüfung der Relevanz eines Identitätsirrtums sowie zur Problematisierung der Rechtswidrigkeit des Angriffs im Rahmen der Notwehrlage gem. § 32 StGB, wobei zugleich sehr elegant verfahrensrechtliche Fragen, auch solche grundlegender Art wie diejenige nach der Verhältnismäßigkeit einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme, diskutiert werden können. Das Merkmal der Erforderlichkeit der Notwehrhandlung kann an ihm ebenso „abgeprüft“ werden wie die schwierige Ausnahmekonstellation einer Einschränkung des Notwehrrechts. Und im Rahmen des Erlaubnistatumsirrtums – eine der prüfungstechnisch am schwierigsten zu bewältigenden Rechtsfiguren überhaupt – tauchen diese Fragen dann „versubjektiviert“ wieder auf. Nicht zuletzt lassen sich mit dem kriminalpolitischen Aspekt des Urteils ganz grundlegende Fragen des Strafrechts – etwa nach dem Sinn und Zweck von Strafe oder dem Verhältnis von Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik – verbinden. Daher: Ein Fall von höchster Examensrelevanz!

⁵⁷ *Amelung* (Fn. 30), § 105 Rn. 26.

⁵⁸ Vgl. z.B. *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 11 Rn. 457.

⁵⁹ BGH (Fn. 6), Rn. 20.

⁶⁰ *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 9, 67.

⁶¹ Zur Prüfung im Gutachten vgl. *Rotsch* (Fn. 17), S. 280 f. Zu den unterschiedlichen Auffassungen zur rechtlichen Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände vgl. *Kühl* (Fn. 18), § 13 Rn. 70 ff. (dort freilich ebenfalls missverständlich unter der Überschrift „rechtliche Behandlung des Erlaubnistatumsirrtums“ erörtert).

⁶² *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 11 Rn. 478.

⁶³ Zu den typischen Fehlern bei der Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände im Gutachten *Gasa*, JuS 2005, 890 (lesen!).

⁶⁴ Zur Rechtsfolge des Erlaubnistatumsirrtums auf dem Boden der herrschenden rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie vgl. zunächst *Gasa*, JuS 2005, 895; siehe ausführlicher *Wessels/Beulke* (Fn. 19), § 11 Rn. 467 ff.

⁶⁵ BGH (Fn. 6), Rn. 19.

⁶⁶ BGH (Fn. 6), Rn. 25.

⁶⁷ BGH (Fn. 6), Rn. 25.

VI. Weiterführende Literaturhinweise

1. Zum error in objecto: *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 13 Rn. 17 ff.
2. Zu den Voraussetzungen der Notwehrlage: *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, § 8 Rn. 325 ff.
3. Zur Verhältnismäßigkeit strafprozessualer Zwangsmaßnahmen: BVerfGE 96, 44 (54); BVerfG NJW 2011, 1859; *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2011, Rn. 406 ff.
4. Zur Erforderlichkeit der Notwehrhandlung bei tödlichem Schusswaffeneinsatz: BGH NStZ 1991, 32.
5. Zur Gebotenheit als „sozialethischer Einschränkung“ des Notwehrrechts: *Kühl* (wie oben 1.), § 7 Rn. 157 ff.
6. Zum Irrtum über rechtfertigende Umstände als Erlaubnistatumsstandsirrtum: *Gasa*, JuS 2005, 890; *Rotsch*, in: Rotsch/Nolte/Peifer/Weitemeyer, Die Klausur im Ersten Staatsexamen, 2003, S. 269 ff.

Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen

Entscheidungsanmerkung

Besonderer Gerichtsstand der Widerklage bei Zedentenwiderklage

Die Bestimmung über den besonderen Gerichtsstand der Widerklage ist auf Drittwiderklagen gegen den bisher nicht am Verfahren beteiligten Zedenten der Klageforderung entsprechend anzuwenden (Abweichung von BGHZ 147, 220, 223). (Amtlicher Leitsatz)

ZPO § 33

BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – Xa ARZ 191/10 (OLG München)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die Entscheidung behandelt die zivilprozessuale Problematik der Eröffnung eines besonderen Gerichtsstandes der Widerklage nach § 33 ZPO im Falle der sog. isolierten Drittwiderklage. Für diese ist kennzeichnend, dass eine Widerklage ausschließlich gegen einen bislang nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten erhoben wird, während bei der sog. parteierweiternden – oder synonym: streitgenössischen – Widerklage neben dem Kläger zugleich ein Dritter im Wege der Widerklage in Anspruch genommen wird. Die parteierweiternde Drittwiderklage hat als Rechtsinstitut in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung längst prinzipielle Anerkennung gefunden.² Dagegen erachtet der BGH die isolierte Drittwiderklage nur ausnahmsweise für zulässig, wenn die zu erörternden Gegenstände der Klage und der Widerklage tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind und keine schutzwürdigen Interessen des Widerbeklagten durch dessen Einbeziehung in den Rechtsstreit der Parteien verletzt werden, was gerade in Konstellationen einer Widerklage gegen den Zedenten der Klageforderung mehrfach bejaht wurde.³ Auch in casu ging es um eine Zedentenwiderklage:

Ein zahnärztliches Rechenzentrum hatte aus abgetretenem Recht einen Zahlungsanspruch aus zahnärztlicher Behandlung gegen den Patienten an dessen allgemeinem Gerichtsstand (§§ 12, 13 ZPO) beim LG Landshut eingeklagt. Der Patient nimmt nun im Wege der Widerklage den in Regensburg ansässigen behandelnden Zahnarzt auf Feststellung in Anspruch, dass diesem Ansprüche aus zahnärztlicher Behandlung nicht zustehen.

2. Da es sich bei der Widerklage im Grundsatz um eine gewöhnliche Klage handelt, setzt die Zulässigkeit einer Drittwiderklage voraus, dass (auch) gegen den Dritten am Ort der Klage ein Gerichtsstand nach §§ 12 ff. ZPO begründet ist. Fraglich ist aber, ob § 33 ZPO für die Drittwiderklage einen besonderen Gerichtsstand eröffnet. Dies ist für den Beklagten und Widerkläger bedeutsam, wenn am Ort der Klage nach §§ 12 ff. ZPO sonst kein Gerichtsstand gegeben ist, insbesondere der Dritte dort nicht seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Denn dann droht die Drittwiderklage an mangelnder örtlicher Zuständigkeit zu scheitern und bliebe dem Beklagten ggf. nur die Möglichkeit einer gesonderten Klage an einem anderen Forum.

3. Das OLG München wollte im Streitfall allerdings nicht über eine Heranziehung von § 33 ZPO zu einem Widerklage-Gerichtsstand am Ort der Klage gelangen, sondern § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO entsprechend anwenden und eine Gerichtsstandsbestimmung vornehmen.⁴ Jedoch hatte der BGH bereits wiederholt entschieden, dass die Vorschrift bei einer isolierten Drittwiderklage nicht einschlägig ist, weil es an einer gegen mehrere Streitgenossen gerichteten Widerklage fehlt.⁵ Des-

(2854): negative Feststellungs-Drittwiderklage gegen den Zedenten, dass diesem keine Ansprüche gegen den Beklagten zustehen; w. Nachw. in Rn. 7 der Entscheidungsgründe der vorliegenden Entscheidung, s. BGH NJW 2011, 460 (461).

⁴ S. OLG München BeckRS 2010, 18323 u. bereits OLG München NJW 2009, 2609. Nach § 36 Abs. 2 ZPO wäre für diese Gerichtsstandsbestimmung nicht der BGH, sondern das OLG München selbst zuständig.

⁵ S. BGH NJW 1993, 2120 und BGH NJW 1992, 982; obiter auch BGH NJW 2000, 1871; bei wortlautgetreuer Auslegung ist die Vorschrift im Übrigen auch bei parteierweiternder Widerklage vielfach nicht einschlägig. Denn sie setzt voraus, dass die Beklagten keinen gemeinsamen allgemeinen Gerichtsstand haben und auch kein besonderer Gerichtsstand für den Rechtsstreit begründet ist und scheidet damit aus, wenn Widerbeklagter und Dritter an einem anderen Ort als dem der Klage ihren gemeinsamen allgemeinen Gerichtsstand haben oder dort ein besonderer Gerichtsstand eröffnet ist; für Anwendung des § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO auch bei gemeinsamem allgemeinem Gerichtsstand von Widerbeklagtem und Drittem aber BayObLGZ 1996, 88; abl. BGH NJW 2000, 1871, dazu kritisch *Vollkommer/Vollkommer*, WRP 2000, 1062 (1066), die überdies zutreffend darauf hinweisen, dass als zuständiges Gericht bei wortlautgetreuer Auslegung regelmäßig nur ein Gericht bestimmt werden darf, in dem einer der Streitgenossen seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, weil die Vorschrift lediglich eine Klage „im allgemeinen Gerichtsstand“ regelt; abw. aber BGH NJW 1991, 2838 und BGH NJW-RR 2008, 1517, wonach auch ein Gericht als zuständig bestimmt

¹ Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (21.12.2011) abrufbar; s. dazu auch *Baumert*, LMK 2010, 311800; *Beck*, WRP 2011, 414; *Geisler*, jurisPR-BGHZivilR 23/2010, Anm. 1; *Vossler*, NJW 2011, 462 und bereits zuvor zur Problematik *Riehm/Bucher*, ZZP 123 (2010), 347; *Vollkommer/Vollkommer*, WRP 2000, 1062 (1067 f.).

² S. BGHZ 40, 185 (187 f.); BGH NJW 1966, 1028; BGH NJW 1975, 1228 (1229); BGH NJW 1996, 196 f.; Kläger und Dritter sind als Widerbeklagte Streitgenossen, so dass §§ 59, 60, 145, 147 ZPO gelten. Der BGH behandelt die Drittwiderklage darüber hinaus als Klageänderung und verlangt deshalb entsprechend § 263 ZPO die Einwilligung des Dritten oder die Sachdienlichkeit der Einbeziehung des Dritten, s. nur BGHZ 40, 185 (187 f.); BGH NJW 1966, 1028; BGH NJW 1975, 1228 (1229); BGH NJW 1996, 196 f.; w. Nachw. bei *Beck*, WRP 2011, 414 (415 Fn. 11).

³ Vgl. BGH NJW 2001, 2094: Drittwiderklage gegen den Zedenten, nachdem die Forderung an eine Verrechnungsstelle zum Inkasso abgetreten war; BGH NJW 2007, 1753 f.: Drittwiderklage gegen den Zedenten bei gegenseitigen Ansprüchen aus einem Unfallereignis; BGH NJW 2008, 2852

halb legte das OLG München dem BGH die Sache gem. § 36 Abs. 3 ZPO zur Bestimmung des zuständigen Gerichts vor.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. a) Der BGH verwirft den Lösungsweg des OLG München. Eine entsprechende Anwendung von § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO lehnt er vor allem mit der Begründung ab, dass regelmäßig eine gerichtliche Bestimmung des zuständigen Gerichts erforderlich wäre, obwohl von vorne herein nur die Bestimmung des Gerichts der Klage als zuständiges Gericht auch für die Drittwiderklage in Betracht komme. Dagegen könne die Zuständigkeit eines anderen Gerichts nicht bestimmt werden, da § 36 ZPO keine Handhabe dafür biete, dem Kläger auf Antrag des Beklagten den von ihm gewählten Gerichtsstand zu entziehen.⁶

b) Anders als das OLG München in seinem Vorlagebeschluss⁷ befürwortet der BGH aber eine entsprechende Anwendung von § 33 ZPO und gibt damit für die Zedentenwiderklage seine bisherige Rechtsprechung auf.⁸ Genau genommen handelt es sich um einen „Zickzackkurs“, da der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1966 § 33 ZPO schon einmal herangezogen,⁹ dann aber an dieser Rechtsprechung nicht festgehalten hatte.¹⁰

c) Die aktuelle (neuerliche) Kehrtwende stützt der *Senat* vor allem auf die Ratio von § 33 ZPO. Der besondere Gerichtsstand der Widerklage habe seinen Grund darin, dass bei Bestehen eines Sachzusammenhangs die Verfahrenskonzentration gefördert und zugleich ein prozessuales Gleichgewicht hergestellt werden sollten. Zum einen bestehe das Bedürfnis, durch einheitliche Verhandlung und Entscheidung eine Vielfältigkeit und Zersplitterung von Prozessen über einen einheitlichen Lebenssachverhalt und die damit einhergehende Gefahr sich widersprechender Entscheidungen zu vermeiden, gleichermaßen in den Fällen, in denen der BGH schon bislang eine Drittwiderklage für zulässig gehalten habe.¹¹ Zum andern könne der Beklagte seine Gegenansprüche in einem laufenden Prozess auch dann geltend machen, wenn das Gericht bei isolierter Klage dafür örtlich unzuständig wäre. Dabei hält der BGH die Einschränkung des grundsätzlich durch §§ 12 ff. ZPO gewährten Schutzes gegenüber dem Widerbeklagten durch § 33 ZPO sachlich deshalb für gerechtfertigt, weil der Kläger den Beklagten vor dem Gericht der Klage angegriffen habe und es deshalb für ihn zumutbar sei, sich dort auf die Verhandlung und Entscheidung zusammenhängender Ansprüche einzulassen.¹²

d) Der *Senat* lässt ausdrücklich offen, ob die entsprechende Anwendung von § 33 ZPO über die Zedentenwiderklage

hinaus auf andere Konstellationen der Drittwiderklage gegen nur materiell beteiligte Dritte zu erstrecken ist.¹³ Jedenfalls für den Zedenten der Klageforderung sei es zumutbar, sich vor dem Gericht der Klage auf die Verhandlung und Entscheidung zusammenhängender Ansprüche einzulassen. Denn ohne die Abtretung der Klageforderung hätte der Zedent selbst Klage gegen den Beklagten erheben und mit der Erhebung einer Widerklage am Gerichtsstand der Widerklage rechnen müssen. Erst die Abtretung schaffe für den Beklagten einen Anlass, zur umfassenden Entscheidung aller zusammenhängenden Ansprüche eine Drittwiderklage gegen den Zedenten zu erheben. Für diesen sei es daher zumutbar, sich vor dem Gericht der Klage auf die Verhandlung und Entscheidung der damit zusammenhängenden Ansprüche einzulassen. Hierdurch werde lediglich der vorherige Rechtszustand und damit das prozessuale Gleichgewicht wiederhergestellt.¹⁴ In der Literatur wird für eine entsprechende Anwendung des § 33 ZPO überdies der Rechtsgedanke des § 404 BGB bemüht, wonach dem Schuldner die Möglichkeit, etwaige eigene Ansprüche im Prozess des Gläubigers geltend zu machen, durch die Abtretung nicht genommen werden dürfe.¹⁵

2. a) Die Entscheidung verdient Zustimmung, soweit sie von der bisherigen Rechtsprechung abrückt und zum Zwecke der Verfahrenskonzentration bei konnexer Drittwiderklage eine entsprechende Anwendung von § 33 ZPO bejaht.¹⁶ Dass dafür ein praktisches Bedürfnis besteht und auf diese Weise sowohl aufwendige Doppelprozesse als auch widersprüchlicher Entscheidungen vermieden werden können, zeigen gerade Fälle wie der vorliegende.

b) Andere Konstellationen der konnexen Drittwiderklage liegen in Bezug auf das Bedürfnis nach Verfahrenskonzentration aber nicht anders. Bedauerlich erscheint es deshalb, dass der *Senat* ihre Behandlung ausdrücklich offenlässt.¹⁷ Fragt man sich, wie der BGH wohl entscheiden wird, wenn er künftig mit einer Drittwiderklage jenseits der Fallgruppe der Zession konfrontiert sein wird, so hängt viel davon ab, welches Gewicht den vorliegend angestellten Zumutbarkeitsüberlegungen zukommen wird. Wie also ist zu entscheiden, wenn der gegen den Dritten geltend gemachte Streitgegenstand zwar sachlich und rechtlich eng mit der Klageforderung verknüpft ist, der Dritte aber nicht ähnlich dem Zedenten durch sein eigenes Verhalten die spätere Drittwiderklage selbst veranlasst hat? Unter welchen Voraussetzungen ist ihm dann eine Verteidigung am Klageforum zumutbar? Der vorliegenden Entscheidung kann dazu keine klare Aussage entnommen werden.

c) Aus meiner Sicht zeigt gerade der Vergleich mit den § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO in direkter Anwendung zugrunde

werden kann, bei dem keiner der Streitgenossen seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

⁶ S. BGH NJW 2011, 460 (461 Rn. 9).

⁷ OLG München BeckRS 2010, 18323.

⁸ Abl. noch BGH NJW-RR 2008, 1516 (1517) m.w.N. der bisherigen Rspr.; ferner BGH NJW 2000, 1871; BGH NJW 1993, 2120; BGH NJW 1992, 982.

⁹ S. BGH NJW 1966, 1028.

¹⁰ Darauf weist hin *Vossler*, NJW 2011, 462.

¹¹ S. BGH NJW 2011, 460 (461 Rn. 12 f.).

¹² S. BGH NJW 2011, 460 (461 Rn. 14).

¹³ Dafür *Vollkommer/Vollkommer*, WRP 2000, 1062 (1067 f.); *Vollkommer*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 29. Aufl. 2012, § 33 Rn. 24; OLG Dresden OLG-NL 2003, 65.

¹⁴ S. BGH NJW 2011, 460 (461 Rn. 14).

¹⁵ S. *Riehm/Bucher*, ZZP 123 (2010), 347 (358 f.).

¹⁶ Zustimmend auch *Beck*, WRP 2011, 414 (417); *Baumert*, LMK 2010, 311800; für „gut vertretbar“ hält die Entscheidung *Vossler*, NJW 2011, 462.

¹⁷ S. den Nachw. in Fn. 14.

liegenden Wertungen, dass auch bei der Drittwiderklage an die Zumutbarkeit einer Verteidigung im Forum der Klage keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden sollten, sondern eine enge Verknüpfung von Klage- und Widerklagegegenstand prinzipiell genügen sollte, um § 33 ZPO entsprechend heranzuziehen. Denn § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO ist bei einer Klage gegen mehrere Streitgenossen nicht erst dann einschlägig, wenn einem beklagten Streitgenossen die Verteidigung an einem von §§ 12 ff. ZPO abweichenden Ort aufgrund eigener Veranlassung der Streitgenossenschaft oder ähnlicher Erwägungen zumutbar ist, sondern bereits dann, wenn kein gemeinsamer besonderer oder allgemeiner Gerichtsstand für alle Streitgenossen verfügbar ist. Nur soweit die Anwendung der §§ 12 ff. ZPO ein *gemeinsames* Forum für alle Streitgenossen eröffnet, der Kläger also alle Streitgenossen gemeinsam dort verklagen könnte, ohne dass von §§ 12 ff. ZPO abgewichen werden müsste, verbietet sich folglich eine solche Abweichung. Umgekehrt gesprochen: Wo ein solches gemeinsames Forum nicht verfügbar ist, wird dem beklagten Streitgenossen durchaus zugemutet, sich ggf. anderswo zu verteidigen. Bedenkt man, dass vor allem § 60 ZPO an die Zulässigkeit der Streitgenossenschaft keine sehr strengen Anforderungen stellt, so wird damit letztlich doch in recht weitreichendem Maße der Verfahrenskonzentration Vorrang eingeräumt vor dem Schutz des Beklagten nach §§ 12 ff. ZPO. Überträgt man diesen Maßstab auf die Drittwiderklage, so lässt sich durchaus argumentieren, dass § 33 ZPO auch jenseits der Zedentenwiderklage angewendet werden sollte, steht doch für eine Widerklage von vorneherein kein alternatives gemeinsames Forum zur Verfügung, das dem Beklagten unter Anwendung von §§ 12 ff. ZPO erlauben würde, Klage und Widerklage an einem anderen Ort anzustrengen. Vielmehr hat der Beklagte – wie der BGH in der vorliegenden Entscheidung durchaus richtig sieht¹⁸ – keinerlei Möglichkeit, die durch den Kläger nach § 35 ZPO getroffene Wahl des Klageforums nachträglich bei Erhebung der Widerklage zu korrigieren. Ebenso wie aber § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO bei Klage gegen mehrere Streitgenossen zu Lasten des einzelnen Streitgenossen eine Abweichung von §§ 12 ff. ZPO gestattet, sofern dem Kläger keine Alternative eines gegenüber allen nach §§ 12 ff. ZPO ermittelten gemeinsamen Forums offensteht, sollte auch bei konnexer Drittwiderklage zum Zwecke der Verfahrenskonzentration gegenüber dem Drittwiderbeklagten eine Abweichung von §§ 12 ff. ZPO zugelassen werden, eben weil der Widerkläger als Widerkläger nicht auf ein anderes Forum ausweichen kann.¹⁹

Prof. Dr. Beate Gsell, München

¹⁸ S. BGH NJW 2011, 460 (461 Rn. 9) und bereits vor und mit Fn. 6.

¹⁹ Enger aber die wohl h.L., vgl. etwa *Vollkommer/Vollkommer*, WRP 2000, 1062 (1067 f.): Keine Anwendung von § 33 ZPO bei parteierweiternder Widerklage auf Darlehensrückzahlung (auch) gegen die Ehefrau des Klägers und Alleinerwerbers eines Pkw, der die finanzierende Bank nach (angeblich) vollständiger Kaufpreiszahlung auf Herausgabe des Kfz-Briefes in Anspruch nimmt; zurückhaltend auch *Riehm/Bucher*, ZZP 123 (2010), 347 (357); *Vossler*, NJW 2011, 462.

Entscheidungsanmerkung

„Partybikes“ als Sondernutzung

Die Nutzung eines Partybikes im öffentlichen Straßenraum ist kein Gemeingebrauch. Es handelt sich um Sondernutzung, weil die Zweckbestimmung der Verkehrsvorgänge mit dem Partybike verkehrsfremd ist. Der Hauptzweck besteht darin, Partys, Feiern oder ähnliche Veranstaltungen auf der Straße durchzuführen und nicht in einer Ortsveränderung zum Personentransport. (amtl. Leitsatz)

StrG NW §§ 14, 18, 22
FStrG §§ 7, 8

OVG NRW, Urt. v. 23.11.2011 – 11 A 2511/10¹

I. Einleitung

„Bierbikes“ und „Partybikes“ – der Unterschied liegt allein in der Bestückung des im Übrigen baugleichen Fahrzeugs entweder mit einem Bierfass oder aber einem „Metallbehältnis für (offenbar auch andere) Getränke“² – tauchen seit einigen Jahren im Straßenbild auf, und zwar auf eine ebenso unübersehbare (die „Bikes“ sind mit 5,30 Metern „etwa genauso lang wie ein Mercedes Sprinter Kombi“³, über zwei Meter breit und bewegen sich schwerfällig nur mit gehobener Schrittgeschwindigkeit) wie unüberhörbare (der Musikanlagensound und die alkoholbefeuert hochgestimmten Gäste!) Weise. Mit diesem „Riesenspaß auf vier Rädern“⁴ hat es nun wohl erst einmal ein Ende, jedenfalls in Nordrhein-Westfalen und jedenfalls dort, wo die Städte und Gemeinden sich weigern, straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnisse zu erteilen. Denn das Oberverwaltungsgericht Münster hat in der hier besprochenen Entscheidung das Urteil der Düsseldorfer Vorinstanz bestätigt, wonach es sich bei dem Betrieb von „Partybikes“ auf öffentlichen Straßen und Wegen um eine gemeingebrauchsüberschreitende Sondernutzung handele, die daher einer (gebührenpflichtigen) Sondernutzungserlaubnis bedürfe.

Sowohl vom leicht fasslichen und dazu noch pittoresken Sachverhalt als auch von der aufgeworfenen nachgerade klassischen straßenrechtlichen Grundfrage „Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung“ her eignet sich die Konstellation hervorragend für verwaltungsrechtliche Klasuren. Prüfungsgeeignete Fälle im Recht der öffentlichen

Sachen kommen nicht sehr häufig vor, so dass genauere Kenntnis des Streits um die „Party-“ und „Bierbikes“ aus studentischer Sicht nicht schaden kann.

II. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Der Kläger wandte sich gegen eine Ordnungsverfügung, mit der ihm die beklagte Stadt (Düsseldorf) die Benutzung von „Partybikes“ auf den öffentlichen Straßen, Plätzen und Wegen im Stadtgebiet untersagt hatte. Er bot im Internet Fahrten mit dem „Partybike“ an. Insbesondere für „Firmenevents, Stadtbesichtigungen, -rundfahrten, feste, Karnevals- und Schützenfestumzüge, Teambuildingevents, Afterwork Partys oder Jung(g)esellen/Innen Abschiede“ sei das „Partybike der große Spaßbringer“. Das „Partybike“ ist ein vierräderiges, überdachtes Gefährt mit den oben genannten Abmessungen und Sitzgelegenheiten für bis zu 16 Personen, von denen jeweils sechs auf Hockern quer zur Fahrrichtung an den Längsseiten eines Tisches sitzen und das Fahrzeug mit Pedalen antreiben. Gesteuert und gebremst wird das „Partybike“ von einem Mitarbeiter des Klägers.

Das OVG hat, wie schon das VG Düsseldorf, die Untersagungsverfügung bestätigt, die Anfechtungsklage daher abgewiesen. Eingriffsgrundlage ist § 22 StrWG NRW⁵, der für die Landesstraßen der Straßenbaubehörde⁶ die Befugnis einräumt, bei Sondernutzungen ohne die dafür erforderliche Erlaubnis (§ 18 Abs. 1 S. 2 StrWG NRW) „die erforderlichen Maßnahmen zur Beendigung der Nutzung“ zu treffen. Soweit Ortsdurchfahrten von Bundesstraßen betroffen waren, konnte die Verfügung auf den annähernd wortgleichen § 8 Abs. 7a S. 1 FStrG gestützt werden. Nach dieser Vorschrift i.V.m. § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG ist auch insoweit die Gemeinde zuständige Behörde für die Sondernutzungserlaubnis und damit auch für die Untersagung bei erlaubnisloser („formell illegaler“) Sondernutzung. Sondernutzung ist nach dem insoweit übereinstimmenden Landes- und Bundesstraßenrecht jede Benutzung der Straße, die nicht Gemeingebrauch ist. Gemeingebrauch wiederum ist derjenige Gebrauch, der sich im Rahmen der Widmung und der verkehrsrechtlichen Vorschriften hält (§ 14 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW, § 7 Abs. 1 S. 1 FStrG). Kein Gemeingebrauch liegt vor, wenn die Straße nicht vorwiegend zu dem Verkehr benutzt wird, dem sie zu dienen bestimmt ist (§ 14 Abs. 3 S. 1 StrWG NRW).

⁵ Entspricht § 41 Abs. 8 LStrG R.-P.; § 16 Abs. 8 StrG B.-W.; § 22 NStrG; Art. 18a Abs. S. 1 BayStrWG; § 17a Abs. 1 HStrG; § 18 Abs. 8 SaarlStrG; § 21 Abs. 7 StrWG Schl.-H.; § 20 Abs. 1 ThürStrG; § 20 Abs. 1 BbgStrG; § 20 Abs. 1 SächsStrG; § 20 Abs. 1 StrG LSA; § 25 Abs. 1 StrWG M.-V.; § 14 Abs. 1 BerlStrG.

⁶ Straßenbaubehörde sind für die nordrhein-westfälischen Gemeindestraßen sowie für die Ortsdurchfahrten im Gemeindegebiet von Landesstraßen und Kreisstraßen die Gemeinden, soweit ihnen die Straßenbaulast obliegt (§ 56 Abs. 2 Nr. 3 StrWG NRW); letzteres ist für die Gemeindestraßen vorbehaltlich anderweitiger spezieller Zuweisung immer (§ 47 StrWG NRW), für die Ortsdurchfahrten der höherstufigen Landesstraßen bei Gemeinden über 80.000 Einwohnern der Fall (§ 44 Abs. 1 StrWG NRW).

¹ Die Entscheidung ist in juris oder der Rechtsprechungsdatenbank der nordrhein-westfälischen Justiz einzusehen; http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2011/11_A_2511_10Urteil20111123.html (zuletzt abgerufen am 23.1.2012).

² So die Formulierung des OVG NRW, Urt. v. 23.11.2011 – 11 A 2511/10, Rn. 1.

³ So der Vergleich, den die die Untersagungsverfügung ausprechende Stadt im Fall in ihrem Bescheid gewählt hat, vgl. OVG NRW, Urt. v. 23.11.2011 – 11 A 2511/10, Rn. 3.

⁴ So die Anpreisung eines „Partybike“-Anbieters auf seiner Homepage.

Der in der gesetzlichen Gemeingebrauchsdefinition angelegte Dualismus von straßenrechtlicher Widmung und verkehrsrechtlichen Vorschriften wird vom *Senat* zunächst nach dem zuletzt genannten Begriffselement hin fruchtbar gemacht. Das Straßenverkehrsrecht des Bundes regle die rechtmäßige Ausübung des Gemeingebrauchs. Ein Verkehrsvorgang, der im Rahmen der Straßenverkehrsvorschriften stattfindet, bewege sich daher notwendig innerhalb des straßenrechtlichen Gemeingebrauchs. In § 1 StVO oder anderen verkehrsrechtlichen Vorschriften sei demgemäß geregelt, was gemeinverträglich oder verkehrsüblich ist. Bei einem Verkehrsvorgang, dem der Verkehrsbezug fehlt, insbesondere also dann, wenn die öffentliche Straße durch ein Fortbewegungsmittel ausschließlich oder überwiegend zu anderen Zwecken als zur Fortbewegung in Anspruch genommen werde, sei das nicht mehr der Fall. Derartige Vorgänge fielen „bereits aus der Widmung und damit aus dem einschlägigen Gemeingebrauch heraus, da sie nicht ‚zum Verkehr‘ geschehen“. Das Gericht kommt also an dieser Stelle vom Verkehrsrecht plötzlich doch wieder auf die straßenrechtliche Widmung als den gemeingebrauchskonstituierenden und damit zugleich -begrenzenden Faktor zurück.

In der Subsumtion folgt das OVG im Wesentlichen der Ansicht der beklagten Stadt. Danach handele es sich bei der Nutzung des „Partybikes“ auf den Straßen, Wegen und Plätzen im Stadtgebiet tatsächlich nicht mehr um einen Gemeingebrauch, sondern um eine Sondernutzung, für die der Kläger aber eine Erlaubnis weder besitze noch auch nur beantragt habe. Seine Nutzung finde nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen, verkehrsfremden Zwecken statt. Sein Hauptzweck bestehe nicht in einer Ortsveränderung zum Personentransport, sondern darin, Partys, Feiern oder ähnliche Veranstaltungen auf der Straße durchzuführen. Der auch von der Klägerin in ihrer Bewerbung des Angebots selbst herausgestrichene „Eventcharakter“ überwiege ersichtlich gegenüber den mit Verkehrsbezug angebotenen Stadtbesichtigungen oder -rundfahrten. Die Verkehrsteilnahme finde lediglich äußerlich statt oder werde jedenfalls durch den mit der Nutzung verfolgten Hauptzweck so sehr zurück gedrängt, dass nicht mehr von einer Nutzung zum Verkehr gesprochen werden könne. Zwar komme es für die Beurteilung des Verkehrszwecks nicht auf die inneren subjektiven Motive der Verkehrsteilnahme an, insbesondere auch nicht darauf, ob die Straße aus privaten oder geschäftlichen Gründen benutzt werde. Entscheidend sei allein, dass sie zum Zweck des (fließenden oder vorübergehend ruhenden) Verkehrs in Anspruch genommen werde. Auch derjenige, der spazieren fahre oder abends planlos seinen Wagen durch die Straßen der Stadt lenke, strebe diese Ortsveränderung zum Zwecke des Personentransports an. Das „Partybike“ jedoch erfülle schon nach seinem Erscheinungsbild aus Sicht eines objektiven Beobachters nicht die Funktion eines Verkehrsmittels und sei daher als verkehrsfremde Sache zu qualifizieren. Es handele sich um eine „rollende Veranstaltungsfläche“, seiner konstruktiven Bauweise und Konzeption nach „um eine mit Rädern versehene Theke“. Würde man die vier Räder und die Pedale hinweg denken, so handelte es sich um eine Theke mit Soundanlage, die „offensichtlich keinerlei Verkehrsbezug“

aufwiese. Allein durch die Räder und den Pedalantrieb sowie die damit verbundene Fortbewegungsmöglichkeit werde „diese Theke“ nicht zu einem Verkehrsmittel.

Eine andere Beurteilung ergebe sich auch nicht aus einem Vergleich mit anderen dem Vergnügen dienenden Fahrten, etwa Kutschfahrten.⁷ Diese rechnet regelmäßig zum Gemeingebrauch; die dafür benutzten Kutschfahrzeuge seien aber bereits in ihrem äußeren Erscheinungsbild und ihrer baulichen Konstruktion nicht vergleichbar mit dem „Partybike“. Bei der Nutzung solcher Kutschen stehe in der Regel, „wenn heutzutage auch nur zum Vergnügen“, der Transport von Personen im Vordergrund. Auch Rikschas, „Conference-Bikes“ und Güterverkaufswagen⁸ seien jedenfalls keine „rollenden Theken“ und daher nach Konstruktion und Konzeption etwas anderes als ein „Partybike“.

Die Untersagungsverfügung sei schließlich auch in der Rechtsfolge nicht zu beanstanden; insbesondere leide sie nicht an Ermessensfehlern. Bereits die formelle Illegalität, also das Fehlen der erforderlichen Erlaubnis, berechtige nach § 22 StrWG zur Untersagung. Im Übrigen sei nicht erkennbar, dass ein unbedingter Anspruch auf die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis bestehe. Allerdings handele es sich nach der Rechtsprechung des BVerfG⁹ auch bei der Sondernutzungserlaubnis nicht um eine im freien (Versagungs-)Ermessen stehende Bewilligung der Behörde, sondern nur mehr um eine präventive Kontrollierlaubnis. Auf die Erlaubnis könne also durchaus ein Anspruch bestehen, soweit keine überwiegenden Gegengründe zum Schutz des Gemeingebrauchs bestünden. Daher sei auch hier durchaus eine eingeschränkte Genehmigung etwa für bestimmte Straßen (Festlegung besonderer Routen) zu bestimmten Zeiten denkbar; eine grundsätzliche Versagung der Sondernutzungserlaubnis ohne Prüfung einer solchen Möglichkeit wäre hingegen rechtswidrig.

III. Würdigung

Das Urteil ist im Ergebnis verständlich: Die „Bikes“ sind für wohl fast Alle, die nicht selbst obenauf sitzen, nichts als ein eher befremdlicher oder lästiger neuer Auswuchs gruppenegoistischer Spaßkultur mit überdies deutlich provokativem Einschlag. Die Argumentation des *Senats* überzeugt freilich nicht.¹⁰ Es gelingt ihm nicht, stichhaltig zu begründen, weshalb das Gefährt, obwohl es Räder und einen Antrieb hat und sich eindeutig im Straßenverkehr bewegt, gleichwohl objektiv nicht auf den Zweck dieser Verkehrsbewegung (Ortsveränderung) ausgelegt sein soll. Am Ende ist es eben doch einfach so, dass das Gericht die unterstellten inneren Motive (Spaß, Vergnügen, Event!) der „Partygäste“ durch-

⁷ Nds. OVG, Beschl. v. 3.9.1997 – 12 M 3916/97, Rn. 7 f (juris).

⁸ Bei diesen hat das BVerwG Gemeingebrauch für die An- und Wegfahrt und Sondernutzung für die Verkaufstätigkeit angenommen, BVerwGE 80, 36 (39).

⁹ Das OVG zitiert hier den Kammerbeschluss BVerfG (K) NVwZ 2007, 1306 (1307).

¹⁰ Für die straßenrechtliche Zulässigkeit als Gemeingebrauch auch *Lund*, DVBl. 2011, 339.

schlagen lässt, obwohl es auf diese, wie im Urteil ausdrücklich zugestanden, nicht ankommen darf, weil weder das Verkehrsrecht noch gar das Straßenrecht zu einer Zensur der Gründe, aus denen man sich auf Straßen und Plätzen bewegt, berechtigt.¹¹ Die Schwäche der Argumentation zur Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung deutet sich schon darin an, dass das Gericht die „Verkehrsfremdheit“ des „Partybikes“ wortreich und mit rhetorischen Zuspitzungen („rollende Theke“) vor allem durch Paraphrasierung des Sachverhalts darzulegen sucht – als ob der missliebige Sachverhalt aus sich heraus die juristische Bewertung zu erzeugen vermöchte!

Juristisch fällt dem Gericht nicht mehr ein als die Behauptung eines Schwerpunktes oder Vorrangs der „Spaßfunktion“ gegenüber der Verkehrsfunktion (wenn diese denn überhaupt anerkannt wird¹²). Das hierfür angeführte Argument, man müsste sich doch hypothetisch nur die Räder des Partybikes hinweg denken, um den eigentlichen Sinn des Unternehmens zu begreifen („Theke“, nicht Fahrzeug), widerlegt sich schon von selbst: Bestünde das (hauptsächliche) Wesen der „Partybike“-Fahrt nur im gemeinsamen Trinken und Musikhören an einem unbeweglichen Tisch, wäre nicht erklärbar, weshalb die Kunden gerade das (im Mietpreis gar nicht so günstige)

bewegliche „Partybike“ in Anspruch nehmen und sich nicht einfach in eine Kneipe, einen Biergarten oder an den häuslichen Couchtisch setzen. Die Funktion der Ortsveränderung auf öffentlichen Straßen ist ganz offensichtlich nicht nur zu vernachlässigende Nebenkomponekte, sondern ein für die spezifische Attraktivität dieses Angebots entscheidender Faktor.¹³ Und wie will der Senat allen Ernstes aus „objektiver“ Betrachter-Perspektive anhand des „äußeren Erscheinungsbildes“ feststellen, ob und inwieweit es „den“ (allen oder nur einigen, wenn wie vielen?) Teilnehmern eher um den Alkoholenuss, die Geselligkeit und damit Kommunikation untereinander oder auch um das „Fahrtgefühl“, den (eben möglicherweise durchaus auch provozierenden!) Kontakt mit anderen Verkehrsteilnehmern,¹⁴ schließlich, vielleicht auch sogar primär, um den Genuss des sich in der Ortsveränderung wandelnden Stadtbildes aus ungewöhnlich neuer Perspektive geht? Und wiederum grundsätzlicher: Weshalb soll es auf diese mittelbare Motivausforschung aufgrund äußerer Indizien („Erscheinungsbild“) überhaupt ankommen, wo doch die inneren Motive straßenrechtlich unerheblich sind,¹⁵ jedenfalls solange die Ortsveränderung ein handgreiflich sichtbarer, in jeder „Partybike“-Fahrt praktizierter und daher ganz offenbar auch „bezwecker“ Erfolg dieser Fahrzeugnutzung ist?

Unbefriedigend ist auch schon der rechtliche Einstieg in die Prüfung: Der Senat versucht zunächst, den Gemeingebrauch vom Straßenverkehrsrecht aus näher zu bestimmen und einzugrenzen, scheitert damit aber schon im Ansatz, der daher auch nicht weiter verfolgt wird: Das Gericht landet schließlich doch wieder – zu Recht – bei der Widmung als

¹¹ Die Frage, ob und inwieweit über das unabdingbare objektive Verkehrsverhalten hinaus doch noch auf subjektive Vorstellungen für die Beurteilung des für den Gemeingebrauch prägenden Verkehrszwecks abzustellen ist, ist freilich umstritten; für die Berücksichtigung der subjektiven Zweckvorstellungen wohl die überwiegende Rspr., etwa BVerwGE 35, 329 (Rn. 13); *Papier*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 41 Rn. 31, ebd. Rn. 29 Fn. 63, auch weitere Nachweise; a.A. (Unbeachtlichkeit der subjektiven Gründe für das Verkehrsverhalten) OVG Hamburg NJW 1996, 2051 (2052 = Rn. 31 ff. [juris]); *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 77 Rn. 14; *Grote*, in: Kodal/Krämer, Straßenrecht, 6. Aufl. 1999, Kap. 24 Rn. 113. Auch *Papier* [a.a.O.], Rn. 37 ff.) relativiert diesen engen, auf den subjektiven Hauptzweck der Ortsveränderung festgelegten und beschränkten Verkehrsbegriff allerdings für den grundrechtlich (Art. 5 Abs. 1 und 3, auch Art. 4 GG) in besonderer Weise geschützten kommunikativen Gemeingebrauch, ebenso auch *Marschall/Schroeter/Kastner*, Bundesfernstraßengesetz, 5. Aufl. 1998, § 7 Rn. 11. Im Ergebnis reduziert sich die „subjektive Komponente“ des Verkehrsbegriffs danach im Wesentlichen auf die Funktion, kommerzielle Straßennutzungen (Straßenhandel) aus dem Gemeingebrauch auszuscheiden (dazu *Papier* [a.a.O.], Rn. 30).

¹² OVG NRW, Urt. v. 23.11.2011 – 11 A 2511/10, Rn. 32 („überwiegend andere Funktion“), Rn. 38 („nicht vorwiegend zum Verkehr“), Rn. 42 („Hauptzweck“); die in ihrer Leistungsfähigkeit zweifelhafte Schwerpunktbeurteilung entspricht freilich gängiger Rechtsprechung, soweit diese auf die subjektiven Zwecke überhaupt abstellt (vgl. vorige Fn.), s. etwa OVG Berlin, Urt. v. 17.9.2003 – 1 B 15.03, Rn. 13 ff.: kommerzieller Würstchenverkauf vom um den Bauch geschnallten Grill („Grillwalker“) als Sondernutzung.

¹³ Auf die affirmative These des OVG NRW, Urt. v. 23.11.2011 – 11 A 2511/10, Rn. 42: „Allein durch die Räder und den Pedalantrieb sowie die damit verbundene Fortbewegungsmöglichkeit wird diese Theke nicht zu einem Verkehrsmittel [...]“ bleibt daher nur zu entgegnen: Aber gewiss: Die Räder machen die Theke zu einem Verkehrsmittel! Darin besteht das Eigentümliche und offenbar das Erfolgsgeheimnis dieses Freizeitangebots!

¹⁴ Ob die Nutzung des Partybikes wegen der internen (mit den anderen Teilnehmern) oder ggf. auch externen Kommunikation („Außenkontakt“ mit Passanten) schon den grundrechtlich besonderes ausgezeichneten und daher privilegierten Tatbeständen kommunikativen Gemeingebrauchs zuzuordnen ist, mag bezweifelt werden können (*Lund*, DVBl. 2011, 339 [340]). Der Respekt vor gleicher – nicht heteronom nach Wertigkeit zensierter – grundrechtlicher Freiheit ungeachtet ihres konkreten Inhalts spricht aber eher für einen „umfassenden“ Begriff kommunikativer Tätigkeiten als „Verkehr“ (überzeugend OVG Hamburg NJW 1996, 2051 [Rn. 33 f.]). Danach kann es für den Verkehrsbegriff nicht auf künstlerische Qualität der Kommunikationsaussage oder eine Meinungsäußerung im engen Sinn ankommen, sondern ist auch schon das Sich-Aufhalten und -Bewegen „unter Menschen“ im öffentlichen Raum mindestens durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützter sozial-kommunikativer Verkehr. Das muss dann aber für die „Partybikes“ genauso gelten wie für den ziellosen Stadtbummel.

¹⁵ *Papier* (Fn. 11), § 41 Rn. 31.

dem Grund und der Grenze des Gemeingebrauchs. Die Aussage, ein straßenverkehrsrechtlich zulässiger Verkehr sei zugleich auch stets ein straßenrechtlich zulässiger Gemeingebrauch,¹⁶ trifft zwar zu (wenn auch nur unter der Voraussetzung einer die Straßenverkehrsnutzung überhaupt erst eröffnenden Gemeingebrauchswidmung), trägt aber für den Fall nichts aus. Interessant würde erst die vom *Senat* freilich gerade nicht explizit ausgesprochene umgekehrte Fassung des Satzes: Danach wäre jede straßenverkehrsrechtlich unzulässige Nutzung auch eine Überschreitung des Gemeingebrauchs. Diese These wäre aber unrichtig: § 14 Abs. 1 S. 1 StrWG NRW, § 7 Abs. 1 FStrG verweisen zwar auf die verkehrsrechtlichen bzw. „verkehrsbehördlichen“ Vorschriften als den neben der Widmung für den konkret ausübaren, „individuellen“ Gemeingebrauch maßgeblichen normativen Rahmen. Eine Verletzung dieser Vorschriften bedeutet daher tatsächlich, dass dieser „individuelle“, d.h. der gemeinverträgliche und daher rechtlich (vor allem straßenverkehrsrechtlich!) zugelassene Gemeingebrauch, den die Gesetze in dieser Legaldefinition im Auge haben, überschritten ist.¹⁷ Daraus folgt aber keineswegs, dass jeder Verkehrsverstoß (gegen Vorschriften der Straßenverkehrsordnung) eine straßenrechtliche, erlaubnisfähige und -pflichtige Sondernutzung ist.¹⁸ Verkehrswidriges Verkehrsverhalten ist verboten und aus diesem verkehrsrechtlichen Grund kein legaler individueller Gemeingebrauch. Es fällt aber definitorisch gleichwohl noch als „Verkehr“ unter den widmungsgemäßen Gebrauch, ist mithin sehr wohl noch – allerdings unzulässiger – Gemeingebrauch im von der Widmung her bestimmten „abstrakten“ Sinn. Wer eine rote Ampel überfährt, unterfällt den ordnungsrechtlichen Sanktionen des Straßenverkehrsrechts, bleibt aber gleichwohl Verkehrsteilnehmer und unternimmt nicht etwa eine Sondernutzung, derentwegen bei Fehlen der erforderlichen Erlaubnis straßenrechtlich gemäß § 22 StrWG NRW eingeschritten werden könnte.

Davon abgesehen werden in der Entscheidung überhaupt keine Anhaltspunkte für Verkehrsverstöße durch den Betrieb des „Partybike“ genannt: Das OVG verweist nur allgemein auf „§ 1 StVO oder andere verkehrsrechtliche Vorschriften“. Daraus soll sich die „Gemeinverträglichkeit“ oder „Verkehrsüblichkeit“ eines Verkehrsvorgangs bestimmen lassen. Die StVO enthält zwar tatsächlich besondere¹⁹ vom OVG bemerkenswerterweise aber nicht näher bezeichnete Bestimmungen über eine nicht mehr verkehrsübliche Straßenbenutzung (insb. § 29 StVO). „Partybikes“ werden davon aber offensichtlich nicht erfasst.²⁰

¹⁶ OVG NRW, Urt. v. 23.11.2011 – 11 A 2511/10, Rn. 25.

¹⁷ S. nur *Papier* (Fn. 11), § 41 Rn. 4 m.w.N.

¹⁸ *Lund*, DVBl. 2011, 339 (341).

¹⁹ § 1 StVO besagt zu dieser Frage durchaus nichts, sondern enthält nur die grundlegende Rücksichtnahmepflicht im Straßenverkehr.

²⁰ S. auch *Lund*, DVBl. 2011, 339 (342 f.): Keine generelle straßenverkehrsrechtliche Unzulässigkeit von Partybikes. Selbstverständlich muss aber auch das „Partybike“ den jeweils geltenden verkehrsrechtlichen Regeln, etwa Mindestgeschwindigkeitsvorgaben, gehorchen. Ist es dazu im Geltungs-

Aus beiden Gründen (Unerheblichkeit straßenverkehrsrechtlicher Verstöße für den Tatbestand straßenrechtlicher Sondernutzung, Unerheblichkeit des Straßenverkehrsrechts für die Frage der Verkehrsüblichkeit oder Zulässigkeit von „Partybikes“ als solchen) lassen sich also entgegen dem daher erfolglosen Ansatz des OVG aus dem Straßenverkehrsrecht keine Argumente für die Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung gewinnen. Kann es hierfür mithin nur auf den allgemeinen Widmungszweck (Verkehr) ankommen, so hätte aber die technische Eignung und Bestimmung des „Partybikes“ zur Fortbewegung im Straßenverkehr – mit welcher Absicht auch immer! – kaum bestritten werden können. Solange das lustig-lästige Treiben Anderer im Straßenverkehr die hierfür aufgerichteten verkehrsordnungsrechtlichen Grenzen gefährlichen Tuns nicht überschreitet, ist es eben hinzunehmen. Immerhin könnte der Normgeber (StVG, StVO) diese Grenzen wohl auch ein Stück weit verschieben, etwa durch Schaffung neuer Risiko-Tatbestände der Verkehrsüblichkeit, dies allerdings wiederum nur unter Beachtung der hinter dem Gemeingebrauch stehenden Grundrechte, namentlich des Art. 2 Abs. 1 GG. Entsprechendes gilt für straßenrechtliche Einschränkungen der Widmung durch die Gemeinden.²¹ Totalverbote von „Partybikes“ durch engeren Widmungszuschnitt mit Wirkung für den gesamten kommunalen Straßenraum wären danach ziemlich sicher eine zu weit gehende Einschränkung der Handlungsfreiheit – das sieht ja sogar das OVG für die von ihm angenommene Sondernutzung erkennbar nicht anders.

Prof. Dr. Matthias Cornils, Mainz

bereich solcher Vorgaben nach seiner Auslegung nicht imstande, darf es dort aus verkehrsrechtlichem (nicht aus straßenrechtlichem) Grund nicht fahren (oder parken).

²¹ Mit der nachträglichen Änderung der Widmung (hier ist insbesondere eine Teilentwidmung denkbar) wird der Umfang des Gemeingebrauchs entsprechend modifiziert, vgl. hierzu *Kodal/Krämer*, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, S. 721 f.

Entscheidungsanmerkung

Zur rechtlichen Beurteilung der irrigen Annahme von Tatsachen, die den Schluss auf eine Intensivierung des bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs zulassen, als Erlaubnistatbestandsirrtum

1. Die irrige Annahme von Tatsachen, die nach der Vorstellung des Täters den Schluss auf eine Intensivierung eines bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs zulassen, ist als Erlaubnistatbestandsirrtum zu behandeln.

2. Hält sich der Angegriffene in einem solchen Falle im Rahmen dessen, was in der von ihm angenommenen Situation zur Abwendung des Angriffs objektiv erforderlich und geboten gewesen wäre, so ist seine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB ausgeschlossen. Bei Vermeidbarkeit des Irrtums kommt gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 StGB die Bestrafung wegen einer Fahrlässigkeitstat in Betracht. (Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 32, 16

BGH, Beschl. v. 1.3.2011 – 3 StR 450/10¹

I. Einleitung

Die klassische Fallkonstellation eines Erlaubnistatbestandsirrtums wird als irrige Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes umschrieben.² In der Regel werden Fälle genannt, in denen der Täter irrig davon ausgeht, angegriffen zu werden.³ Der hier besprochene Sachverhalt weicht von diesem Klassiker ab, weil ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff tatsächlich bestand, der Täter aber annahm, der Angriff würde von den Angreifern intensiviert werden.

II. Sachverhalt

Der als unauffällig und ruhig beschriebene Angeklagte wohnte in einem größeren Wohnkomplex in B., in welchem es regelmäßig zu Ruhestörungen, Körperverletzungen, Drogen delikten und entsprechenden Polizeieinsätzen kam. Auf derselben Etage wohnte auch der als Hausmeister fungierende Zeuge W., zu dem er ein von gegenseitigem Verständnis geprägtes Verhältnis hatte. In der Tatnacht gegen 23.00 Uhr vernahm der nach dem Konsum von acht Flaschen Bier alkoholisierte Angeklagte erheblichen Lärm aus der Wohnung des Zeugen W., in der sich mehrere Personen aufhielten, die bei offener Wohnungstür Alkohol und Drogen konsumierten,

¹ Abgedruckt in NStZ 2011, 630 und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=fb5a25e6b64f5b94ed5b71563ccdffb8&nr=55588&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

² Vgl. statt aller *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 13 Rn. 96.

³ Vgl. bspw. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 13 Rn. 68.

grölten und laute Musik spielten. Auf die Bitte des Angeklagten sorgte der Zeuge W. für Ruhe, worauf der Angeklagte sich schlafen legte. Gegen 00.45 Uhr erwachte der Angeklagte, weil erneut laute Musik aus der geöffneten Wohnungstür des Zeugen W. drang. Schlaftrunken und erheblich verärgert entschloss sich der Angeklagte, dessen Wohnung aufzusuchen, um für Ruhe zu sorgen und nötigenfalls den Stecker der Musikanlage zu ziehen. Die Einschaltung der Polizei hielt er nicht für angebracht, weil er mit dem Zeugen stets hatte reden können. Im Bewusstsein der erlebten Polizeieinsätze und aus Angst vor den unbekanntenen Gästen des Zeugen steckte er zu seinem Schutz ein zusammengeklapptes Taschenmesser mit einer 7 cm langen, spitz zulaufenden Klinge in die vordere Tasche der von ihm getragenen Jogginghose.

Der Zeuge W. war indes nach Alkoholkonsum zwischenzeitlich eingeschlafen. In dessen Wohnung fand der Angeklagte lediglich noch die Zeugen Br. und Bi. ansprechbar. Im Wohnungsflur stehend forderte er den Zeugen Br. auf, die Musik leiser zu stellen. Dieser trat auf den Angeklagten zu, verwickelte ihn zunächst in eine verbale Auseinandersetzung und versuchte schließlich, ihn aus der Wohnung zu drängen. Hieraus entwickelte sich „ein Handgemenge und ein Schubsen“. Nun entschloss sich der im Wohnzimmer befindliche Zeuge Bi., in das Geschehen „einzugreifen“. Er stand auf und „schoss regelrecht“ am Zeugen Br. vorbei in Richtung des Angeklagten, wobei er „mit den Armen gestikuliert“. Obwohl die beiden Zeugen „zu keinem Zeitpunkt“ beabsichtigten, den Angeklagten, der die Wohnung nicht freiwillig verlassen wollte, zu schlagen oder zu verletzen, fühlte dieser sich nun bedroht. Er fürchtete, gewaltsam aus der Wohnung des Zeugen W. „herauskatapultiert“ zu werden und infolge dessen zu stürzen oder gegen die Wand des Etagenflurs zu prallen, was ihm wegen seines Gesundheitszustandes Angst bereitete. Er „meinte“, einem solchen Angriff durch ungezielte Messerstiche in Richtung der Zeugen „begegnen zu dürfen“. Deshalb zog er das Klappmesser hervor, öffnete es gleichzeitig und stach in unmittelbarer zeitlicher Abfolge zweimal ungezielt, aber heftig in Richtung der Zeugen. Der Zeuge Bi. wurde an der linken Halsseite getroffen und erlitt dort eine etwa 3 cm tiefe Stichwunde. Der Zeuge Br. erhielt einen Stich in den rechten Oberbauch, der zwischen den Leberlappen hindurchging.

III. Die Entscheidung

Während das LG das Vorliegen einer Notwehrlage ablehnte und deshalb eine Straffreistellung vor dem Hintergrund der Voraussetzungen eines Erlaubnistatbestandsirrtums diskutierte, kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass objektiv eine Notwehrlage vorgelegen habe. Der Angeklagte habe sich also nicht über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehrlage geirrt. Vielmehr habe er aus dem Eingreifen des Zeugen Bi. irrig auf eine unmittelbar bevorstehende Intensivierung des bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs geschlossen, der er durch den bislang geleisteten bloßen körperlichen Widerstand nicht mehr begegnen zu können glaubte. Dieser Irrtum, so der BGH, sei nach den Grundsätzen des Erlaubnistatbestandsirrtums zu behandeln.

IV. Würdigung

Die Argumentation des BGH scheint zunächst zu verwirren, denn wenn objektiv eine Notwehrlage vorliegt, so kann sich der Täter nicht in einem Irrtum über die Tatsachen, die eine Notwehrlage begründen würden, befunden haben. Der klassische Fall des Erlaubnistatbestandsirrtums kann also nicht vorliegen. Warum der BGH dennoch die Grundsätze zum Erlaubnistatbestandsirrtum anwendet, wird im Folgenden näher ausgeführt.

1. Notwehr, § 32 StGB

Der Angegriffene ist zur Notwehr berechtigt, wenn er sich in einer Notwehrlage befindet, er eine erforderliche und gebotene Verteidigungshandlung vornimmt sowie mit Verteidigungswillen handelt.

a) Notwehrlage

Die Notwehrlage wird durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff beschrieben.

Der Zeuge Br. hat versucht, den Angeklagten mittels körperlicher Gewalt aus der Wohnung des Zeugen W. zu drängen, was den Tatbestand einer Nötigung, § 240 StGB, erfüllt. Die Frage ist nun, ob dieses Herausdrängen aus der Wohnung rechtswidrig war. Der Angeklagte befand sich in einer fremden Wohnung, und offensichtlich wurde er von den Gästen des Zeugen W. (Br. und Bi.) zum Verlassen der Wohnung aufgefordert. Er könnte also seinerseits widerrechtlich in die Wohnung des W. eingedrungen sein bzw. unberechtigt darin verweilt haben (§ 123 Abs. 1 StGB). Der Inhaber des Hausrechts (W.) schlief allerdings. Es kommt also darauf an, ob der Wille des W. einem Betreten seiner Wohnung durch den Angeklagten aus gegebenem Anlass entgegenstand. Wäre ein solcher Wille festzustellen, dann hätten die Gäste des W. im Rahmen der Nothilfe das Hausrecht gegen den Angeklagten verteidigen können; sie hätten sich dann nicht rechtswidrig verhalten. In diesem Zusammenhang ist nun von Bedeutung, dass der Angeklagte anlässlich der vorangegangenen Ruhestörung den W. bereits einmal angesprochen hatte und dieser daraufhin die Musik auch leiser stellte. Hinzu kommt, dass W. und der Angeklagte ein von „gegenseitigem Verständnis“ geprägtes Verhältnis zueinander hatten. Diese Umstände sprechen dafür, dass der Angeklagte nicht gleich einer dritten Person die Wohnung betreten hatte. Jedenfalls, so der BGH, sei ein entgegenstehender Wille des W. durch das LG nicht festgestellt. Da Bi. dem Zeugen Br. helfen wollte, greift auch er den Angeklagten rechtswidrig an.

Eine Bewertung des Angriffs als rechtswidrig würde sich aber dann verbieten, wenn sich Br. und Bi. vorgestellt hätten, sie würden in Nothilfe zugunsten des W. handeln und dieser Irrtum unvermeidbar war. Die irrtümliche Annahme, der Wille des W. stehe einem Betreten der Wohnung durch den Angeklagten entgegen, wäre ein Irrtum über Tatsachen und als Erlaubnistatbestandsirrtum zu behandeln: irrtümliche Annahme von Tatsachen, welche die Voraussetzungen einer Nothilfe zugunsten des W. begründen würden. Das Verhalten von Br. und Bi. wäre aber nur bei Vermeidbarkeit dieses Irrtums rechtswidrig, weil nur dann an das fahrlässige Verkennen der wirkli-

chen Situation eine Bewertung des Verhaltens als rechtswidrig geknüpft werden kann.⁴ Ohne diese Anknüpfung an den Handlungsunwert fehlt dem Verhalten im Erlaubnistatbestandsirrtum jede Grundlage für eine Rechtswidrigkeitsbeurteilung.⁵ Auf die Frage eines Irrtums auf Seiten von Br. und Bi. geht der BGH nicht ein, was an den fehlenden Feststellungen liegen dürfte. Allerdings liegt ein Irrtum auch nicht so fern, dass sich diese erübrigen würden. Der BGH hätte dem neuen Tatgericht also einen Hinweis mit auf den Weg geben können, denn ohne Feststellungen zur Motivation von Br. und Bi. bleibt auch die Lösung des Falles über einen Erlaubnistatbestandsirrtum lückenhaft.

b) Notwehrhandlung

Geht man von einem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff aus, so besteht der zweite Schritt darin, die Notwehrhandlung zu bestimmen. § 32 Abs. 2 StGB legt fest, dass Notwehr die erforderliche Verteidigung ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff abzuwenden. Erforderlichkeit ist anzunehmen, wenn die Abwehr des Angriffs geeignet und notwendig ist.⁶ Hinter der Geeignetheit verbirgt sich die Frage, ob die Verteidigungshandlung objektiv und ex ante ein taugliches Mittel darstellt, den Angriff sofort und ohne Gefährdung eigener Interessen abzuwehren.⁷ Mit der Notwendigkeit ist die Auswahl des schonendsten Mittels zur Abwehr des Angriffs verbunden. Es muss sich jedoch um gleich wirksame Mittel handeln. Der Angegriffene muss sich zur Schonung der Sphäre des Angreifers nicht auf weniger erfolgversprechende Abwehrmittel beschränken oder gar eine Flucht der Gegenwehr vorziehen.⁸ Die Wahl der erforderlichen Abwehrmittel oder Abwehrmaßnahmen hängt vom Einzelfall ab. Entscheidend ist die „Kampflage“.⁹ Je intensiver diese ist, umso stärkere Abwehrmaßnahmen können ergriffen werden. Die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung hängt dementsprechend von den Tatsachen ab, welche die Intensität des Angriffs kennzeichnen. Der BGH verliert zur Frage der Notwehrhandlung gegen das Herausdrängen des Angeklagten aus der Wohnung des W. kein Wort. Vielmehr geht er gleich auf die irrtümliche Annahme des Angeklagten ein, dass eine Intensivierung der Notwehrlage (1. Stufe: Herausdrängen, 2. Stufe: „Hinauskatapultieren“) unmittelbar bevorstehe. Zunächst hätte aber erörtert werden müssen, ob das Abwehrverhalten des Angeklagten gegen das Herausdrängen erforderlich und geboten i.S.d. § 32 StGB war. Die gegen Br. und Bi. geführten Stiche mit dem Messer waren ein taugliches Mittel, um den Angriff abzuwehren. Gleich wirksame Verteidigungsmittel standen dem Angeklagten nicht zur Verfügung, eine An-

⁴ A.A. Frister/Korte/Kreß, JZ 2010, 10 (12).

⁵ Vgl. Näher dazu Sinn, GA 2003, 103; ders., in: M. Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 673 (S. 678 f.).

⁶ Vgl. Gropp (Fn. 2), § 6 Rn. 79.

⁷ Gropp (Fn. 2), § 6 Rn. 79.

⁸ Vgl. näher Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 42 ff.

⁹ Vgl. bspw. BGH NStZ 2005, 85; BGH NStZ 2004, 615; BGH NJW 1989, 3027.

drohung des Mittels war wenig erfolgversprechend. An der Erforderlichkeit der Abwehr dürften also keine Zweifel bestehen. Es bleibt also nur noch die Gebotenheit als letzter Ausweg,¹⁰ die Notwehr abzulehnen. Innerhalb dieses Merkmals werden sog. sozialetische Einschränkungen des Notwehrrechts diskutiert. Bestimmte Sachverhalte, in denen die Bejahung des Notwehrrechts aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit ausscheiden soll, werden in Fallgruppen zusammengefasst.¹¹ In Frage kommt hier allein die Fallgruppe des krassen Missverhältnisses zwischen dem verteidigten und dem beeinträchtigten Rechtsgut.¹² Wenigstens mittelbar helfen hier die Ausführungen des BGH. Hinsichtlich der Würdigung des Erlaubnistatbestandsirrtums des Angeklagten durch das Landgericht und der damit zusammenhängenden Frage, wie sich die irriige Annahme des Angeklagten, er werde sogleich aus der Wohnung „hinauskatapultiert“, auswirkt, geht der BGH gerade nicht von einem krassen Missverhältnis zwischen den beeinträchtigten Rechtsgütern von Br. und Bi. (Leib und Leben) und dem verteidigten Rechtsgut (Leib) in Bezug auf den Angeklagten aus. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Freiheitsbeeinträchtigungen des Angeklagten durch den Angriff unterhalb dieser Schwelle zur Fallgruppe des krassen Missverhältnisses führen können. Legt man die objektive Notwehrlage zugrunde, so hatte der Angeklagte objektiv nur zu befürchten, aus der Wohnung gedrängt zu werden. Es handelte sich um eine Freiheitsverletzung, die dem Angeklagten das Zurückweichen aus der Wohnung aufzuzwingen hätte – eine Freiheitsbeeinträchtigung von wenigen Sekunden. Objektiv wurden Br. und Bi. zur Sicherung des Aufenthalts des Angeklagten in der Wohnung des W. erheblich verletzt. Dieser Preis ist zu hoch. Deshalb lag objektiv keine gebotene Abwehrhandlung vor. Im Ergebnis richtig musste ein Notwehrrecht auf Seiten des Angeklagten verneint werden.

2. Erlaubnistatbestandsirrtum

Da der Angeklagte jedoch davon ausging, dass eine Intensivierung des bereits in Gang befindlichen rechtswidrigen Angriffs, den er durch den bislang geleisteten bloßen körperlichen Widerstand nicht mehr begegnen zu können glaubte, unmittelbar bevorstand, schließt der BGH auf einen Erlaubnistatbestandsirrtum.

Dem ist zuzustimmen. In der klassischen Konstellation wird die irriige Annahme von Tatsachen, die einen Rechtfertigungsgrund betreffen, im Fall des § 32 StGB zwar in der Regel auf das Bestehen einer Notwehrlage bezogen, aller-

¹⁰ Mit guten Gründen werden die Einschränkungen, die von Rspr. und h.M. in der Lit. innerhalb der Gebotenheit der Notwehr behandelt werden, von *Gropp* (Fn. 2), § 6 Rn. 81 ff., bereits bei der Erforderlichkeit der Notwehrhandlung behandelt.

¹¹ Vgl. *Gropp* (Fn. 2), § 6 Rn. 81 ff.; *Kühl* (Fn. 3), § 7 Rn. 170 ff.; *Roxin* (Fn. 8), § 15 Rn. 61; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 343 ff.

¹² Vgl. die Nachweise oben Fn. 11 sowie RGSt 23, 116 (117); BayObLG NJW 1965, 163 (164); OLG Hamm OLGZ 1978, 71 (73); BGH NJW 1976, 41 (42).

dings bedeutet das keine Beschränkung auf diese Fälle. Wie gesehen, wird die Auswahl des erforderlichen Verteidigungsmittels durch Tatsachen bestimmt. Die Intensität des Angriffs (Tatsache) bestimmt die Erforderlichkeit des Abwehrmittels bzw. der Abwehrmaßnahmen. In der hier vorliegenden Konstellation lautet die Frage, ob die irriige Annahme des Angeklagten, er solle aus der Wohnung „herauskatapultiert“ werden, die Grundlage für die Bejahung einer erforderlichen und gebotenen Abwehrmaßnahme (Stiche mit dem Messer gegen Bi. und Br.) sein kann. Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Abwehrmaßnahme und konkret in Bezug auf die Notwendigkeit von Messerstichen gegen Br. und Bi. vermag der BGH mangels hinreichender Feststellungen nicht zu entscheiden, ob es dem Angeklagten überhaupt möglich war, den Gebrauch des Messers anzudrohen. Es liegt aber nahe, dass diese Möglichkeit nicht bestand. Der Angeklagte war den Angreifern körperlich und zahlenmäßig unterlegen und befand sich in unmittelbarer Nähe zu den Angreifern. Hinsichtlich der Gebotenheit der Verteidigung kann der BGH demgegenüber zu einer klaren Aussage kommen und diese bejahen. Legt man die Vorstellung des Angeklagten zugrunde, so ändert sich die Qualität seiner vom Angriff betroffenen Freiheitsphäre von einem bagatellartigen Zurückweichen in die „Gefahr nicht unerheblicher Verletzungen infolge eines Sturzes oder eines Aufpralls auf der Wand“¹³. Mit dieser Qualitätsänderung wird auch das bezüglich der objektiven Notwehrlage anzunehmende (s.o.) krasse Missverhältnis zwischen dem verteidigten und dem beeinträchtigten Gut aufgehoben. An der Gebotenheit der Abwehr bestünden also keine Zweifel, wenn die Tatsachen vorgelegen hätten, die der Angeklagte sich vorgestellt hatte. Es liegt also ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor, der nach st. Rspr. des BGH eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung ausschließt.¹⁴ Möglich bleibt, den Angeklagten wegen fahrlässiger Tatbegehung (§ 16 Abs. 1 S. 2 StGB) zu bestrafen, wenn der Irrtum vermeidbar war. In diesem Fall ist § 33 StGB zu berücksichtigen.¹⁵ Um dies zu klären und die Lücken in den Feststellungen zu schließen, hat der BGH den Fall an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

V. Fazit

Der Fall lässt mangels hinreichender tatgerichtlicher Feststellungen viel Spielraum zu Spekulationen in tatsächlicher Hinsicht. Rechtlich ist der Fall jedoch deshalb interessant, weil er eine Konstellation eines Erlaubnistatbestandsirrtums anspricht, die von dem klassischen Fall der irriigen Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehrlage abweicht. Nicht zu übersehen ist jedoch, dass der BGH den Irrtum nur auf der Seite des Angegriffenen problematisiert und die lückenhaften Feststellungen diesbezüglich rügt. Auch

¹³ BGH NStZ 2011, 630 (631).

¹⁴ Begrifflich aber nicht immer einheitlich, vgl. einerseits BGHSt 45, 378 (384: der Vorwurf vorsätzlichen Handelns entfalle) und andererseits BGHSt 31, 264 (286 f.); BGH NStZ 2011, 630 (eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tatbegehung sei ausgeschlossen).

¹⁵ BGH NStZ 2011, 630.

die Angreifer können sich in einem Erlaubnistatbestandsirrtum befunden haben, was die rechtliche Bewertung des Verhaltens des Angeklagten maßgeblich beeinflussen würde.

Prof. Dr. Arndt Sinn, Osnabrück

Entscheidungsanmerkung

Weitergeltung der verfassungswidrigen Vorschriften zur (nachträglichen) Sicherungsverwahrung bis zur Neuregelung, längstens bis 31.5.2013

1. Eine dissoziale Persönlichkeitsstörung unterfällt, auch wenn sie nicht die Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB erfüllt, dem Begriff der psychischen Störung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. e MRK, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG und kann bei aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Verurteilten ableitbarer hochgradiger Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 2 StGB a.F. rechtfertigen (im Anschluss an BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, BGBl. I 2011, S. 1003).
2. Die einschränkenden Maßgaben gemäß dem vorgenannten Urteil des Bundesverfassungsgerichts beanspruchen jedenfalls in „Altfällen“ auch für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 Satz 1 StGB a.F. Gültigkeit. (Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 20, 21, 66b Abs. 1 S. 1 v. 23.7.2004, 66b Abs. 2 v. 23.7.2004;
EMRK Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e;
ThUG § 1 Abs. 1 Nr. 1

BGH, Urt. v. 21.6.2011 – 5 StR 52/11¹

I. Einführung

Die Sicherungsverwahrung ist die schärfste Sanktion des deutschen Strafrechts. Als „Maßregel der Besserung und Sicherung“ wird sie nicht zur Strafe, sondern im Hinblick auf eine zu prognostizierende „Gefährlichkeit“ verurteilter Täter angeordnet.² Mitte der 1990er Jahre schien es, als würde die 1933 eingeführte Rechtsfolge bald nur noch Rechtsgeschichte sein: Die Zahlen der Sicherungsverwahrten wie auch der Neuansordnungen waren auf einem Tiefstand angelangt. Seitdem hat sich fast alles geändert – sowohl der Gesetzgeber wie infolgedessen auch die Praxis haben sich in den vergangenen Jahren intensiv mit dem Bereich befasst. Dies hat zu einer unübersichtlichen, wenig systematischen Rechtslage geführt, die zudem am 4.5.2011 vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt worden ist. Das hier zu besprechende Urteil ist eine der ersten Revisionsentscheidungen zur Sicherungsverwahrung, die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergangen ist. Bevor die zentralen Aussagen der Entscheidung dargestellt werden, soll im

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=37899111bc955b9128ca6f6ed49b3c8c&nr=57060&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> und abgedruckt in BGHSt 56, 254 = NJW 2011, 2744 = StV 2011, 674.

² Umfassend dazu Eisenberg, Kriminologie, 6. Aufl. 2005, § 34 Rn. 57 ff.

Anschluss an den Sachverhalt zunächst als Hintergrund ausgeführt werden, wie sich die Rechtslage in den vergangenen Jahren entwickelt hat.

II. Sachverhalt

Der Verurteilte ist seit 1989 wiederholt wegen verschiedener Delikte verurteilt worden, darunter schwere Sexualstraftaten. Am 17.11.2000 verurteilte ihn das LG Potsdam wegen eines am 1.4.2000 begangenen erpresserischen Menschenraubes in Tateinheit mit Vergewaltigung und wegen Diebstahls zu zehn Jahren Gesamtfreiheitsstrafe. Diese verbüßte er bis 30.6.2010 vollständig. Die Staatsanwaltschaft hat die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung beantragt.

Der Entscheidung zufolge war das Vollzugsverhalten des Verurteilten durch eine fordernde, berechnende und verbal drohende, wiederholt aggressive Verhaltensweise gekennzeichnet. Infolgedessen wurde er während der Haftzeit zwei Mal verlegt sowie erneut verurteilt. Das LG nahm an, dass vom Verurteilten auch nach Verbüßung der Freiheitsstrafe die hochgradige Gefahr der Begehung weiterer schwerer Sexualstraftaten ausgehe, weil er in seiner gestörten Persönlichkeitsstruktur einen Hang zur Begehung solcher Taten habe. Dies zeige sich an seinen Vorstrafen, der sehr hohen Rückfallgeschwindigkeit und dem aggressiven Auftreten während des Strafvollzugs. Am 28.10.2010 ordnete das LG gemäß § 66b Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 StGB a.F. nachträglich die Unterbringung des Verurteilten in der Sicherungsverwahrung an. Hiergegen wendete sich dieser mit seiner Revision, die ohne Erfolg blieb.

III. Entwicklung der Sicherungsverwahrung

Nach der Neuregelung in den 1970er Jahren war das Recht der Sicherungsverwahrung lange Zeit fast unverändert geblieben. Dies änderte sich gegen Ende der 1990er Jahre, als der Gesetzgeber einzelne spektakuläre Sexualdelikte zum Anlass nahm, die Maßregel massiv auszuweiten. In einem ersten Schritt wurde 1998 die bis dahin geltende Höchstgrenze von zehn Jahren bei der ersten Anordnung der Sicherungsverwahrung in § 67d Abs. 1 StGB a.F. aufgehoben, sodass Sicherungsverwahrung seitdem im Prinzip unbegrenzt möglich ist. Außerdem begann der Prozess einer schrittweisen, erheblichen Ausweitung der rechtlichen Möglichkeiten zur Anordnung von Sicherungsverwahrung, indem die Voraussetzungen vor allem für Sexualstraftäter herabgesetzt wurden (§ 66 Abs. 3 StGB a.F.). Eine grundsätzliche Neuausrichtung fand ab 2002 statt: Während es bis dahin nur möglich war, die Sicherungsverwahrung im Strafurteil anzuordnen, wurde nun die Möglichkeit geschaffen, sich die spätere Anordnung von Sicherungsverwahrung im Urteil für den Fall vorzubehalten, dass sich während der Haft eine „besondere Gefährlichkeit“ des Verurteilten herausstellt.³ Im Jahr 2004 wurde sodann auch die nachträgliche Sicherungsverwahrung eingeführt, die eine Anordnung auch ohne vorherigen Vorbehalt

³ BGBl. I 2002, S. 3344.

im Urteil möglich macht.⁴ Schließlich wurden die vorbehaltenen und die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch auf Heranwachsende, die nach allgemeinem Strafrecht (§ 106 Abs. 3-6 JGG) verurteilt wurden, ausgeweitet und 2008 die nachträgliche Sicherungsverwahrung sogar für Jugendliche eingeführt (§ 7 Abs. 2 und 3 JGG). Infolge dieser Veränderungen ist die Zahl der Sicherungsverwahrten von 183 im Jahr 1995 auf 350 im Jahre 2005 und 536 im Jahr 2010 gestiegen.⁵

Triebkraft dieser Entwicklung war und ist eine repressive, auf Ausschluss gerichtete Kriminalpolitik, die seit Mitte bzw. Ende der 1990er Jahre einzelne in der öffentlichen Debatte besonders stark beachtete Kriminalfälle zum Anlass immer weiterer Verschärfungen nahm. Diese waren vor allem darauf gerichtet, in der öffentlichen Debatte Wirkung zu erzielen und verhinderten eine differenzierte Betrachtung.⁶ In der Wissenschaft sind sie ganz überwiegend auf Ablehnung bzw. Skepsis gestoßen. Im Zentrum einer grundsätzlichen Kritik an der Maßregel der Sicherungsverwahrung stehen vor allem zwei Bedenken: Einerseits wird bezweifelt, dass das Ziel der Rückfallvermeidung bei schweren Straftaten am besten durch Freiheitsentzug im Rahmen der Sicherungsverwahrung zu erreichen ist. Eine bessere finanzielle Ausstattung des Strafvollzuges für Behandlung und Nachsorge sei wesentlich effektiver.

Andererseits besteht das Problem der ungenauen Prognosen. Die Sicherungsverwahrung knüpft anders als die Freiheitsstrafe nicht nur an begangenes Unrecht und die Schuld des Täters an, sondern vor allem an zukünftiges Verhalten und eine deswegen bestehende Gefährlichkeit. Die Anordnung setzt daher eine gutachterliche Prognose hierüber voraus.⁷ Die insoweit vorhandenen Methoden sind jedoch ungenau bis unzulänglich.⁸ So nehmen die Prognosekriterien nicht selten das ins Auge gefasste Ergebnis vorweg. Eine Überprüfbarkeit der Prognosen ist kaum gewährleistet. Die Begutachtung stützt sich wesentlich auf Akten, deren Feststellungen bei der Prognose im Sinne einer self-fulfilling-prophecy reproduziert werden. Schätzungen aus der Praxis zufolge sollen 80 % der Prognosen fehlerhaft negativ über-

höht sein;⁹ bei der Hälfte der als gefährlich eingestuft soll es sich um so genannte „false positives“ handeln, das heißt um Betroffene, die zu Unrecht als gefährlich eingestuft wurden. Eine neuere Untersuchung zur nachträglichen Sicherungsverwahrung ermittelte einen Anteil von gut 65 %, die fälschlich als gefährlich eingestuft wurden.¹⁰ Die Studie untersuchte die Rückfälligkeit von bundesweit 77 Personen, gegen die auf Antrag der Staatsanwaltschaft und nach Einschätzung der Vollzugsanstalten die nachträgliche Sicherungsverwahrung angeordnet werden sollte, dies aber von den Gerichten letztlich abgelehnt wurde, so dass die Betroffenen entlassen wurden. Von den 77 Personen wurden bis zum Stichtag der Studie lediglich zehn erneut zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt. 50 der 77 hatten gar keine neuen Eintragungen im Bundeszentralregister. Selbst von diesen 50 Nichtrückfälligen waren 30 von mindestens einem Sachverständigen in seinem Gutachten als hochgefährlich eingeschätzt worden.¹¹

IV. Das Problem der „Altfälle“

Eine neue Stufe der Entwicklung hat das Recht der Sicherungsverwahrung seit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom Dezember 2009 genommen. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die deutsche Praxis die verschiedenen beschriebenen Neuerungen auch auf Sicherungsverwahrte bzw. Verurteilte angewendet, deren Taten bzw. Verurteilungen vor Inkrafttreten der gesetzlichen Änderung lagen. Danach konnten also etwa Personen, die bei Aufhebung der Höchstgrenze von zehn Jahren im Jahr 1998 bereits verurteilt waren, auch über diese bis dahin geltende Grenze hinaus verwahrt werden. Ebenso konnte die nachträgliche Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB a.F., die aus sich heraus bereits rückwirkend ist, dieser Auffassung nach auch verhängt werden, wenn die strafrechtliche Verurteilung vor Inkrafttreten der Regeln zur nachträglichen Sicherungsverwahrung im Jahr 2004 lag. Begründet wurde dies damit, dass die Sicherungsverwahrung eine Maßregel der Besserung und Sicherung und daher keine Strafe sei. Somit fänden auch das Rückwirkungsverbot und das Doppelbestrafungsverbot keine Anwendung.

Dieser Praxis ist der EGMR mit seiner Entscheidung vom Dezember 2009 entgegengetreten.¹² In dieser hatte der Gerichtshof befunden, dass die Sicherungsverwahrung eben nicht nur präventiv wirke, sondern wie eine Strafe auch tadelnd, und dass ihr Vollzug dem herkömmlichen Strafvollzug so ähnlich sei, dass die Sicherungsverwahrung als Strafe im

⁴ BGBl. I 2004, S. 1838. Zur Kritik daran *Rzepka*, Recht und Psychiatrie 2003, 127.

⁵ Strafvollzugsstatistik (Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Fachserie 10, Rechtspflege, Reihe 4.1, Strafvollzug) 2010, Tab. 1.1, Stichtag 31.3. – Die Zahl der Anordnungen steigt seit Mitte der 1990er Jahre an. Die Zahlen lauten für die Jahre 1993, 1997, 2001, 2005 und 2009 jeweils 27, 46, 74, 75 und 107, Strafverfolgungsstatistik (Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Fachserie 10, Rechtspflege, Reihe 3, Strafverfolgung), jeweils Tab. 5.4 bzw. 5.5.

⁶ Siehe dazu *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft – Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert, 3. Aufl. 2012, S. 34 ff., 57 ff.

⁷ Siehe zu Prognosen in der Praxis *Eisenberg* (Fn. 2), § 34 Rn. 57 ff.; siehe auch die Untersuchung von *Kinzig*, ZStW 109 (1997), 122.

⁸ Siehe zur PCL-R von *Hare* etwa *Müller*, NStZ 2011, 665.

⁹ Nachweise bei *Scharmer*, Gemeinsame Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen (Organisationsbüro) und des Republikanischen Anwälten- und Anwälteverein (RAV e.V.) zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz „zur Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung“ vom 9.11.2011, S. 3.

¹⁰ *Alex*, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel, 2010.

¹¹ *Alex* (Fn. 10), S. 91 ff.

¹² EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M v. Deutschland) = NJW 2010, 2495. Dazu *Pollähne*, KJ 2010, 255.

Sinne der EMRK anzusehen sei. Daher gelte auch für sie das Rückwirkungsverbot aus Art. 7 Abs. 1 EMRK. Danach war die rückwirkende Anwendung der Neuerungen im Recht der Sicherungsverwahrung nicht (mehr) möglich. In Reaktion auf die Entscheidung hat der Gesetzgeber eine Neuregelung vorgenommen, die zum 1.1.2011 in Kraft getreten ist. Eine weitere Unterbringung der so genannten Altfälle, die also bereits von der Rückwirkung betroffen waren, sollte das im Zuge dessen geschaffene Therapieunterbringungsgesetz (ThuG) ermöglichen, das nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 auf das Vorliegen einer psychischen Störung abstellt, um so den Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK zu genügen.¹³

Schließlich hat mit Urteil vom 4.5.2011 das Bundesverfassungsgericht sämtliche Regelungen der Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt.¹⁴ Das Gericht geht zwar nach wie vor davon aus, dass die Maßregel keine Strafe sei. Es stellt aber fest, dass die Sicherungsverwahrung als schwerwiegender Eingriff in das Freiheitsgrundrecht nur bei strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu rechtfertigen sei. Hierfür müsse insbesondere das Abstandsgebot eingehalten werden, wonach sich der Vollzug der Sicherungsverwahrung und der herkömmliche Strafvollzug deutlich unterscheiden müssten. Eigentlich dürften Sicherungsverwahrten keine weiteren Belastungen auferlegt werden, als der Entzug der äußeren Freiheit; der Vollzug müsse therapiegerichtet und freiheitsorientiert sein. Diesen Anforderungen würden weder Praxis noch Regelung der Sicherungsverwahrung gerecht.¹⁵ Die nachträgliche bzw. rückwirkende Verlängerung bzw. Anordnung der Sicherungsverwahrung sieht das BVerfG darüber hinaus zwar nicht als Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot. Diese seien aber mit dem Vertrauensschutzgebot unvereinbar und daher ebenfalls nur bei strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zudem nur zum Schutz höchster Verfassungsgüter zulässig.¹⁶

Der Gesetzgeber muss nunmehr eine umfassende Neuregelung vornehmen, die derzeit vorbereitet wird. Bis dahin – längstens aber bis zum 31.5.2013 – gelten die bisherigen, verfassungswidrigen Vorschriften in beschränkter Form fort, wie das BVerfG in seinem Urteil bestimmt hat.¹⁷

V. Die Entscheidung des BGH

Das in Rede stehende Urteil des BGH betrifft diese Fortgeltung der Vorschriften der Sicherungsverwahrung in der Übergangszeit bis zur Neuregelung und hier die nachträgliche Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 1 S. 1, Abs. 2 StGB a.F. Die Anordnung des LG Potsdam hat der 5. Strafsenat dabei an den strengen Vorgaben des BVerfG aus dessen Urteil vom 4.5.2011 gemessen.

Die in die amtliche Sammlung¹⁸ aufgenommene Entscheidung ist im Wesentlichen wegen drei Aspekten von Interesse. Erstens überträgt sie die modifizierte Anwendung, die das BVerfG in seinem Tenor unter III. 2. für § 66b Abs. 2 StGB a.F. gefordert hat, auf § 66b Abs. 1 S. 1 StGB a.F.¹⁹ Hintergrund dessen ist die Fortgeltung der verfassungswidrigen Vorschriften, die wegen des damit verbundenen Grundrechtseingriffs nur unter strengen Voraussetzungen angewendet werden dürfen. Dabei hat das Verfassungsgericht zwei Konstellationen unterschieden.²⁰ Bei Regelungen, die nur wegen Verstoßes gegen das Abstandsgebot verfassungswidrig sind, ist danach eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, die in der Regel verlangt, dass eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist.²¹ Demgegenüber dürfen Vorschriften, die zudem auch mit dem Vertrauensschutzgebot unvereinbar sind, weil sie rückwirken, nur modifiziert angewendet werden. Voraussetzung ist, dass eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten ist und dieser an einer psychischen Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG leidet. Diese Anforderungen müssten danach auch für § 66b Abs. 1 S. 1 StGB a.F. gelten. In dem Tenor vom 4.5.2011 hatte das BVerfG unter III. 2. aber ausdrücklich nur § 66b Abs. 2 StGB a.F. genannt, um den es in den der Entscheidung zugrundeliegenden Fällen ging. Der BGH hat in seinem Urteil klargestellt, dass die strenge modifizierte Anwendung nach den Gründen der Entscheidung des BVerfG auch für § 66b Abs. 1 S. 1 StGB a.F. gelten muss, jedenfalls wenn es sich um einen Altfall mit Rückwirkungsproblematik handelt. Zu dem gleichen Ergebnis kommt eine Entscheidung des BVerfG hinsichtlich § 66b Abs. 1 S. 1, 2 StGB a.F., die in zeitlicher Nähe zu dem Urteil des BGH ergangen ist.²²

Zweitens stellt der BGH in seinem Urteil entsprechend den Vorgaben des BVerfG fest, dass eine dissoziale Persönlichkeitsstörung eine psychische Störung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThuG und Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK sein kann, auch wenn sie nicht den für §§ 20, 21 StGB erforderlichen Grad erreicht. Dieser Aspekt ist insofern von Interesse, als es sich bei der psychischen Störung um einen neuen, kaum geklärten Rechtsbegriff handelt.²³ Der Gesetzgeber hat ihn im ThuG eingeführt, weil er sich nach der Entscheidung des EGMR vom Dezember 2009 in einer Zwickmühle befand. Einerseits war danach eine Freiheitsentziehung in den Altfällen nach der EMRK praktisch nur noch gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK wegen einer psychischen Erkrankung zulässig. Andererseits galten die Sicherungsverwahrten ja aber gerade

¹³ Dazu *Morgenstern/Morgenstern/Drenkhahn*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 5 (2011), 197.

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a. = NJW 2011, 1931.

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 95 ff.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 131 ff.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 167 ff.

¹⁸ BGHSt 56, 254.

¹⁹ Abs. 2 der Norm ermöglicht im Gegensatz zu Abs. 1 die Verhängung auch bereits für Einmaltäter.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., Rn. 171 ff.

²¹ Hierzu etwa BGH, Beschl. v. 2.8.2011 – 3 StR 208/11.

²² BVerfG NJW 2011, 2711 (nur Ls.) = EuGRZ 2011, 413.

²³ Zur gegenwärtigen Debatte BVerfG StV 2012, 25; *Morgenstern*, ZIS 2011, 974 (976 ff.).

nicht als psychisch krank und kamen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der §§ 20, 21 StGB. Durch das ThuG werden in den Altfällen die Sicherungsverwahrten also nunmehr praktisch umetikettiert von „gefährlichen“ zu „psychisch gestörten“ Tätern. Es bleibt abzuwarten, ob der EGMR dieses Vorgehen billigen wird.

Drittens schließlich ist die Revisionsentscheidung des BGH bemerkenswert, weil sie die nunmehr für die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung geltenden Voraussetzungen dem landgerichtlichen Urteil entnimmt, obwohl dieses vor der Entscheidung des BVerfG ergangen ist und daher einen weniger strengen Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt hatte. Dass der 5. Strafsenat gleichwohl nicht auf eine neue tatgerichtliche Beurteilung entschieden hat, ist aber wohl alleine dem Umstand geschuldet, dass der zugrundeliegende Fall ein extremer ist, bei dem sich auch die nun geltenden strengen Anforderungen vergleichsweise klar aus den Urteilsgründen der landgerichtlichen Entscheidung ergeben haben. Auch der Senat ist daher ausweislich des letzten Satzes der Entscheidung der Auffassung, dass es sich insofern um einen Einzelfall handelt, der nur ausnahmsweise so behandelt werden konnte.

VI. Ausblick

Die kriminalpolitische Linie, die seit Ende der 1990er Jahre die Entwicklung der Sicherungsverwahrung bestimmt hat, ist nicht nur in der Sache grundlegender Kritik ausgesetzt und wenig zielführend. Sie hat mit der gegenwärtigen Situation auch zu einer überaus verworrenen Rechtslage geführt. Nach der Entscheidung des BVerfG hat der Gesetzgeber nun die Chance, einen Neuanfang zu machen – sowohl hinsichtlich der Anordnungsvoraussetzungen, die zumindest auf einen absoluten Kernbereich und die Anordnung im Urteil zurückgeschnitten werden sollten, als auch hinsichtlich der Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung. Die hierfür notwendigen, finanziell aufwändigen Verbesserungen dürfen nicht auf Kosten des herkömmlichen Strafvollzuges gehen, sondern sollten für diesen vielmehr als Orientierung dienen.

Prof. Dr. Tobias Singelstein, Berlin

Entscheidungsanmerkung

Tötungsvorsatz eines Arztes bei verzögerter Klinikeinweisung nach einer ambulanten Operation

1. Fordert der Arzt nach Eintritt von Komplikationen aus sachfremden Erwägungen keinen Rettungswagen an, kommt ein Tötungsvorsatz in Frage. Zwingend ist ein solcher aus den sachfremden Motiven jedoch nicht zu folgern.
2. Ob ein aktives Tun oder Unterlassen vorliegt, hängt vom Schwerpunkt des Vorwurfs ab. Dieser liegt bei der verspäteten Einweisung in ein Krankenhaus nach einer rechtswidrigen Operation im Unterlassen des Herbeirufens der medizinisch gebotenen Hilfe.
3. Ein Verstoß gegen die Aufklärungspflicht führt zur Rechtswidrigkeit eines medizinischen Eingriffs. Kommt es nach der Operation und einer fehlerhaften Anschlussbehandlung zum Tode des Patienten, wird das verwirklichte Risiko vom Schutzzweck der verletzten Norm erfasst. In der fehlerhaften Reanimationsanschlussbehandlung realisiert sich das Übernahmeverschulden des Arztes, der gegen die Aufklärungspflicht verstoßen hat.
4. Erkennt der Arzt die Todesgefahr seiner Patientin und wartet mit der Einlieferung in ein Krankenhaus, bis die Patientin sicher versterben würde, um hierdurch den Nachweis seiner eigenen Verursachung zu erschweren, handelt er mit Verdeckungsabsicht. (Leitsätze der Bearbeiterin)

StGB § 227

BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10 (LG Berlin)¹

I. Einführung

Der Sachverhalt, über den der 5. Senat hier zu urteilen hatte, hat alles, was eine medienwirksame Geschichte braucht: Eine Patientin, die nach einer medizinisch nicht indizierten Schönheitsoperation stirbt, weil der behandelnde Schönheitschirurg nicht nach den Regeln der Kunst ans Werk gegangen ist, dies hinterher sogar noch zu vertuschen versucht und erst einmal davon absieht, die erforderliche Hilfe anzufordern. Die Patientin bleibt deshalb über Stunden bewusstlos in der Tagesklinik des Schönheitschirurgen und wird erst viel zu spät in eine Intensivstation eingeliefert.

Der Fall ist aber nicht nur eine fast unglaubliche Geschichte, sondern bietet auch einigen Stoff für die juristische Ausbildung. Der Senat hatte nämlich gleich über mehrere ausbildungsrelevante Fragen zu entscheiden.

Würde der Fall so oder ähnlich Inhalt einer Klausur, wären vom Klausurersteller viele Hinweise zu geben, welche die Prüfung des subjektiven Tatbestandes überhaupt erst möglich

machten. Es müsste z.B. dargelegt werden, in welchem Zeitpunkt der Arzt die Todesgefahr der Patientin erkannt und dennoch keine Hilfe geholt hat und ob er dabei den Tod billigend in Kauf genommen oder damit gerechnet hat, diesen durch seine eigenen Bemühungen selbst abwenden zu können.

In der Praxis muss der Rechtsanwender dagegen in der Regel von Indizien auf die Kenntnis und damit auch den Vorsatz des präsumtiven Täters schließen. Da für die Verurteilung des Arztes entscheidend war, inwieweit er Vorsatz bezüglich der Tötung hatte, musste der Senat deshalb nicht in erster Linie die rechtlichen Erwägungen des Landgerichts, sondern vor allem auch dessen Feststellungen über das tatsächliche Geschehen und auch die innere Tatseite des Handelnden prüfen. Dabei stellt der Senat ganz allgemein Überlegungen dazu an, wie sich die Feststellung von Motiven auf deren Indizwirkung für den Vorsatz auswirkt.

Unabhängig vom Tötungsvorsatz hat sich der Angeklagte aber wegen Körperverletzung mit Todesfolge strafbar gemacht, wenn der erforderliche Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen der Körperverletzung und dem späteren Tod gegeben ist.

Da auch der Nebenkläger – der Ehemann der verstorbenen Patientin – Revision eingelegt hat, prüft der Senat weiterhin, ob unter der Prämisse des Landgerichts, nach der ein Tötungsvorsatz vorgelegen hat, das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht zu bejahen ist.

Insgesamt ist das Urteil durch diese zweifachen Hilfsüberlegungen beim ersten Lesen nur schwierig zu durchschauen. Der Senat hinterfragt erst einmal, ob die Annahme des Tötungsvorsatzes und damit die Verurteilung wegen (versuchten) Totschlages von den Feststellungen des Urteils überhaupt gedeckt ist.

Überraschend ist auf den ersten Blick schon die Verurteilung wegen versuchten Totschlages, weil die Patientin verstorben ist. Diese Verurteilung hängt mit der das Urteil alles beherrschenden Frage des Tötungsvorsatzes zusammen. Das Landgericht hat zwar das Vorliegen des Tötungsvorsatzes bejaht, aber es konnte nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob die Patientin in dem Zeitpunkt, in dem das Landgericht den Vorsatz angenommen hat, noch hätte gerettet werden können. In dubio pro reo musste deshalb davon ausgegangen werden, dass die erforderlichen Rettungshandlungen des Angeklagten zu spät gekommen wären. Wenn der Angeklagte die Lebensgefahr – wie vom Landgericht behauptet – erst erkannt hatte, als die Patientin schon nicht mehr zu retten war, liegt keine vollendete Tötung, sondern ein untauglicher Tötungsversuch vor, weil der Erfolg unabhängig vom Handeln oder Unterlassen des Angeklagten eingetreten ist.

Der Senat prüft in seinem Urteil nun im Wesentlichen genau diese Feststellungen und die darauf beruhenden Folgerungen, also in erster Linie, ob die Feststellungen die Annahme eines Tötungsvorsatzes überhaupt tragen. Obwohl der Senat dies im Ergebnis verneint und deshalb das Urteil mit samt der Feststellungen aufhebt, stellt er dennoch die rechtliche Erwägung an, ob es sich um einen Totschlag durch Unterlassen oder durch aktives Tun handelt. Auf die Revision des Nebenklägers hin denkt der Senat sogar weiter und zwei-

¹ Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=10dd38d2d54db9e0581849efc86eb059&nr=57334&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> und abgedruckt in NJW 2011, 2895.

felt daran, ob – unter der Voraussetzung, dass überhaupt Tötungsvorsatz nachgewiesen kann – nicht auch eine Strafbarkeit wegen versuchten Mordes in Betracht kommt, weil der Arzt in Verdeckungsabsicht gehandelt hat.

Keine rechtlichen oder tatsächlichen Bedenken hat der *Senat* hingegen, die Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu bejahen, die auch das Landgericht bereits angenommen hat. Wegen der rechtlichen Erwägungen des BGH zum Unmittelbarkeitszusammenhang sei auch auf diesen Punkt kurz zurückgekommen.

II. Sachverhalt

Einen erheblichen Teil des Urteils des BGH nehmen der vom Landgericht festgestellte Sachverhalt und die daraus resultierenden Folgerungen des erstinstanzlichen Gerichts zum Tötungsvorsatz ein. Dieser Fall bietet dem Studierenden deshalb nicht nur Anlass, rechtliche Erwägungen nachzuvollziehen, sondern verdeutlicht auch die Schwierigkeiten in der Praxis, Motive und Kenntnisse des präsumtiven Täters aus dem tatsächlichen Geschehen zu schließen.

Der Angeklagte – ein erfahrener und in der Unfallchirurgie habilitierter Arzt – betrieb eine Tagesklinik in Berlin, in der er zahlreiche plastische chirurgische Eingriffe vornahm. Am 30.3.2006 unterzog sich die 49 Jahre alte gesunde S bei dem Angeklagten einer Bauchdeckenstraffung, verbunden mit einer Fettabsaugung, Entfernung einer Narbe und Versetzung des Bauchnabels. Für diese Operation hatte sie schriftlich ihr Einverständnis erklärt, allerdings nachdem der Angeklagte ihr der Wahrheit zuwider zugesichert hatte, dass am Tag der Operation ein Anästhesist zugegen sein würde. Kurz vor der Operation fragte S nach diesem, woraufhin die Arzthelferin antwortete, dass „dies der Doktor gleich mache“. 20 Minuten vor der Operation narkotisierte der Angeklagte die S, zwei weitere Narkosen folgten später. Eine Blutgasmessung, mit der die Sauerstoffversorgung des Gehirns zu bestimmen ist, erfolgte nicht.

Dieses Vorgehen entsprach nicht dem ärztlichen Standard, weil die konkreten Narkotisierungen in ihrer Kombination gesundheitliche Risiken bargen, die nur bei Überwachung durch einen Anästhesisten vorgenommen werden durften.

Beim Schließen der Wunde um 12.30 Uhr kam es bei S zu einem Herz-Kreislauf-Stillstand. Der Angeklagte reanimierte mittels einer Herzdruckmassage, während derer S erbrach. Der Angeklagte verabreichte Sauerstoff und andere Medikamente. Die Vitalwerte kamen wieder in den Normbereich, allerdings war der äußere Zustand der S unverändert und sie erlangte das Bewusstsein nicht wieder.

Auch diese Vorgehensweise war nicht *lege artis*, weil die fehlende Möglichkeit zu einer Blutgasanalyse eine sofortige Verlegung der Patientin in eine Intensivstation zu einer cerebralen Reanimation notwendig gemacht hätte.

Der Angeklagte führte seine Sprechstunde weiter und sah regelmäßig nach der Patientin. Dem Ehemann der S ließ er mehrfach ausrichten, mit seiner Frau sei alles in Ordnung, aber sie schlafe immer wieder ein. Um 18.30 Uhr fragte der Angeklagte erstmals im Krankenhaus an, ob auf der Intensivstation ein Bett frei sei. Dabei erklärte er ebenfalls, die Pa-

tientin schlafe immer wieder ein. Erst um 19.10 Uhr bestellte er einen Krankentransportwagen, allerdings ohne intensivmedizinische Ausrüstung. Dieser traf gegen 19.45 Uhr bei der Tagesklinik ein. Die Sanitäter erkannten sofort den Ernst der Lage und bemerkten, dass die Patientin Sauerstoff brauche. Nach einem heftigen Streit mit dem Angeklagten setzten sie durch, dass sie mit Blaulicht und Martinshorn in die Klinik fahren konnten, weil die Patientin in Lebensgefahr schwebte.

Bei der Einlieferung auf die Intensivstation verschwieg der Angeklagte den zuvor eingetretenen Herzstillstand und die folgende Reanimation. Er übergab auch weder Krankenunterlagen noch teilte er Informationen über die verabreichten Medikamente mit. Zwar hinterließ er eine Mobilfunknummer, war aber unter dieser im weiteren Verlauf des Abends nicht zu erreichen. Erst am 3. April – also eine Woche nach der Operation – reichte er eine Kopie des Operationsberichts und ein Narkoseprotokoll ein. S verstarb am 12. April, ohne das Bewusstsein wieder erlangt zu haben.

Der genaue Zeitpunkt der irreversiblen Hirnschädigung durch die Unterversorgung mit Sauerstoff konnte nicht sicher bestimmt werden, aber sie trat nachmittags in der Klinik des Angeklagten ein. Hätte der Angeklagte die S sofort nach der Reanimation in ein Krankenhaus gebracht, hätte sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überlebt.

III. Entscheidung des Senats

Das Landgericht Berlin hat den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit versuchtem Totschlag (§§ 227; 212, 22, 23; 52 StGB) verurteilt.

1. Körperverletzung mit Todesfolge

Die Verurteilung wegen § 227 StGB hebt der *Senat* zwar auf.² Dies geschieht aber nur, weil das Landgericht die Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit dem versuchten Totschlag bejaht hat. Letztere sieht der *Senat* als durch die Feststellungen nicht erwiesen an, so dass die Aufhebung der Verurteilung in diesem konkreten Fall auch die Verurteilung nach § 227 StGB erfasst.

a) Ärztliche Behandlung als Körperverletzung

Ob ein ärztlicher Heileingriff, der nach den Regeln der Kunst vorgenommen wird, eine Körperverletzung darstellt, gehört zu den klassischen Meinungsstreitigkeiten, die auch in der juristischen Ausbildung erörtert werden. Während die h.M. einen medizinisch indizierten, nach den Regeln der Kunst vorgenommenen Heileingriff als tatbestandliche Körperverletzung bejaht und zur Strafflosigkeit erst auf der Ebene der Rechtfertigung gelangt,³ verneint die Gegenansicht, die in

² BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 30.

³ BGHSt 11, 111; 45, 219 (221). Vgl. zur zivilrechtlichen Rechtsprechung BGHZ 29, 176; zustimmend *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 223 Rn. 56; *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 35. Aufl. 2011,

erster Linie von der älteren Literatur vertreten wurde,⁴ schon die Tatbestandsmäßigkeit.⁵

In casu spielt dieser Streit aber keine Rolle, und zwar aus zwei Gründen. Zum einen handelt es sich nicht um einen Eingriff, der aus Heilzwecken indiziert war, sondern um eine kosmetische Operation. Plastische chirurgische Operationen sind grundsätzlich keine Heileingriffe, sondern dienen „nur“ der Herstellung oder Hebung des sozialen Wohlbefindens. Der Streit, ob medizinisch indizierte Heileingriffe tatbestandsmäßig sind oder nicht, stellt sich bei solchen Behandlungen deshalb gar nicht.⁶ Der Angeklagte hat sich folglich wegen Körperverletzung strafbar gemacht, wenn S nicht eingewilligt hat. Da die Einwilligung davon abhängt, ob der Arzt den Patienten über die Bedeutung und Tragweite des Risikos aufgeklärt hat, ist die Aufklärung des Angeklagten entscheidend für die Klassifikation der konkreten Operation als Körperverletzung.⁷

Eine Aufklärung darüber, dass der Eingriff nur in Anwesenheit eines Anästhesisten vorgenommen werden darf, hat nicht stattgefunden. Das Landgericht ist dabei überzeugend davon ausgegangen, dass S die Operation abgelehnt hätte, wenn sie gewusst hätte, dass die Hinzuziehung eines Anästhesisten medizinisch geboten war und dies unterbleiben sollte. Die Operation stellt also eine Körperverletzung dar, wenn S nicht wirksam eingewilligt hat. Unstreitig hat sie dies nicht im Vorfeld nach der Aufklärung über die Risiken des Eingriffs getan.

b) Interpretation des tatsächlichen Geschehens

Nach der Überzeugung des Landgerichts, die vom Senat geteilt wird, ergibt sich auch nichts anderes daraus, dass S kurz vor der Operation von der Arzthelferin mitgeteilt bekommen hat, „der Doktor übernehme das gleich“. Grundsätzlich hätte auch die Möglichkeit bestanden, aus dem tatsächlichen Geschehen andere Rückschlüsse zu ziehen und zumindest über eine konkludente Einwilligung der Patientin in eine Operation ohne Narkosearzt nachzudenken.

Eine eindeutige Aufklärung darüber, dass die Anwesenheit eines Anästhesisten notwendig ist, nicht aber erfolgen soll, kann in der kurzen Bemerkung der Arzthelferin nicht gesehen werden. Darin sind sich sowohl das Landgericht als auch der Senat einig.⁸ Diese Deutung verdient Zustimmung.

Rn. 329; Jäger, JuS 2000, 31 (34); Hardtung, JuS 2008, 864 (868).

⁴ Deshalb als rechtsgeschichtliches Problem bezeichnet von Laufs, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, Kap. 2 § 6 Rn. 28; siehe aber auch Lackner/Kühl, Strafrecht, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 223 Rn. 8 mit weiteren aktuellen Nachweisen.

⁵ Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341 (372); Hardwig, GA 1965, 161.

⁶ Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 34; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 223 Rn. 10.

⁷ BVerfG NJW 1979, 1929; BGH NJW 1956, 1106; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 228 Rn. 14.

⁸ BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 21.

Die Aufklärungspflicht des Arztes ist nicht ohne Grund in zwischen stark formalisiert, weil dem Patienten nicht zugemutet werden soll, in aller Kürze und ohne intensive ärztliche Aufklärung seine Zustimmung zu einer unter Umständen komplizierten Operation zu geben.⁹ Ein kurzer Hinweis einer Arzthelferin – noch dazu kurz vor dem Eingriff – genügt diesen Anforderungen nicht, zumal der Hinweis, dass der Doktor das „bald mache“, keineswegs eindeutig ist und so den Aufklärungspflichten keinesfalls genügen kann. S hat deshalb keine konkludente Einwilligung in eine Operation ohne Anästhesisten abgegeben, so dass der Angeklagte einen Eingriff ohne die erforderliche Einwilligung vorgenommen hat.

Ein Aufklärungsfehler führt grundsätzlich zur Bewertung des Eingriffs als Körperverletzung.¹⁰ Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung und wird vom Senat hier ausdrücklich betont.¹¹ Der Streit, ob die fehlende Kausalität oder ein Zurechnungsmangel die Strafbarkeit entfallen lässt, wenn der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte oder sich nicht das Risiko realisiert hat, über das nicht aufgeklärt worden ist,¹² spielt in unserem Fall keine Rolle, weil S in eine Operation ohne Narkosearzt schwerlich eingewilligt hätte, wenn sie darüber aufgeklärt worden wäre, dass die Hinzuziehung eines solchen Arztes lege artis ist, in ihrem Fall aber unterbleiben soll. Da die unfachgemäße Narkotisierung und damit die fehlende Hinzuziehung eines Anästhesisten zum Tod führte, hat sich das Risiko realisiert, über das der Angeklagte nicht ordnungsgemäß aufgeklärt hat. Die an S vorgenommene Operation ist deshalb eine Körperverletzung.

c) Unmittelbarkeitszusammenhang des § 227 StGB

Durch den späteren Tod der S hat der Angeklagte sich deshalb wegen Körperverletzung mit Todesfolge strafbar gemacht. Problematisch ist hier allein, ob das verwirklichte Risiko vom Schutzzweck der verletzen Aufklärungspflicht erfasst ist.¹³ Der Unmittelbarkeitszusammenhang ist nur gegeben, wenn sich gerade das Risiko im Erfolg verwirklicht hat, das der spezifischen Gefahr der Körperverletzung entspricht.¹⁴

Der Senat bejaht dies in casu. Ursächlich für den Tod seien die fehlerhaften Reanimationsbemühungen des Angeklagten gewesen. Dass solche überhaupt notwendig geworden sind, lag an der fehlerhaften Narkose, also auch an der unterlassenen Hinzuziehung eines Anästhesisten. Da es dieser Umstand war, über den der Angeklagte nicht ordnungsgemäß aufgeklärt hat, gehörten auch die Reanimationsbemühungen zur einwilligungslosen Operation. Damit habe sich das Risiko realisiert, für dessen Übernahme der Angeklagte durch seine

⁹ Mit vielen Beispielen Lackner/Kühl (Fn. 4), § 228 Rn. 14.

¹⁰ BGHSt 43, 306 (309).

¹¹ BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 30.

¹² Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 223 Rn. 40e-40f.

¹³ Vgl. dazu Eschelbach, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 15.8.2011, § 227 Rn. 7.

¹⁴ BGHSt 31, 96 (98); 48, 34 (37); BGH NSTz 2008, 150 (151); Puppe, NSTz 1983, 22.

mangelhafte Aufklärung verantwortlich sei. Der Operation, die durch die fehlende Beteiligung eines Anästhesisten und die darüber unterlassene Aufklärung zu einer Körperverletzung geworden ist, haftete deshalb die spezifische Gefahr an, die zum Tod des Opfers geführt hat.¹⁵

Im Ergebnis ist dem *Senat* hier Recht zu geben: Es war letztlich die Operation, die wegen der fehlenden Hinzuziehung eines Narkosearztes und dem Aufklärungsmangel eine Körperverletzung darstellt und gleichfalls wegen dieses Umstandes zum Tode geführt hat. Die vom Angeklagten selbst vorgenommene, nicht dem ärztlichen Standard entsprechende Narkose hat sich deshalb im Erfolg realisiert.

Zweifelhaft ist lediglich der Umweg des *Senats* über die angeblich todesbringenden Reanimationsanschlussbehandlungen des Angeklagten.

Nicht nur beim Totschlag, sondern bereits bei der Körperverletzung mit Todesfolge ist danach zu fragen, auf welchem Verhalten bzw. Unterlassen der Erfolg, also der Tod der S, beruht. Der *Senat* stellt hier auf die Reanimationsversuche des Angeklagten ab, nimmt also eine aktive Handlung an, die sich an die originäre Körperverletzung anschließt, die im Ergebnis zum Tod der S geführt hat. Das ist aber ausweislich des Geschehens gar nicht notwendig. Nach den zur objektiven Seite des Geschehens unwidersprochenen Feststellungen des Landgerichts ließ sich nicht mit Sicherheit nachweisen, dass die Reanimationsbemühungen des Arztes ursächlich für den Tod waren. Die medizinischen Sachverständigen nahmen eher an, dass die Reanimationsbehandlungen – bis auf die erste Herzmassage – insgesamt wirkungslos waren, zumindest aber den Zustand der S nicht verschlechtert hätten. Ursächlich war deshalb zwar das Unterlassen der erforderlichen Hilfe, nicht aber die nicht dem ärztlichen Standard entsprechende Anschlussbehandlung. Es ist aber gar nicht erforderlich, auf das Unterlassen abzustellen, weil sich im Tod die Gefahr der ursprünglichen Körperverletzung, nämlich die Operation ohne die Hinzuziehung eines Anästhesisten realisiert hat. Durch die unsachgemäße Narkose, in die S nicht eingewilligt hat und die deshalb eine Körperverletzung darstellt, ist die Gefahr entstanden, dass es zu einer Sauerstoffunterversorgung des Gehirns der S kommt. Diese Gefahr hat sich im späteren Tod realisiert, so dass der Unmittelbarkeitszusammenhang schon zwischen der ersten Körperverletzung und dem Todeserfolg vorliegt und es eines Rekurses auf die fehlerhafte Reanimationsanschlussbehandlungen oder das unterlassene Hilfesuch nicht bedarf.

2. Versuchter Totschlag durch Unterlassen

Das Landgericht hatte den Angeklagten nicht wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen, sondern durch aktives Tun verurteilt. Diese Verurteilung hebt der *Senat* auf, weil der Angeklagte dadurch rechtsfehlerhaft beschwert sei.

a) Unterlassenstrafbarkeit

Dabei verweist der *Senat* auf die in der Rechtsprechung anerkannte Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen, indem auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit abgestellt

¹⁵ Siehe auch BGHSt 33, 322 (323).

wird.¹⁶ Dieser liege hier im Unterlassen der frühzeitigen Einweisung auf die Intensivstation und nicht in den erfolglosen Reanimationsbemühungen.¹⁷ Die Versorgung der Patientin mit den kreislaufstabilisierenden Mitteln – also das aktive Tun – sei zudem eher nutzlos gewesen, so dass schon aus diesem Grunde der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem Unterlassen und nicht dem aktiven Tun gelegen habe.

b) Tötungsvorsatz

Diese vom Landgericht abweichende Beurteilung ist aber nicht der einzige Grund, aus dem der *Senat* die Verurteilung des Angeklagten aufhebt. Nach Ansicht des *Senats* tragen die Feststellungen des Landgerichts die Verurteilung wegen Totschlags nicht, weil sich der Tötungsvorsatz nicht zweifelsfrei ergebe.¹⁸

Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit sind schon in einer Klausur nur schwierig voneinander abzugrenzen. Hier musste das Landgericht aber von objektiven Kriterien auf das Wissen und die Vorstellungen des Angeklagten schließen. Nach Ansicht des *Senats* reichen die Feststellungen, die das Landgericht getroffen hat, dafür nicht aus.

Das Vorliegen sachfremder Motive für den Entschluss, keinen Krankenwagen zu rufen, stelle jedenfalls keinen Erfahrungssatz dar, aus dem sich auf das Willenselement des bedingten Vorsatzes schließen ließe. Hier habe das Landgericht den Vertuschungshandlungen des Angeklagten entnommen, er habe sich zur Wahrung seiner eigenen Interessen mit dem Tod der Patientin abgefunden und damit billigend in Kauf genommen. Eine solche Argumentation sei aber nicht ausreichend, um den Tötungsvorsatz belegen zu können.¹⁹ Das folge schon daraus, dass es rational gar nicht das Interesse des Angeklagten gewesen sein kann, den Tod der Patientin herbeiführen zu wollen. Der Angeklagte habe gehandelt, um die Aufdeckung seines Fehlverhaltens, nämlich die Operation ohne Anästhesisten, zu verhindern. Dies sei aber allenfalls möglich, wenn die Patientin überlebt. Im Falle des Todes der Patientin sei die kunstfehlerhafte Behandlung sicherlich bei einer zu erwartenden Obduktion entdeckt worden. Ein rational verankerter Zusammenhang zwischen Tod und dem Willen des Angeklagten, unentdeckt zu bleiben, sei deshalb nicht zu erkennen.²⁰

Der *Senat* behauptet aber auch nicht, dass der Vorsatz in diesem Fall nicht vorgelegen habe, sondern hält lediglich die Feststellungen des Landgerichts für nicht ausreichend. Der Angeklagte selbst hat einen Tötungsvorsatz abgestritten, so dass die erstinstanzliche Kammer objektive Geschehnisse deuten und auf den Vorsatz des Angeklagten Rückschlüsse ziehen musste. Der *Senat* wirft dem Landgericht nicht vor,

¹⁶ BGHSt 40, 257 (265); siehe dazu *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Fn. 4), Kap. 23 § 149 Rn. 20; kritisch *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 5, siehe aber auch § 13 Rn. 279.

¹⁷ BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 29.

¹⁸ BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 22 ff.

¹⁹ BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 24.

²⁰ BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 26.

dass dies anhand der von ihm getroffenen Feststellungen nicht möglich sei. Fehlerhaft sei lediglich das einseitige Abstellen auf die Vertuschungshandlungen. Diesen allein lasse sich nicht entnehmen, ob der Angeklagte den Tod der Patientin in Kauf genommen. Möglich sei nämlich auch eine andere Deutung, nämlich dass der Arzt aus Eigenüberschätzung und Verbohrtheit gehandelt habe.²¹ Der Grund für die verspätete Einweisung der Patientin wäre dann nicht das Vertuschen der eigenen Fehlleistung durch die Tötung, sondern der Glaube daran, eben diese durch die eigenen Handlungen noch abwenden zu können. Mit dieser abweichenden möglichen Deutung wird sich das Landgericht auseinander setzen müssen.

3. Verdeckungsabsicht

Sollte das Landgericht dabei zu dem Ergebnis kommen, dass tatsächlich Tötungsvorsatz vorgelegen hat, muss es auch klären, ob ein Mord durch Unterlassen, namentlich aus Verdeckungsabsicht, vorgelegen hat. Wenn der Angeklagte nach Erkennen der Todesgefahr geplant hat, mit der Einlieferung so lange zu warten, bis die Patientin im Krankenhaus sicher versterben würde, hätte er unter Umständen geplant, den Nachweis seiner eigenen Verursachung zu erschweren.

An dieser Stelle bewertet der *Senat* auch das Verhalten des Angeklagten, nachdem er im Krankenhaus ein Bett bestellt hatte.²² Die Rettungsassistenten diskutierten nach eigener Aussage heftig mit dem Angeklagten über die Notwendigkeit des Einsatzes von Sonderrechten. Diese sind nur einzusetzen, wenn ein Menschenleben in Gefahr ist. Das Landgericht wird das Verhalten des Angeklagten nach der Einweisung der Patientin daraufhin zu untersuchen haben, ob die Einschätzung Dritter – der Sanitäter und Ärzte des Krankenhauses – dem Angeklagten die gefährliche Situation seiner Patientin vor Augen geführt haben, so dass Tötungsvorsatz ab diesem Zeitpunkt vorlag. Wenn dies bejaht werden kann, kommt auch ein Mord in Betracht, weil nicht auszuschließen ist, dass der Angeklagte gehandelt hat, um seine vorherige Operation ohne wirksame Einwilligung und damit eine Körperverletzung zu verdecken.

IV. Ausblick

Die Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz ist schon in der Theorie oftmals nicht einfach. In der Praxis aber stellt sich darüber hinaus das Problem, dass von Indizien auf den Vorsatz Rückschlüsse gezogen werden müssen.

Der Fall weist zu viele Besonderheiten auf, als dass sich ohne weiteres allgemeine Grundsätze für andere Fälle extrahieren ließen.²³ Der *Senat* hat aber eines deutlich gemacht: Die Annahme eines Tötungsvorsatzes bedarf einer gründlichen Feststellung der Motive des Täters. Es reicht nicht aus, dass es völlig unsachgerecht war, keine Hilfe zu holen; über diese Wertung dürfte Einigkeit bestehen. Das Verhalten nach

Einweisung der Patientin in die Intensivstation darf wohl als empörend eingestuft werden. Ein Arzt, der seine Patientin erst leichtsinnigerweise in Gefahr bringt und danach nichts unternimmt, um ihr zu helfen und den Menschen, die dies tun wollen, noch Steine in den Weg legt, verdient wenig Sympathie. Aber vielleicht ist es auch genau dieser Punkt, der gegen einen Tötungsvorsatz spricht. Es ist durchaus nicht von der Hand zu weisen, dass der Angeklagte bis zum Schluss an den guten Ausgang geglaubt hat, nämlich aus reiner Selbstüberschätzung.

Schon die Operation ohne die Hinzuziehung eines Anästhesisten war nach den Sachverständigengutachten leichtsinnig und medizinisch nicht vertretbar. Der Angeklagte hat es sich offensichtlich dennoch zugetraut. Nun könnte man schon zu diesem Zeitpunkt einen bedingten Tötungsvorsatz überlegen, weil es nicht auszuschließen ist, dass der Angeklagte wusste, dass die Gefahr des Todes durch eine kunstgerechte Narkose bestand und sich damit abgefunden hat. Gegen die Annahme eines solchen Vorsatzes spricht aber ein sehr gewichtiges Argument: Kein Arzt hat ein Interesse daran, dass die Patienten während oder nach seiner Operation versterben. Das Geschehen lässt deshalb nur die Deutung zu, dass der Angeklagte es nicht für notwendig hielt, einen ausgebildeten Narkosearzt hinzuziehen, weil er davon ausging, die Narkose selbst vornehmen zu können – offensichtlich eine Selbstüberschätzung. Es ist deshalb auch eine nicht fernliegende Deutung, dass der Arzt auch nach dem Eintritt der Komplikationen sich selbst und seine Fähigkeiten schlicht überschätzt hat und sich selbst nicht eingestehen wollte, dass er die Situation nicht mehr unter Kontrolle hatte.

In casu kann zumindest bis zur Einweisung ins Krankenhaus auch eine fehlerhafte Bewertung der eigenen Kenntnisse Grund für das Verhalten des Arztes sein.

Schwieriger wird es indes, auch die mangelnde Unterstützung des Angeklagten nach Einweisung noch zu erklären.²⁴ Spätestens zu diesem Zeitpunkt haben ihm mehrere Personen die gefährliche Lage, in der die Patientin sich befand, verdeutlicht. Der Angeklagte muss also spätestens dann erkannt haben, dass Lebensgefahr vorliegt. Ein Tötungsvorsatz kann hier nur abgelehnt werden, wenn der Angeklagte die Weitergabe der Information für nicht wesentlich gehalten hat, entweder weil die Ärzte des Krankenhauses die lebenserhaltenden Maßnahmen auch ohne seine Mitwirkung erfolgreich würden anwenden können oder im Gegenteil es der Patientin nichts mehr nützen würde, weil der Tod ohnehin nicht mehr abzuwenden war.

Der *Senat* hat einen Einzelfall entschieden und ist dabei sehr vorsichtig zu Werke gegangen – vielleicht sogar zu vorsichtig.²⁵ Er hat die Schwelle, bei der ein Tötungsvorsatz eines Arztes bei unterlassenen Rettungshandlungen angenommen werden darf, sehr hoch gesetzt. Grund dieser skrupulösen Haltung des *Senats* dürfte nicht zuletzt das irrationale Verhalten des Angeklagten gewesen sein. Seine Vertuschungshandlungen waren von Anfang an nicht dazu geeignet, die Fehler bei der Operation zu dauerhaft zu verheimlichen.

²¹ BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 26.

²² BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 33 ff.

²³ Siehe aber die grundsätzlichen Gedanken bei *Kudlich*, NJW 2011, 2856.

²⁴ *Kudlich*, NJW 2011, 2856 (2857).

²⁵ *Kudlich*, NJW 2011, 2856 (2857).

chen, wenn die Patientin verstirbt. Es musste ihm also aus eigenem Interesse daran gelegen haben, dass sie überlebt. Dann fragt sich aber noch viel mehr, warum er mit der Hinzuziehung professioneller Hilfe so lange gewartet hat.

Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

Entscheidungsanmerkung

Zu den Voraussetzungen des Missbrauchs von Amtsabzeichen und der Amtsanmaßung bei der Begehung eines Raubes

1. Eine Wegnahme liegt auch vor, wenn das Opfer den Gewahrsamswechsel nicht nur duldet, sondern die Sache dem Täter auf dessen Verlangen herausgibt, sofern dieser eine amtliche Beschlagnahme behauptet (Leitsatz 1 des Verf.)
2. Zu den Anforderungen an die Darlegung von Finalzusammenhang und Zueignungsabsicht (Leitsatz 2 des Verf.)
3. Zu den Anforderungen an die Darlegung des Qualifikationsmerkmals des § 250 Abs. 2 StGB (Leitsatz 3 des Verf.)
4. Zur Strafbarkeit wegen Amtsanmaßung und wegen unbefugten Tragens von inländischen Uniformen und Amtsabzeichen, wenn der nicht der Bundeswehr angehörende Täter unter Vortäuschung seiner Zugehörigkeit zu den Feldjägern der Bundeswehr hoheitliche Befugnisse gegenüber Zivilpersonen in Anspruch nimmt (Leitsatz 4 des Verf.).
5. Die Ausübung militärischer Hoheitsbefugnisse und die Wahrnehmung militärischer Aufgaben sind regelmäßig nicht dem Begriff des öffentlichen Amtes im Sinne des § 132 StGB zuzuordnen; Soldaten sind deshalb keine Amtsträger im strafrechtlichen Sinne (Leitsatz 5 des Verf.)
6. Handelt der Täter nicht nur unter Vortäuschung seiner Zugehörigkeit zu den Soldaten oder dem zivilen Personal der Bundeswehr, sondern beansprucht er zusätzlich „Amtsbefugnisse“ als Feldjäger, kommt eine Strafbarkeit nach § 132 Alt. 2 StGB in Frage (Leitsatz 6 des Verf.)

StGB §§ 132, 132a, 249, 250

BGH, Beschl. v. 15.3.2011 – 4 StR 40/11¹

I. Einleitung

Der Sachverhalt des zu besprechenden Beschlusses erweckt sofort Assoziationen zur historischen und literarischen Figur des „Hauptmanns von Köpenick“.² Diesem „Hauptmann“ (tatsächlich handelte es sich um den arbeitslosen Schuhmachergesellen Wilhelm Voigt) war es am 16.10.1906 durch Auftreten als vermeintlicher Hauptmann gelungen, zehn

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2011, 1979 und abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=5bf2c9f3f2316e0176abb7323efad250&nr=56460&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

² Zuckmayer, Der Hauptmann von Köpenick, Ein deutsches Märchen in drei Akten, uraufgeführt 1931. Dazu Schmidhäuser, Verbrechen und Strafe, 2. Aufl. 1996, S. 172-185, S. 267. Vgl. auch Müller-Dietz, NJW 2004, 544 (547 f.).

Soldaten unter sein Kommando zu bringen, mit ihnen das Rathaus von Köpenick zu besetzen, den dortigen Bürgermeister zu verhaften und die Stadtkasse an sich zu bringen. Erinnerungswürdig ist die Geschichte weniger wegen der Tat selbst, sondern weil die Menschen einschließlich der an die Befehlsgewalt „ihres“ Hauptmannes glaubenden Soldaten allzu leicht bereit waren, den Anforderungen des in Uniform auftretenden Wilhelm Voigt Folge zu leisten. Allerdings: Nicht nur im Wilhelminischen Kaiserreich lebende „Untertanen“ fügen sich zunächst einmal Anordnungen, wenn sie aus „offiziell Mund“ stammen, wie auch diese BGH-Entscheidung zeigt, bei der die Beschuldigten im Vergleich zum historischen Hauptmann offenbar teilweise etwas tollpatschig voringen. Unter Ausbildungsgesichtspunkten ist die Entscheidung interessant, weil eine Reihe immer wieder auftretender Examensprobleme angesprochen und überdies zum Verhältnis der beiden Tatbestandsalternativen des § 132 StGB Stellung genommen wird.

II. Sachverhalt

Nachdem eine Bekannte ihm gegenüber geäußert hatte, sie sei während einer kurzen Beziehung vom späteren Opfer sexuell missbraucht worden, fasste der Angeklagte den Plan, die Tat zu rächen und das Opfer gemeinsam mit einem Komplizen zu verprügeln. Hierbei wollte er nicht als Privatperson, sondern in offizieller Funktion auftreten, weshalb er zwei Schriftstücke entwarf, die aufgrund der Verwendung militärischer und nationaler Insignien den Eindruck hoheitlichen Handelns vermittelten und von einem angeblichen Hauptmann und Oberst unterschrieben waren. Nachdem weitere Personen das „Rachekommando“ bis in die Nähe der Wohnung des Opfers begleitet hatten, zogen der Angeklagte und ein Mitstreiter Feldjägeruniformen an, der Angeklagte trug zusätzlich eine Oberarmbinde mit dem Aufdruck „MP“ (Militärpolizei). Sie führten Gaspistolen mit sich, die des Angeklagten war jedoch ungeladen. Als beide in der Wohnung des Opfers feststellten, dass es nicht allein war, gaben sie ihr Vorhaben auf, das Opfer zu verprügeln und sahen sich offenbar gezwungen, von nun an zu „improvisieren“. Während der Angeklagte dem Opfer die von ihm angefertigten Schriftstücke übergab, richtete sein Begleiter die Pistole auf die Anwesenden. Beim Durchladen der Waffe fiel eine Patrone heraus, woraufhin er sich in die Küche begab und bei geschlossener Tür eine lautstarke Durchsuchung vornahm. Trotz dieses wenig souveränen Auftretens zweifelte niemand an der Feldjäger-eigenschaft der Eindringlinge. Dementsprechend konnte der Angeklagte weiterhin als Feldjäger agieren, ließ das Opfer eines der Schreiben unterzeichnen und fragte es, ob es Waffen oder Betäubungsmittel in Besitz habe. Daraufhin entnahm er einer vom Opfer geöffneten Schublade ein Messer im Wert von € 10,- und bemerkte, er müsse es „konfiszieren“. Zudem steckte er eine Tüte mit Marihuana ein, die einem der weiteren Anwesenden gehörte. Das „konfisziertere“ Messer warf der Angeklagte einige Wochen nach der Tat weg, während er das Marihuana auf deren Bitte an eine der Begleiterinnen weitergab. Der Angeklagte wurde unter anderem wegen schweren Raubes und Tateinheitlich hierzu wegen

Missbrauchs von Amtsabzeichen und Amtsanmaßung verurteilt.

III. Rechtliche Würdigung

1. Verurteilung wegen schweren Raubes

Als Revisionsgericht ist der BGH darauf angewiesen, dass ihm der Sachverhalt in einer Weise dargelegt wird, die ihm überhaupt erst die Prüfung ermöglicht, ob das angegriffene Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruht (vgl. § 337 Abs. 1 StPO). Was die Verurteilung wegen Raubes angeht, vermisst der BGH gerade ausreichende tatsächliche Darlegungen des erstinstanzlich entscheidenden Gerichts.

a) Wegnahme

Nachdem das Opfer die Schublade geöffnet hatte, entnahm der Angeklagte daraus das Messer und steckte zudem ein Päckchen Marihuana ein, das einem der weiteren Anwesenden gehörte. Der BGH stellt zunächst richtig klar, dass die Duldung der Wegnahme von Messer und Marihuana einen ausreichenden Nötigungserfolg darstellt.³ Abgesehen davon wäre sogar dann von einer Wegnahme auszugehen, wenn dem eine amtliche Beschlagnahme vortäuschenden Täter auf sein Verlangen die Sache durch das Opfer selbst ausgehändigt wird.⁴ Die Herausgabe durch den Nötigungsadressaten stellt nämlich keineswegs den Fremdschädigungscharakter solchen Handelns in Frage, weil angesichts der für die Abgrenzung zwischen Fremd- und Selbstschädigungsdelikten maßgeblichen inneren Willensrichtung kein tatbestandsausschließendes Einverständnis des Opfers angenommen werden kann:⁵ Entweder fehlt es an dessen Wirksamkeit, da es nicht innerlich „frei“ zustande gekommen ist,⁶ oder man lehnt bereits ganz prinzipiell das Vorliegen eines Willensentschlusses ab, weil das Opfer ausschließlich auf einen jede Willensbetätigung ausschließenden Befehl reagiert.⁷

b) Finalzusammenhang

Unzureichend sind laut BGH die erstinstanzlichen Ausführungen zur finalen Verknüpfung von Nötigungsmittel und Wegnahme.⁸ Der damit angesprochene Finalzusammenhang ist nicht im Sinne objektiver Kausalität zu verstehen, sondern bedeutet lediglich, dass der Einsatz der Nötigungsmittel aus Tätersicht im Dienste der Wegnahme steht.⁹ Gewalt oder

Drohung dürfen insbesondere nicht nur gelegentlich der Anwendung einer fremden Sache erfolgen, sondern müssen sich darauf richten, den Gewahrsamsbruch durch Ausschaltung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes zu ermöglichen oder zu erleichtern.¹⁰

Der BGH konzidiert immerhin, dass der Angeklagte die Gaspistole offen in einem Holster am Oberschenkel trug und überdies während der Tatausführung „fast ständig“ seine Hand auf sie gelegt hatte, woraus sich eine zumindest konkludente Drohung ergeben könnte, sie nötigenfalls einzusetzen.¹¹ Obwohl er diesen Umgang mit der Pistole zumindest im Sinne sachgedanklichen Mitbewusstseins reflektiert haben wird, ist damit keineswegs gesagt, dass dieses Verhalten der Wegnahme dienen sollte. Dem angesichts des unerwarteten Antreffens weiterer Personen zu Improvisationen gezwungenen Angeklagten ging es – wie der spätere Umgang mit der „Beute“ nahe legt – möglicherweise gar nicht um diese Gegenstände, sondern allein darum, den Eindruck hoheitlichen Handelns hervorzurufen und aufrechtzuerhalten. Insofern hätte die Drohung die Durchführung der Wegnahmehandlung zwar objektiv ermöglicht oder erleichtert, wäre vom Angeklagten aber nicht zielgerichtet zu diesem Zweck eingesetzt worden. Hinzu kommt, dass nach der Sachverhaltsschilderung das gesamte Vorgehen – man denke etwa an die beim Durchladen der Waffe zu Boden fallende Patrone – durch erhebliche Nervosität geprägt war. Kann dann tatsächlich ohne weiteres von einem finalen Einsatz der Pistole als Instrument der Wegnahme ausgegangen werden? Dies jedenfalls – so der BGH – hätte in den erstinstanzlichen Ausführungen zumindest hinreichend dargelegt werden müssen.

c) Zueignungsabsicht

Weil der Angeklagte das Messer einige Wochen nach der Tat wegwarf und das Päckchen Marihuana auf deren Bitte an eine der Begleiterinnen weitergab, könnte – worauf der BGH gleichfalls hinweist – das Vorliegen des Merkmals der Zueignungsabsicht zweifelhaft sein.¹²

Sollte es dem Angeklagten bei der „Konfiszierung“ gar nicht um die Einverleibung des Messers in das eigene Vermögen gegangen sein, sondern ausschließlich darum, durch die Maßnahme seine Performance als vermeintlicher Feldjäger glaubwürdig zu gestalten, läge eine Enteignung ohne Aneignung vor. Ungeachtet eines etwaigen (Eventual-)Enteignungswillens fehlt es an einem Aneignungswillen, wenn der Täter eine Sache nur wegnimmt, um sie wegzuworfen, zu beschädigen oder zu zerstören,¹³ aber auch: um auf

³ BGH NJW 2011, 1979.

⁴ BGH NJW 2011, 1979.

⁵ Siehe hierzu BGHSt 18, 221 (223). Vgl. auch BGHZ 5, 365 (368); BGH GA 1960, 277 (278); BGH GA 1965, 107.

⁶ BGHSt 18, 221 (223); BGH NJW 1952, 796; BGH NJW 2011, 1979; Geppert, JuS 1977, 70 (75).

⁷ Rengier, JuS 1981, 654 f.; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 13 Rn. 80. Vgl. auch Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2009, Rn. 53; Hecker, JuS 2011, 849 (850); Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 34. Aufl. 2011, Rn. 632 ff.

⁸ BGH NJW 2011, 1979.

⁹ Vgl. BGH NSTz 1982, 380; BGH NSTz 1993, 79; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar,

28. Aufl. 2010, § 249 Rn. 6 f., Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 249 Rn. 4; Rengier (Fn. 7), § 7 Rn. 22.

¹⁰ BGH NJW 2011, 1979; BGH NSTz-RR 1997, 298; BGH NSTz 1999, 510; BGH NSTz-RR 2002, 304 (305).

¹¹ BGH NJW 2011, 1979.

¹² BGH NJW 2011, 1979 (1981).

¹³ Eser/Bosch (Fn. 9), § 242 Rn. 55; Lackner/Kühl (Fn. 9), § 242 Rn. 21; Rengier (Fn. 7), § 2 Rn. 65. Vgl. auch BGH

diese Weise den Eindruck vermeintlicher Feldjägerei zu vermitteln. Allein in der durch Wegnahme erfolgenden Besitzbegründung liegt deshalb keine nur „vorübergehende“ Aneignung.¹⁴ Eine solche Sachentziehung wäre allenfalls nach § 303 Abs. 1 StGB, nicht aber nach Zueignungsdelikten strafbar. Anders wäre es selbstverständlich, wenn es dem Angeklagten im Zeitpunkt der Wegnahme darum gegangen wäre, das Messer für sich zu behalten oder als vermeintlicher Eigentümer an einen Dritten zu veräußern. Ob ein solcher Verkauf realisierbar gewesen wäre oder nicht, hätte an der Absicht nichts geändert, da es sich insofern allein um eine äußere, nicht aber zur Verneinung der Absicht führende innere Bedingung gehandelt hätte.

Im Hinblick auf das Marihuana dürften gleichfalls differenzierte Erwägungen anzustellen sein. Zueignungsabsicht läge vor, wenn es dem Angeklagten im Zeitpunkt der Wegnahme darum gegangen wäre, den Gegenstand seiner Substanz nach dem eigenen Vermögen einzuverleiben. Indes schien er es gar nicht auf das Päckchen Marihuana abgesehen zu haben, da er es auf deren Bitte sofort an die Begleiterin weiterreichte. Einiges spricht insoweit dafür, dass auch das Einstecken dieser Sache im Wesentlichen durch die Vorstellung motiviert war, möglichst glaubwürdig als Feldjäger aufzutreten.¹⁵ Allerdings ist (Selbst-)Zueignungsabsicht gegeben, wenn der Täter gegenüber einem Dritten als Schenkender auftritt und damit nach außen hin selbstständig in einer nur dem Eigentümer zustehenden Weise verfügt, indem er „sich“ die Sachsubstanz zuvor durch Anmaßung der dinglichen Verfügungsbefugnis einverleibt – kurz: angeeignet – hat.¹⁶ Ein solcher Wille muss jedoch bereits bei der Wegnahme vorliegen. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Begleiterin weder ihre Bitte geäußert, noch sind Anhaltspunkte erkennbar, dass der Angeklagte von vornherein eine Weitergabe an sie beabsichtigt hatte.

Auf dieser Linie liegt auch das Ergebnis für die Drittzueignungsabsicht, bei der es um den fremdnützigen Willen geht, einen Dritten in eine sachenrechtsähnliche Herrschaftsbeziehung zum Zueignungsobjekt zu bringen, die ihm die Aneignung ermöglicht.¹⁷ Im Vergleich zur Selbstzueignungsabsicht wird nicht die Enteignungs-, sondern allein die Aneignungskomponente modifiziert.¹⁸ Auch wenn man annimmt, dass sich Selbst- und Drittzueignung keineswegs zwingend im Sinne eines Exklusivitätsverhältnisses aus-

schließen, sondern nebeneinander vorliegen können,¹⁹ setzt dies einen Drittzueignungswillen des Angeklagten im Zeitpunkt der Wegnahme voraus, wofür nach den Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts keine ausreichenden Anhaltspunkte bestehen.

Allerdings kommt eine Strafbarkeit nach § 246 Abs. 1 Alt. 1 StGB in Betracht, sofern der Angeklagte das Päckchen Marihuana entweder sich selbst oder seiner Begleiterin zugeeignet hätte; die Zueignung fungiert im Rahmen der Unterschlagung als Merkmal des objektiven Tatbestandes. Nach der herrschenden engen Manifestationstheorie kommt es darauf an, ob ein nach außen erkennbares Täterverhalten verlässlich zum Ausdruck bringt, er wolle die Sache oder den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einverleiben.²⁰ Die Weitergabe des Marihuana-Päckchens an die eine solche Bitte artikulierende Begleiterin und die damit einhergehende Einräumung des Besitzes wird man als objektive Selbstzueignung ansehen können, da eine solche eigentümerähnliche Weitergabe zwangsläufig ein vorheriges Sichzueignen der Sachsubstanz voraussetzt (Selbstzueignung). Lehnt man eine Exklusivität zwischen Selbst- und Drittzueignung ab, kann in dem Verhalten zugleich eine – allerdings subsidiäre – Drittzueignung liegen, weil hierdurch eine entsprechende Herrschaftsbeziehung zugunsten der Begleiterin hergestellt wird (Drittzueignung).²¹

Etwas anderes gilt natürlich für das weggeworfene Messer, da die Entledigung dieses Gegenstandes keinen Hinweis darauf gibt, dass der Angeklagte die Sache seiner Substanz nach dem eigenen Vermögen einverleiben wollte.²²

d) Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 2 StGB

Auch die erstinstanzlichen Feststellungen zum Qualifikationstatbestand sind laut BGH lückenhaft, zumal nicht einmal die maßgebliche Tatvariante – in Frage kommt die Verwendung einer (Schuss-)Waffe gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB – bezeichnet wurde (vgl. insoweit aber § 260 Abs. 4 S. 1, Abs. 5 S. 1 StPO).²³ Schusswaffen sind Gegenstände, bei denen Geschosse aufgrund Explosionsdrucks durch einen

NJW 1977, 1460; BGH MDR/H 1982, 808 (810); OLG Frankfurt StV 1984, 248 (249).

¹⁴ BGH NJW 1977, 1460; *Eser/Bosch* (Fn. 9), § 242 Rn. 55; *Rengier* (Fn. 7), § 2 Rn. 65.

¹⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Rengier* (Fn. 7), § 2 Rn. 72.

¹⁶ *Lackner/Kühl* (Fn. 9), § 242 Rn. 26; *Rengier* (Fn. 7), § 2 Rn. 72. Vgl. aber *Eser/Bosch* (Fn. 9), § 242 Rn. 56 ff.

¹⁷ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 242, Rn. 48; *Rengier* (Fn. 7), § 2 Rn. 69; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 7), Rn. 166.

¹⁸ *Lackner/Kühl* (Fn. 9), § 242 Rn. 26a; *Rengier* (Fn. 7), § 2 Rn. 69; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 7), Rn. 166.

¹⁹ In diesem Sinne etwa *Rengier* (Fn. 7), § 2 Rn. 73 f. Kritisch *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 6. Aufl. 2011, § 2 Rn. 111; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 7), Rn. 168 f. Geht man von einem Nebeneinander von Selbst- und Drittzueignungsabsicht aus, spricht einiges dafür, aufgrund ihrer altruistischen Zielrichtung von einer Subsidiarität der Drittzueignung auszugehen, vgl. zu derartigen Fragen *Jäger*, JuS 2000, 651; *Rengier* (Fn. 7), § 2 Rn. 73a.

²⁰ Zum Ganzen *Rengier* (Fn. 7), § 5 Rn. 10a ff.

²¹ Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 9), § 246 Rn. 21, § 242 Rn. 58; *Rengier* (Fn. 7), § 5 Rn. 19a; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 7), Rn. 313.

²² Vgl. BGH NJW 1977, 1460; OLG Düsseldorf NJW 1987, 2526 f.; *Eser/Bosch* (Fn. 9), § 246 Rn. 14; *Lackner/Kühl* (Fn. 9), § 246 Rn. 8.

²³ BGH NJW 2011, 1979 (1980). Ebenso BGH NStZ 2010, 101 (102); BGH HRRS 2011, Nr. 448, Rn. 2.

Lauf nach vorne getrieben werden.²⁴ Gaspistolen zählen zu den in § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB beschriebenen Waffen im technischen Sinne, da sie ihrem Wesen nach dazu bestimmt sind, auf mechanischem oder (im Falle einer Gaspistole) chemischem Wege Verletzungen beizubringen.²⁵ Auch wenn lediglich Gas den Lauf verlässt, wirkt das durch einen Schuss freigesetzte Gas sogar über eine gewisse Distanz hinweg auf das Nervensystem des Gegners ein und kann ihn empfindlich verletzen.²⁶

Der Qualifikationstatbestand ist jedoch nur verwirklicht, wenn die Waffe einsatzfähig ist, woran es bei einer ungeladenen Waffe gerade fehlt.²⁷ Das Vorliegen des Qualifikationsmerkmals kann für den Angeklagten – dessen Gaspistole ungeladen war – daher nur angenommen werden, wenn ihm die Verwendung der Gaspistole durch den Komplizen im Wege der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) zugerechnet werden kann. Hierzu müsste wiederum dessen Gaspistole als Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB anzusehen sein, wozu laut BGH im erstinstanzlichen Urteil ausreichende Feststellungen hinsichtlich Ladezustand und Funktionsfähigkeit fehlen.²⁸ Selbst wenn dem Komplizen beim Durchladen der Pistole eine Patrone auf den Boden fiel (geladen war seine Waffe also zumindest zum Tatbeginn) hätten hier genauere Darlegungen erfolgen müssen. Das Herausfallen der Patrone beim Durchladen könnte immerhin ein Indiz dafür sein, dass die Pistole letztlich nicht funktionsfähig war.

2. Verurteilung wegen Missbrauchs von Amtsabzeichen

Mit Blick auf die Verurteilung wegen Missbrauchs von Amtsabzeichen rügt der BGH gleichfalls unzureichende tatsächliche Feststellungen.²⁹ Ansatzpunkt für eine entsprechende Strafbarkeit kann zum einen das Tragen der Feldjägeruniform (§ 132a Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 StGB) und zum anderen das Tragen der Oberarmbinde mit der Aufschrift „MP“ sein (§ 132a Abs. 1 Nr. 4 Var. 4 StGB). Amtsabzeichen sind dabei solche Zeichen, die den Träger als Inhaber eines bestimmten öffentlichen Amtes kenntlich machen.³⁰

§ 132a StGB basiert auf dem Gedanken, dass Menschen gegenüber den Trägern einer Uniform oder eines Amtsabzeichens oftmals anders reagieren, weil von ihnen eine gewisse

Autorität ausgeht.³¹ Dementsprechend bedarf die Bevölkerung des Schutzes vor solchen Personen, die mit „falschem Schein“ auftreten. Die Vorschrift intendiert daher den Schutz der Allgemeinheit vor Personen, die sich durch den Gebrauch falscher Bezeichnungen oder eines falschen Erscheinungsbildes den Anschein besonderer Funktionen, Fähigkeiten und Vertrauenswürdigkeit geben.³²

Da der strafrechtliche Vertrauensschutz nicht ins Unermessliche wachsen soll, wird grundsätzlich nur das Tragen derjenigen Uniformen und Amtsabzeichen erfasst, die aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen eingeführt wurden.³³ Amtsabzeichen müssen zudem an regulären Uniformen angebracht sein und den Täter als Inhaber eines bestimmten Amtes ausweisen, weshalb ihre Kombination mit Zivilkleidung nicht strafbar ist.³⁴ Allerdings stehen nach § 132a Abs. 2 StGB den in Abs. 1 Nr. 4 benannten solche Objekte gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind, was sich wiederum nach dem Gesamteindruck eines durchschnittlichen, nicht genau prüfenden Beurteilers bestimmt.³⁵

Ob die von dem Angeklagten und seinem Komplizen getragenen Uniformen oder die von ihm getragene Oberarmbinde diesen Anforderungen genügen, ist unklar. In der Sachverhaltsschilderung findet sich lediglich der Hinweis, die Feldjägeruniformen hätten sich im Besitz des Angeklagten befunden.³⁶ Angaben dazu, woher der Angeklagte diese Uniformen sowie die Oberarmbinde hatte, finden sich ebenso wenig wie Hinweise zum Aussehen der Kleidungsstücke. Zwar war das Opfer ebenso wie die weiteren Anwesenden davon ausgegangen, sich echten Feldjägern gegenüberzusetzen, jedoch kommt es für die Beurteilung der Merkmale Uniform und Amtsabzeichen ebenso wie für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf eine objektive Betrachtung an.

3. Verurteilung wegen Amtsanmaßung

Im Zentrum der Entscheidung stehen die Ausführungen des BGH zum Straftatbestand der Amtsanmaßung nach § 132 StGB, der gleichermaßen ein abstraktes Gefährdungs- und schlichtes Tätigkeitsdelikt darstellt. Anders als § 132a StGB dient die Vorschrift nicht dem Schutz der Bevölkerung, sondern der Autorität und Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Organe.³⁷ Diese basieren wesentlich auf dem Vertrau-

²⁴ Kudlich, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 244 Rn. 7; Lackner/Kühl (Fn. 9), § 244 Rn. 3; Rengier (Fn. 7), § 4 Rn. 8; Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 244 Rn. 7.

²⁵ Rengier (Fn. 7), § 4 Rn. 12. Vgl. auch BGHSt 45, 92 (93); 48, 197 (201); BGH HRRS 2011, Nr. 487, Rn. 3.

²⁶ BGHSt 49, 197 (201). Vgl. auch Lackner/Kühl (Fn. 9), § 244 Rn. 3; Martin, JuS 2003, 824.

²⁷ BGH NJW 1998, 2915 f.; BGH NJW 1998, 3130; BGH NStZ-RR 2000, 43; BGH NStZ-RR 2004, 169; Lackner/Kühl (Fn. 9), § 244 Rn. 3a; Rengier (Fn. 7), § 4 Rn. 10.

²⁸ BGH NJW 2011, 1979 (1980). Ebenso BGH NStZ 2010, 390; BGH HRRS 2011, Nr. 487, Rn. 3.

²⁹ BGH NJW 2011, 1979 (1980).

³⁰ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2007, Rn. 1267; Lackner/Kühl (Fn. 9), § 132a Rn. 5.

³¹ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl. 2011, § 56 Rn. 1. Ferner BGHSt 31, 61 (62); 36, 277 (279).

³² Geppert, Jura 1986, 590 (594); Lackner/Kühl (Fn. 9), § 132a Rn. 1; Rengier (Fn. 31), § 56 Rn. 1.

³³ BGH NJW 2011, 1979 (1980); Krauß, in: Laufhütte/Rising-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 132a Rn. 50.

³⁴ BGH NJW 2011, 1979 (1980); BGH NStZ 1992, 490.

³⁵ Eisele (Fn. 30), Rn. 1267; Krauß (Fn. 33), § 132a Rn. 53; Lackner/Kühl (Fn. 9), § 132a Rn. 9; Rengier (Fn. 31), § 56 Rn. 4.

³⁶ BGH NJW 2011, 1979.

³⁷ Eisele (Fn. 30), Rn. 1249; Fischer (Fn. 17), § 132 Rn. 2; Geppert, Jura 1986, 590 (591); Krauß (Fn. 33), § 132 Rn. 4; Lackner/Kühl (Fn. 9), § 132 Rn. 1. Vgl. auch BGHSt 3, 241 (244); 40, 8 (12 f.); BGH NStZ 2007, 527 (528).

en der Bevölkerung in die Echtheit und Zuverlässigkeit der ihr als Amtsträger gegenübertretenden Personen und ihres hoheitlichen Tätigwerdens.³⁸ Das Bürgervertrauen bildet den Angriffspunkt des Täters, nicht jedoch das von § 132 StGB geschützte Rechtsgut.³⁹

Die Vorschrift enthält zwei Modalitäten, nach denen sich der Täter unbefugt entweder mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes befassen (§ 132 Alt. 1 StGB) oder aber eine Handlung vornehmen muss, welche nur kraft öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf (§ 132 Alt. 2 StGB). Im spezielleren ersten Fall usurpiert der Täter Amt und Handlung, im allgemeineren zweiten Fall lediglich die Handlung.⁴⁰ Der Begriff der Unbefugtheit ist normatives Tatbestandsmerkmal, weil sich der Unrechtsgehalt erst aus dem Handeln ohne Befugnis ergibt.⁴¹

Dreh- und Angelpunkt der Strafbestimmung ist das öffentliche Amt, dessen Träger im Rahmen öffentlich-rechtlich abgegrenzter Zuständigkeiten dienstliche Verrichtungen wahrnimmt.⁴² Es muss sich aus der Staatsgewalt ableiten und Zwecken der öffentlichen Verwaltung dienen, in deren Rahmen der Staat dem einzelnen Bürger nicht auf einer Ebene der Gleichordnung (wie im Falle rein fiskalischer Tätigkeit), sondern in den klassischen Formen hierarchischer Eingriffs- und Leistungsverwaltung unmittelbar gegenübertritt.⁴³

Im Bereich des Militärischen wird der Staat indes nicht unmittelbar gegenüber dem einzelnen Bürger tätig, so dass Soldaten der Bundeswehr keine Amtsträger im strafrechtlichen Sinne sind.⁴⁴ Dementsprechend kann die durch Private erfolgende Usurpation militärischer Befugnisse keine Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellen,⁴⁵ da sie nicht jene

unmittelbare Staat-Bürger-Dimension betrifft, an die das spezifische Unrecht des § 132 StGB ansetzt. Für den Ausschluss militärischer Befehls- und Disziplinalgewalt aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift spricht ferner die Gesetzesgeschichte. Denn § 467 E 1962 sah deren Einbeziehung und Gleichstellung mit öffentlich-rechtlichen Amtsbefugnissen vor, wurde aber gerade nicht Gesetz, woraus sich ein eindeutiger Wille des Gesetzgebers ergibt.⁴⁶ Systematisch kann auf § 48 WStG verwiesen werden, der abschließend diejenigen Vorschriften des Strafgesetzbuchs benennt, in denen Offiziere und Unteroffiziere bei Begehung strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen ausnahmsweise Amtsträgern gleichgestellt werden. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass sie im Grundsatz keine Amtsträger sind und – da der Straftatbestand des § 132 StGB in der enumerativen Aufzählung fehlt – die Anmaßung militärischer Befugnisse nicht als Ausübung eines öffentlichen Amtes angesehen werden kann. Das wehrstrafrechtliche Pendant zur allgemeinstraftrechtlichen Amtsanmaßung in Gestalt des § 38 WStG stellt nun zwar umgekehrt explizit die Anmaßung militärischer Befugnisse unter Strafe, erfasst aber allein die vom personellen Anwendungsbereich des WStG erfassten Soldaten (§ 1 Abs. 1 WStG) und nicht-soldatischen militärischen Vorgesetzten (§ 1 Abs. 2 WStG), jedoch keine Zivilpersonen.⁴⁷

Allerdings traten der Angeklagte und sein Komplize nicht als einfache Soldaten, sondern als Feldjäger auf und agierten gegenüber dem Opfer sowie den weiteren Anwesenden allein unter Hinweis auf diese Stellung. Auf Feldjäger findet nach Kapitel 1 Nr. I. 2 (1. Spiegelstrich) der Zentralen Dienstvorschrift 14/9 (ZDv 14/9) des Bundesministeriums der Verteidigung das Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie zivile Wachpersonen (UZwGBw) Anwendung.⁴⁸ Soldaten mit Sicherungsaufgaben im Sinne jenes Gesetzes stehen allgemeine polizeiliche Befugnisse zu (Anhalten, Überprüfen, vorläufiges Festnehmen, Durchsuchen von Personen; Sicherstellung von Sachen; Anwendung von unmittelbarem Zwang gegenüber Personen und Sachen), die nicht nur gegenüber Bundeswehrangehörigen, sondern gleichermaßen gegenüber Privatpersonen geltend gemacht werden können. Der Bund hat in Gestalt des UZwGBw insoweit von seiner Zuständigkeit zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Bereich des Militärischen Gebrauch gemacht und spezielles Polizeirecht geschaffen.⁴⁹ Die auf der Grundlage

³⁸ *Geppert*, Jura 1986, 590 (591); *Krauß* (Fn. 33), § 132 Rn. 1; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 132 Rn. 1.

³⁹ *Fischer* (Fn. 17), § 132 Rn. 2; *Hohmann*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2, 2005, §§ 80-184f, § 132 Rn. 3; *Krauß* (Fn. 33), § 132 Rn. 4; *Lackner/Kühl* (Fn. 9), § 132 Rn. 1; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 132 Rn. 1. Vgl. auch BGHSt 40, 8 (12 f.).

⁴⁰ *Fischer* (Fn. 17), § 132 Rn. 8; *Geppert*, Jura 1986, 590 (591); *Krauß* (Fn. 33), § 132 Rn. 14, 24, 18; *Rengier* (Fn. 31), § 55 Rn. 2, 5; *Sternberg-Lieben* (Fn. 39), § 132 Rn. 2. Vgl. auch BGH NStZ 2007, 527 (528).

⁴¹ Vgl. hierzu auch *Eisele* (Fn. 30), Rn. 1256; *Fischer* (Fn. 17), § 132 Rn. 15; *Geppert*, Jura 1986, 590 (593 f.); *Krauß* (Fn. 33), § 132 Rn. 25; *Rengier* (Fn. 31), § 55 Rn. 8.

⁴² *Geppert*, Jura 1986, 590 (591); *Krauß* (Fn. 33), § 132 Rn. 7, 9.

⁴³ *Krauß* (Fn. 33), § 132 Rn. 7, 9. Unentschieden noch BGHSt 31, 264 (269).

⁴⁴ BGH NJW 2011, 1979 (1980). Ferner *Fischer* (Fn. 17), § 11 Rn. 16; *Krauß* (Fn. 33), § 132 Rn. 12; *Satzger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 24), § 11 Rn. 18. Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGHSt 31, 264 (267 f.).

⁴⁵ *Fischer* (Fn. 17), § 132 Rn. 5; *Hohmann* (Fn. 39), § 132 Rn. 9; *Krauß* (Fn. 33), § 132 Rn. 12; *Sternberg-Lieben* (Fn. 39), § 132 Rn. 4.

⁴⁶ E 1962, Begr. S. 658.

⁴⁷ *Krauß* (Fn. 33), § 132 Rn. 12. § 38 WStG stellt unter Strafe, wer sich Befehlsbefugnis oder Disziplinarbefugnis anmaßt oder seine Befehls- oder Disziplinarbefugnis überschreitet, wobei das WStG nach § 1 Abs. 2 WStG auch für Straftaten zur Anwendung gelangt, durch die militärische Vorgesetzte, die nicht Soldaten sind, ihre Pflichten verletzen.

⁴⁸ Gesetz v. 12.8.1965 (BGBl. I 1965, S. 796, zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes v. 21.12.2007, BGBl. I 2007, S. 3198).

⁴⁹ Zum Ganzen *Heinen*, Rechtsgrundlagen Feldjägersdienst, 9. Aufl. 2010, S. 14. Vgl. auch BVerwGE 84, 247 (250).

des UZwGBw Tätigwerdenden handeln deshalb in Ausübung allgemeiner polizeilicher Funktionen, wengleich sie hierdurch statusrechtlich nicht zu Polizisten werden.⁵⁰

Aufgrund dieser Feldjägern zugewiesenen allgemeinen polizeilichen Funktionen sieht der BGH zwar keine Strafbarkeit nach § 132 Alt. 1 StGB, wohl aber nach § 132 Alt. 2 StGB als gegeben, indem der Angeklagte und sein Komplize jedenfalls eine Handlung vornahmen, welche nur kraft öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf.⁵¹ Strafbarkeitsbegründend wirkt im Rahmen der zweiten Alternative der aufgrund der Vornahme der Handlung herbeigeführte Eindruck hoheitlichen Handelns und die damit verbundene Anmaßung öffentlich-rechtlicher Funktionen.⁵² Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach dem Eindruck eines unbefangenen Beobachters, wobei dem Aspekt der Verwechselbarkeit besondere Bedeutung zukommt.⁵³ Mit der „Durchsuchung“ und der „Beschlagnahme“ riefen der Angeklagte und sein Komplize ganz offenkundig den Eindruck hoheitlichen Handelns hervor. Ungeachtet der Ungeschicklichkeit des Vorgehens und auch einiger formaler Mängel der gefertigten Schriftstücke war zumindest die Verwechslungsgefahr mit einer Amtshandlung gegeben.⁵⁴

Im konkreten Fall hätte der BGH möglicherweise sogar auf § 132 Alt. 1 StGB abstellen können, der nicht nur die Usurpation der Handlung, sondern auch des Amtes pönalisiert. Immerhin hatten der Angeklagte und sein Komplize nicht nur einzelne Handlungen vorgenommen, sondern waren bewusst als Feldjäger aufgetreten. Obwohl Feldjäger durch die ihnen zugewiesenen allgemeinen polizeilichen Befugnisse statusrechtlich nicht zu Polizisten werden, üben sie – soweit sie von diesen Befugnissen Gebrauch machen – jedenfalls sachlich Polizeiaufgaben aus, so dass man insoweit von einem Amt im funktionellen Sinne ausgehen könnte.⁵⁵ Dementsprechend hätten sich der Angeklagte und sein Komplize nicht nur die Handlung, sondern auch das im funktionalen Sinne zu verstehende öffentliche Amt eines Feldjägers angemaßt. Der Sache nach scheint im Übrigen auch der BGH von einer Anmaßung des Amtes selbst auszugehen wenn er wörtlich ausführt, dass das Opfer an die „Feldjäger-Eigenschaft“ der beiden Täter glaubte und der Angeklagte in „amtlicher Funktion als Feldjäger, also als vermeintlicher Angehöriger der Polizei der Bundeswehr“ aufgetreten sei.⁵⁶ Gegen ein solches Verständnis könnte allerdings eingewandt werden, dass die allgemeinen polizeilichen Funktionen Feldjägern nicht vollständig, sondern nur ausschnittsweise nach Maßgabe des UZwGBw übertragen sind.

Zum Schluss: Der historische „Hauptmann von Köpenick“ hätte sich jedenfalls nicht nach § 132 StGB strafbar gemacht, da die Hauptmannseigenschaft kein öffentliches Amt darstellt und er nicht als Feldjäger, sondern in soldatischer Funktion auftrat.⁵⁷ Wilhelm Voigt wurde kurze Zeit nach seinem Coup verhaftet und noch im Dezember 1906 zu einer Gefängnisstrafe von vier Jahren verurteilt, aber bereits zwei Jahre später vom Kaiser begnadigt.⁵⁸ Durch die Tat wurde er bereits zu Lebzeiten eine Berühmtheit.

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

⁵⁰ Heinen (Fn. 49), S. 14. Vgl. auch BVerwGE 84, 247 (250).

⁵¹ BGH NJW 2011, 1979 (1980 f.).

⁵² Eisele (Fn. 30), Rn. 1256; Krauß (Fn. 33), § 132 Rn. 21; Sternberg-Lieben (Fn. 39), § 132 Rn. 8.

⁵³ Krauß (Fn. 33), § 132 Rn. 22.

⁵⁴ BGH NJW 2011, 1979 (1981). Zur Verwechslungsgefahr siehe auch BGH NStZ 2007, 527 (528).

⁵⁵ Fischer (Fn. 17), § 132 Rn. 5. Vgl. ferner Fischer (Fn. 17), § 11 Rn. 23b.

⁵⁶ BGH NJW 2011, 1979 (1981).

⁵⁷ In diesem Sinne auch Fischer (Fn. 17), § 132 Rn. 5; Krauß (Fn. 33), § 132 Rn. 12.

⁵⁸ Siehe hierzu Schmidhäuser (Fn. 2), S. 176.

Buchrezension

Mächtel, Florian/Uhrich Ralf/ Förster, Achim (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Vorschriftensammlung zum gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und Wettbewerbsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, 800 S., 24,- €

Das Geistige Eigentum boomt. Nicht nur infolge der Vielzahl von Wirtschaftsrechts-Studiengängen und einschlägigen universitären Schwerpunktbereichen, sondern auch wegen der weiter steigenden wirtschaftlichen Bedeutung¹ wird es immer wichtiger, sich bereits im Studium mit dieser Materie zu befassen. Umso wichtiger wird eine das Studium flankierende Gesetzessammlung, die die Bereiche des Gewerblichen Rechtsschutzes, Urheberrecht und Wettbewerbsrecht abdeckt.

Mittlerweile zum Standardwerk avanciert ist die von *Mächtel, Uhrich* und *Förster* herausgegebene Vorschriftensammlung zum Geistigen Eigentum, die aus einem Projekt des DFG-Graduiertenkollegs „Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit“ an der Universität Bayreuth hervorgegangen ist. Sie ist nunmehr in der 3. Auflage erschienen und befindet sich auf dem Stand vom 15.7.2011.

Der Preis ist von 22 € auf 24 € gestiegen. Dafür ist aber auch der Umfang der Sammlung gewachsen. Indem das Sortenschutzgesetz und die Grenzbeschlagnahmeverordnung² eingefügt wurden, wächst die Seitenzahl von den ca. 770 Seiten der Voraufgabe auf nun ca. 800 Seiten an. Auf diesen 800 Seiten werden umfassend das Patentrecht, Marken- und Kennzeichnungsrecht, Urheber- und Verlagsrecht, Geschmacksmusterrecht, Lauterkeitsrecht, Kartellrecht sowie schutzrechtsübergreifende Rechtsakte (in Auszügen) abgedeckt. Auch die Bezüge zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht werden durch die Rom II-Verordnung und die EuGVVO nicht vernachlässigt. Studenten erhalten so ein einheitliches Werk, um sich diese Rechtsgebiete zu erarbeiten. Ohne die Sammlung haben Studenten z.B. im Wettbewerbs- und Kartellrecht eher selten unmittelbaren Zugang zur Preisangabenverordnung, dem Heilmittelwerbegesetz oder dem Buchpreisbindungsgesetz. Aufgrund dieser umfassenden Berücksichtigung der Nebengesetze hat sich die Sammlung in Vorlesungen und Seminaren bewährt.

Besonders positiv muss die beibehaltene Untergliederung der einzelnen Themenkomplexe in deutsches Recht, Europarecht und Internationales Recht hervorgehoben werden. Schon diese Gliederung unterstreicht den Wert dieser Sammlung für die Lehre, denn deutlicher kann man die steigende Verzahnung von nationalem, supranationalem und internationalem Recht kaum darstellen. Man könnte diesen Aspekt noch weiter verdeutlichen und verbessern, indem man an

bestimmten Passagen des Gesetzestextes darauf hinweist, dass die Vorschriften der Umsetzung einer bestimmten Richtlinie dienen. Z.B. bei den amtlichen Hinweisen der §§ 312 ff. BGB wird dies vom Gesetzgeber bereits so gehandhabt. Abgerundet wird die Sammlung durch separate Verweise auf nicht abgedruckte, aber dennoch thematisch relevante Rechtsakte. Zum einen wird so der Seitenumfang begrenzt und zum anderen das Auffinden der einschlägigen Regelwerke beschleunigt.

Ein Stichwortverzeichnis fehlt leider weiterhin.³ Dafür wird die Orientierung durch ein ausführliches Inhaltsverzeichnis und zwei Schnellübersichten (alphabetisch und numerisch) auf den Innenseiten der Buchdeckel erleichtert. Die Bindung der ersten Seiten, auf denen sonst regelmäßig die Schnellübersicht zu finden ist, wird so geschont. Die stabile Fadenheftung ermöglicht der Sammlung, wie bereits bei der Voraufgabe, eine lange Haltbarkeit. Gerade bei Sammlungen, die nicht immer jährlich erscheinen,⁴ ist eine stabile Bindung besonders erfreulich.

Für künftige Auflagen sollte man den Service, der sich bereits auf sehr hohem Niveau befindet, weiter ausbauen. Zum einen kann man sich ein Beispiel an der von *Jayme* und *Hausmann* herausgegebenen Sammlung Internationales Privat- und Verfahrensrecht nehmen.⁵ Dort wird bei völkerrechtlichen Verträgen in Fußnoten festgehalten, für welche Staaten die Übereinkommen gelten. Um die Auslegung zu erleichtern, wird bei europäischen Rechtsakten in Fußnoten auf die jeweils einschlägigen Erwägungsgründe verwiesen. Natürlich muss man berücksichtigen, dass dafür ein enormer redaktioneller Aufwand betrieben werden muss. Um die Stellung als Standardwerk zum Geistigen Eigentum auszubauen, wäre diese Investition jedoch m.E. lohnenswert.

Künftig müsste man zudem in den Abschnitt der schutzrechtsübergreifenden (deutschen) Rechtsakte noch einen Auszug des StGB einfügen: seit April 2011 sind Vergehen aus dem Bereich des geistigen Eigentums im Tatbestand der Geldwäsche enthalten, § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 lit. b StGB.⁶ Beim AEUV ist es sinnvoll die Artt. 114, 118 AEUV⁷ und Art. 288 AEUV zu ergänzen. In die EuGVVO können noch Artt. 2 und 5 Nr. 3 EuGVVO aufgenommen werden, welche den allgemeinen Beklagtengerichtsstand und den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung regeln. Um den Abschnitt zum Urheberrecht abzurunden, könnte man das Künstlersozialversicherungsgesetz in die Sammlung aufnehmen. Die Richtlinie zur Änderung der Richtlinie über die Schutzdauer

³ Dies wurde schon bei der ersten Auflage kritisiert von *Klopschinski*, GRUR Int 2009, 270.

⁴ Die 1. Auflage erschien 2008 und die 2. Auflage 2009.

⁵ *Jayme/Hausmann* (Hrsg.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 15. Aufl. 2010.

⁶ § 261 StGB wurde geändert durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und Steuerhinterziehung (Schwarzgeldbekämpfungsgesetz) v. 28.4.2011, BGBl. I 2011, S. 676.

⁷ Zur Bedeutung der Regelung *Stieper*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 43. Lfg., Stand: März 2011, Art. 118 AEUV Rn. 2 f.

¹ Zur wirtschaftlichen Bedeutung des Urheberrechts *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 29 ff.

² Verordnung EG/1383/2003 des Rates v. 22.7.2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und die Maßnahmen gegenüber Waren, die erkanntermaßen derartige Rechte verletzen, ABl. EG 2003 Nr. L 196, S. 7, berichtigt in ABl. EG 2004 Nr. L 381, S. 87.

des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte konnte leider nicht mehr berücksichtigt werden und ist daher der nächsten Auflage vorbehalten.⁸ Dann könnte die Richtlinie auch schon im Urheberrechtsgesetz umgesetzt sein, denn die Mitgliedstaaten sind bis zum 1.11.2013 zur Umsetzung verpflichtet.

Zusammenfassend muss man sagen, dass die Vorschriftensammlung hält, was der Titel verspricht. Für Vorlesungen, Seminar, Schwerpunkt und Masterstudiengang bleiben keine Wünsche offen. Aber auch die Praxis erhält eine umfassende Sammlung, bei der vor allem die internationalen Bezüge nicht vernachlässigt werden. Damit erfüllt diese hervorragende Vorschriftensammlung alle Voraussetzungen, um weiterhin als Standardwerk uneingeschränkt empfohlen zu werden.

Wiss. Mitarbeiter Robert Briske, Halle

⁸ Richtlinie 2011/77/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.9.2011 zur Änderung der Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABl. EU 2011 Nr. L 265, S. 1.

Buchrezension

Adolf Baumbach/Klaus J. Hopt, Handelsgesetzbuch, C.H. Beck, 35. Aufl., München 2012, 2393 S., € 85,-

Das HGB enthält seit über 100 Jahren die Bausteine des Wirtschaftsrechts – allerdings nur Teilaspekte hierfür. So erstreckt sich das Gesellschaftsrecht je nach Gesellschaftstyp auf das BGB wie auch die zahlreichen Gesetze zu bestimmten Gesellschaftsformen. Dem Gesellschaftsrecht liegt daher nicht ein Gesetz zu Grunde, sondern eine ganze Bibliothek, es lässt sich daher durch den Griff auf nur ein Gesetz oder eine Kommentierung gar nicht erschließen. Anders das Handelsvertreterrecht (das hier sehr sorgsam kommentiert ist). Es ist ein Grundmodell verschiedener Vertriebsformen wie Vertragshändler-, Franchise-, und Direktvertrieb. Auch insoweit findet sich im HGB wiederum nur ein – wenn auch ein wesentlicher – Teilbereich des Vertriebsrechts. Darüber hinaus enthält das HGB Bilanzierungsvorschriften und Regelungen über Fracht- und Lagergeschäft wie auch den Seehandel. Zudem kommt dem Bankrecht wie auch dem AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr große Bedeutung zu.

Der Kommentar geht hierbei den Weg, alle für das Handelsrecht im weitesten Sinne relevanten Fragen (ohne das Seerecht) anzusprechen, um den Bogen des b2b-Verkehrs weit zu spannen. Insbesondere berücksichtigt der Kommentar die GmbH & Co, verschiedene Handelsklauseln, das Bank- und Börsenrecht wie auch das Transportrecht.

Umgekehrt sind dann trotz des Umfangs der Kommentierung viele Vertragstypen nicht wirklich substanziell aufgegriffen, die das heutige b2b-Geschäft ausmachen: Vertragshändlerrecht, Franchise, Exklusivbelieferungsverträge, Qualitätssicherungsvereinbarung, b2b-Leasing und Tankstellenvertrag mit all den Fragen nach AGB-Inhaltskontrolle, Kartellrecht, Insolvenzrecht und Vertragsgestaltung. Sie werden vielfach nur angesprochen oder wie die AGB im unternehmensbezogenen Geschäftsverkehr lediglich mit einer kurzen Einleitung versehen (so werden die §§ 305 ff. BGB überhaupt nicht auf den b2b-Verkehr kommentiert!). Dagegen sind der Umfang und die „Kommentierdichte“ im Bankrecht hoch, auch wenn hier die Auswahl der zitierten Aufsätze und Zeitschriften nicht immer einleuchtet. Gleichwohl: auch hier vermittelt der Kommentar allenfalls einen Einstieg, für die Lösung praktischer Fragen bedarf es tatsächlich wesentlich mehr.

Leider zieht sich dieser Kritikpunkt durch die Kommentierung des „Vertriebsrechts“ noch ausgeprägter: Wer etwa der Frage nachgehen möchte, welche Laufzeiten in Vertriebsverträgen formularmäßig vereinbart werden dürfen, der wird von der Kommentierung schnell enttäuscht sein.¹

Der so wesentliche Kfz-Vertrieb und die hier einschlägige Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) werden auf etwa einer Seite abgehandelt (§ 86 Rn. 38, Ergänzungen dann aber noch bei Einl. v § 373 Rn. 38). Offen bleibt etwa, ob die Wertungen der GVO für § 307 BGB relevant sein können,

welche Normqualität die GVO besitzt (bei Verstoß gegen die GVO ist lediglich der „sichere Hafen“ verlassen und die Artt. 101 AEUV ff. sind im Detail zu prüfen), u.v.m.

Welche Kündigungsfristen jetzt in Kfz-Händlerverträgen zu vereinbaren sind, lässt *Hopt* ebenfalls offen (Einl. v § 373 Rn. 40). Gilt die Zweijahresfrist trotz Änderung der Kfz-GVO weiter oder reicht ein Jahr? Überspitzt: Der *Autor* spricht vieles an, verlässt dann aber das Boot, wenn es spannend wird.

Leider findet sich ein Thema auch in vielen Abschnitten verstreut, so die Frage, ob es einen Kontrahierungszwang für die Bank beim Eröffnen eines Bankkontos gibt (Einleitung v § 343 Rn. 7; Rn. 3; (7) Rn. A6: Tendenz dort, es gelte das Willkürverbot). Auch hier verschafft der Kommentar, wenn man an die richtige Stelle gelangt, nur den Einstieg. Verweise sind sicherlich notwendig, sie führen aber hier in ihrer Überzahl oft zu Verwirrung.

Branchenüblichkeit genügt entgegen *Hopt* auch nicht zur Einbeziehung der Banken-AGB (so aber [7] Rn. A8). Zutreffend ist dagegen die Billigung der neuen SCHUFA-Klausel ([7] Rn. A55).

Bei § 86a HGB ist die Rechtsprechung erwähnt, dass der Unternehmer dem Handelsvertreter auch Software kostenlos zu überlassen hat und der Begriff der „Unterlagen“ sehr weit zu fassen ist² (§ 86a Rn. 5). Mögliche weitergehende Konsequenzen dieser Rechtsprechung auch für Vertragshändler oder Franchiseverträge werden jedoch nicht aufgezeigt.

Dagegen wird eine allgemeine Gleichbehandlungspflicht des Unternehmers gegenüber Handelsvertretern (Vertragshändlern? Vertriebsmittlern?) eher kritisch gesehen (§ 86 Rn. 10). Zu beachten ist jedoch, dass aus dem Kartellrecht ein Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 2 GWB folgen kann. Dieses kann den Unternehmer sogar zum Vertragsschluss zwingen (Kontrahierungszwang). Auch fehlen Details zum Kontrahierungszwang bei Werkstattverträgen.³

Nach § 92c HGB kann grundsätzlich auch der Ausgleichsanspruch nach oder analog § 89b HGB ausgeschlossen werden. Haben die Parteien jedoch deutsches Recht vereinbart, so ist eine Ausschlussklausel auch an § 307 BGB zu messen. Der Ausschluss ist dann (formularmäßig) unwirksam. Hierauf wäre näher einzugehen. Für Vertragshändler gilt dies dann entsprechend.

Der Kommentar hat zwei Möglichkeiten sich zu entwickeln: er bleibt über weite Strecken „Andeutungs- und Verweisungskommentar“, weil auf dem knappen Platz nur wenige Hinweise und Fundstellen gegeben werden können oder er entwickelt sich zum umfangreichen „Lösungskommentar“. Der weite Bogen der b2b-Geschäfte rechtfertigt es den Umfang wesentlich auszuweiten und – wie etwa aus dem Arbeitsrecht bekannt („Erfurter Kommentar“) – inhaltlich in sich tragend zu kommentieren. Mit Umfang und Autorenzahl sollte man daher nicht sparen. Für die Ausbildung sind die Kernbestimmungen des HGB ohne Einschränkungen zu empfehlen, zumal die meisten Prüfer diesen Kommentar gut ken-

¹ Hierzu zuletzt *Niebling*, MDR 2011, 141; *ders.*, MDR 2012, (erscheint demnächst Heft 3).

² BGH, Urt. v. 4.5.2011 – VIII ZR 10/10.

³ Hierzu BGH WRP 2011, 909 (MAN) m. Anm. *Niebling* = BB 2011, 1610 m. Anm. *Bechtold*.

nen; für Bank- und Transportrecht enthält der Kommentar keine Einführung und ist für Studenten und Referendare nur wenig förderlich.

Zusammenfassend:

Der Kommentar hat in 35 Auflagen sein Korsett längst gesprengt; weshalb nicht ein umfangreiches Autorenteam anstelle vieler gedrängter Andeutungen und Hinweise einen noch stärker inhaltlich ausgerichteten Kommentar gestalten sollte (natürlich mit erweitertem Umfang), bleibt nicht nachvollziehbar (beim Erfurter Kommentar gelingt dies doch auch vorzüglich). Und schließlich: aus „Baumbach/Hopt“ sollte nun endlich einfach „Hopt“ werden, denn der *Autor* hat wie kein anderer diesen Kommentar geprägt. Trotz der aufgezeigten Schwächen hat der Kommentar das Zeug, seinen eigenständigen und herausragenden Platz in der Masse der HGB-Kommentierungen zu halten. *Hopt* und HGB erscheinen nach wie vor wie Synonyme.

Rechtsanwalt Dr. Jürgen Niebling, München-Pullach

Buchrezension

Thorsten Deppner/Matthias Lehnert/Philip Rusche/Friederike Wapler, Examen ohne Repetitor – Leitfaden für eine selbstbestimmte und erfolgreiche Examensvorbereitung, Nomos-Verlagsgesellschaft, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, 219 S., 19,- €

„Der Gang zum Repetitor soll nicht mehr die Regel, sondern die begründungspflichtige Ausnahme sein. [...] Früher oder später wird der Repetitor einen Ruf als bloße ‚Nachhilfe‘ weghaben. Der eine oder andere wird vielleicht noch hingehen. Nur zugeben wird es später niemand mehr.“¹ Keine geringere „Zukunftsvision“ entwerfen die Autoren *Deppner/Lehnert/Rusche/Wapler* in ihrem Ratgeber „Examen ohne Repetitor – Leitfaden für eine selbstbestimmte und erfolgreiche Examensvorbereitung“. Doch ist das „Ex-o-Rep“ – so die in dem Buch benutzte Abkürzung – für die Mehrheit der Jura-Studenten tatsächlich eine Perspektive oder etwa doch nur eine Utopie? Betrachtet man die Realität, so scheinen die *Autoren* seit der ersten Auflage des Ratgebers im Jahr 1998² einen Kampf gegen Windmühlen zu führen. Zwar bieten auch die Universitäten mittlerweile zahlreiche Examenkurse an, doch nach wie vor entscheidet sich das Gros der Studenten³ für den Besuch eines kommerziellen Repetitoriums. Aus der Sichtweise der *Autoren* ist dies unverständlich, denn die Examensvorbereitung ohne Repetitor sei effektiver, erfolgreicher und dabei auch noch kostengünstiger.

Dem kommerziellen Repetitorium stellt der Ratgeber zwei verschiedene Grundtypen des „Ex-o-Rep“ gegenüber: Die Examensvorbereitung mit Hilfe einer privaten Arbeitsgemeinschaft bestehend aus drei bis vier Personen, die sich mehrmals in der Woche treffen, um den Examensstoff meist anhand von Fällen durchzuarbeiten, und die individuelle Examensvorbereitung selbstständig am Schreibtisch. Neben diesen beiden Grundtypen existieren zahlreiche Mischformen, die der Ratgeber aber nicht weiter vertieft, da sie in den Grundtypen mit angelegt sind (z.B. Besuch des Uni-Repetitoriums neben der AG; zum Teil Examensvorbereitung alleine, zum Teil mit einer AG; aber auch der Besuch eines kommerziellen Repetitoriums neben einer AG etc.).

Nach einem ersten, einleitenden Teil, der die Vorteile des „Ex-o-Rep“ aufzeigen will, wird in einem zweiten Teil zunächst das Lernen in der Arbeitsgemeinschaft vorgestellt. Angefangen von der Suche nach den AG-Partnern, der genauen Planung der einzelnen AG-Sitzungen bis hin zu der Bewältigung von Konflikten zwischen den AG-Teilnehmern, deckt dieser Abschnitt alle relevanten Fragen ab. Eine optimale Ergänzung erfährt dieser Teil durch sechs beispielhafte,

unterschiedlich ausgestaltete Lernpläne, die als Orientierung für die eigene AG herangezogen werden können. Dabei warnen die *Autoren* jedoch davor, die Lernpläne 1:1 zu übernehmen, da ansonsten die individuellen Bedürfnisse der AG-Teilnehmer nicht berücksichtigt werden könnten. Der dritte Teil widmet sich der eigenständigen Vorbereitung am Schreibtisch bzw. in der Bibliothek. Auch hier werden eine Fülle an Lerntipps und -strategien ausgebreitet: Wie bereite ich den Stoff am besten auf, um ihn im Langzeitgedächtnis zu speichern und im entscheidenden Moment abrufen zu können? Aus welchen Quellen suche ich mir den Lernstoff? Wie organisiere ich die Arbeitszeit? Wie viel Freizeit und Pausen sollte ich mir gönnen? Und schließlich: Wie gehe ich mit Prüfungsangst um? In einem vierten Teil präsentieren die *Autoren* Interviews mit Studenten, die das erste Staatsexamen mit „Ex-o-Rep“ erfolgreich bestanden haben und über ihre Erfahrungen berichten. Ein fünfter Teil enthält eine umfassende Übersicht über die Angebote der Universitäten zur Examensvorbereitung (z.B. Wiederholungs- und Vertiefungskurse, Klausurenkurse, Workshops für das Examen ohne Repetitor, Beratungsangebote usw.), um so einen Vergleich zwischen den Universitäten zu ermöglichen.

Den *Autoren* ist ein flammendes und vor allem umfassendes Plädoyer für eine Examensvorbereitung ohne Repetitor gelungen. Der Ratgeber besticht durch eine außerordentliche Detailfülle und trägt damit zu Recht den Untertitel „Leitfaden“: Allen Studenten, die sich für ein Examen ohne Repetitorium entschieden haben, wird eine sichere Orientierung geboten und im Vorhinein geholfen, gefährliche Klippen zu umschiffen. Es werden nicht nur die häufigsten Probleme aufgeworfen, die das „Ex-o-Rep“ mit sich bringen kann, sondern auch überzeugende Lösungsansätze angeboten. Der Abschnitt über die private Arbeitsgemeinschaft ist dabei besonders hervorzuheben, da bei dieser Art der Examensvorbereitung ein großer Organisations- und Koordinationsaufwand bewältigt werden muss. Die *Autoren* greifen dabei auf einen Fundus an Erfahrungen zurück. Die Lerntipps und -strategien des dritten Teils kann man dem Grunde nach zwar auch in zahlreichen, allgemeinen „Lernratgebern“ finden, doch bietet dieser Ratgeber eine spezifische Ausrichtung auf die Examenssituation und das juristische Studium. Darüber hinaus gelingt es dem Ratgeber in einer lockeren und ungezwungenen Art, Angst vor dem Examen zu nehmen und das Gefühl zu vermitteln, dass mit guter Vorbereitung auch diese Prüfung zu meistern ist. Immer wieder verweist der Ratgeber auf das Leben neben dem Examen und den positiven Erfahrungen dieser Zeit. Die Vorbereitung auf das Examen erscheint dann nicht als „Höllentrip“, sondern als eine Herausforderung, aus der man gestärkt hervorgehen kann. Allein diese Grundeinstellung ist eine wichtige Voraussetzung für den richtigen Umgang mit der Examensvorbereitung.

Doch kann es dem Ratgeber auch gelingen, die große Mehrheit der Studenten von dem „Ex-o-Rep“ zu überzeugen und den Besuch des Repetitors tatsächlich zur Ausnahme zu machen? Ist es überhaupt sinnvoll, wenn die Mehrzahl der Studenten der „Ex-o-Rep“-Methode folgt? Der erste Teil des Buches, der die unterschiedlichen Möglichkeiten der Vorbereitung auf das Examen einschließlich des „Kommerz-Rep“

¹ S. 41 f. des Buches.

² Die 1. und 2. Auflage wurde von einem anderen Autorenteam betreut: *Berge/Rath/Wapler*, Examen ohne Repetitorium – Leitfaden für eine selbstbestimmte und erfolgreiche Examensvorbereitung, 1998 (2. Auflage 2001).

³ *Deppner/Lehnert/Rusche/Wapler* nennen die ungefähre Schätzung von 85 % der Studenten bundesweit, die ein kommerzielles Repetitorium besuchen, siehe S. 23.

darstellt und vergleicht, leidet dabei unter der typischen Gegenüberstellung von „Kommerz-Rep“ und „Ex-o-Rep“ und den oft tiefen Gräben zwischen denjenigen, die ein Repetitorium besuchen und denjenigen, die sich dagegen entscheiden. Das „Kommerz-Rep“ wird teilweise auch in der Wortwahl⁴ äußerst schlecht als Institution dargestellt, die mit einem längst überholten Frontalunterricht – meist erfolglos – versucht, auf das Examen vorzubereiten. Das Repetitorium, so wird der Eindruck erweckt, diene nur dem Zweck, aus der Angst der Studenten vor dem Examen Kapital zu schlagen. Die *Autoren* argumentieren dabei, dass im Repetitorium der Lernstoff nicht grundlegend anders als in einer Vorlesung an der Universität vermittelt werde und die Teilnehmer größtenteils passiv agierten. In einer privaten Arbeitsgemeinschaft stehe dagegen die selbstständige Erarbeitung des Stoffes im Vordergrund. Nur in einer kleinen Gruppe sei der diskursive und kreative Umgang mit juristischen Problemen möglich.

Die Argumente der *Autoren* sind dabei grundsätzlich plausibel und schaffen Transparenz für die Entscheidung zwischen Repetitorium und „Ex-o-Rep“. Dennoch ist hier ein „Schwarz-Weiß-Denken“ nicht überzeugend. Das Repetitorium wird von den *Autoren* zu schlecht dargestellt, die Arbeitsgemeinschaft zu sehr idealisiert. Denn die komprimierte Darstellung des Examensstoffs anhand von Fällen durch einen Repetitor und das abermalige Einstudieren der Klausurtechnik und Prüfungsschemata sollte nicht unterschätzt werden und wird oft auch nicht vom „Uni-Rep“ geleistet. Dagegen erfordert die Vorbereitung in einer AG ein hohes Maß an Organisation, Eigenständigkeit und Selbstbewusstsein, wie gerade der zweite Teil des Ratgebers verdeutlicht. Der Erfolg einer AG wird maßgeblich davon abhängen, dass sich die richtigen Leute zusammenfinden. Die Entscheidung für oder gegen das kommerzielle Repetitorium hängt daher von vielen Faktoren und Umständen ab. Richtig ist wohl, dass sich ein weitaus größerer Teil der Studenten für das „Ex-o-Rep“ entscheiden könnte und der Besuch des Repetitors keinesfalls zwingend ist. Doch die nach gründlicher Überlegung (!) getroffene Entscheidung für das „Kommerz-Rep“ ist ebenso legitim und wird so schnell nicht aus der Juristenausbildung verschwinden. Dass mit dem Besuch des Repetitoriums allein dagegen noch nicht das erfolgreiche Bestehen des Examens verbunden ist, sollte jedem Studenten klar sein. So paradox es klingen mag: Jedem Besucher eines Repetitoriums wird die Lektüre des Ratgebers „Examen ohne Repetitorium“

wärmstens empfohlen. Die zahlreichen Hilfestellungen des Buches einschließlich des Kapitels über die Arbeitsgemeinschaft, die auch neben dem „Kommerz-Rep“ organisiert werden sollte (zwangsläufig in einer „abgespeckten“ Version), sind hier genauso elementar wichtig und erleichtern die Vorbereitung auf das Examen enorm.

Den *Autoren* ist ein hervorragender Ratgeber gelungen, der allen Studenten empfohlen werden kann – egal ob die Entscheidung für oder gegen das Repetitorium ausfällt.

Wiss. Mitarbeiter Thomas Felten, Bochum

⁴ Immer wieder wird darauf hingewiesen, dass das Repetitorium eine nur scheinbare Sicherheit gebe und seine Besucher nur blende: „Bei all dem aber solltet ihr bedenken: Diese Angebote gaukeln zunächst vor allem die Sicherheit nur vor, sich das Examen durch den regelmäßigen Besuch eines Kurses und gegen eine ganze Stange Geld quasi erkaufen zu können.“ (S. 13); „Wer realistisch vergleicht und sich nicht blenden lässt, wird sich gegen die kommerziellen Repetitorien und ihre Angstmacher-Werbung entscheiden.“ (S. 43). Zwar nicht von den *Autoren*, sondern von einer Interview-Kandidatin, wird die Entscheidung gegen das Repetitorium u.a. mit den „Pappnasen“ begründet, die in einem kommerziellen Repetitorium sitzen (S. 131).

B u c h r e z e n s i o n

Jens Petersen, Medienrecht, C.H. Beck, 5. Aufl., München 2010, 351 S., kart., € 29,50

Die Bedeutung des Medienrechts hat in den letzten Jahren in dem Maße zugenommen, in dem die Massenmedien das öffentliche und das private Leben beeinflussen. Die hierbei zu verzeichnende rasante Entwicklung stellt die Rechtsordnung vor große Herausforderungen. Gerade mit Blick auf die Neuen Medien muss entschieden werden, ob auf diesen kontinuierlichen technischen Fortschritt mit neuen Regelungen reagiert werden soll oder ob es ausreichend erscheint, neue Sachverhalte auf der Grundlage des bestehenden Rechts zu beurteilen. Angesichts dieser dem Medienrecht immanenten rechtspolitischen Dynamik ist dessen Darstellung ein anspruchsvolles Vorhaben, das zudem eine Flut medienrechtlich relevanter Rechtsprechung zu berücksichtigen hat. Das nun in fünfter Auflage vorliegende Lehrbuch von *Jens Petersen* wird diesem hohen Anspruch in bestechender Weise gerecht.

Zu Beginn werden das Medienrecht als Ordnungsgesichtspunkt und seine verfassungsrechtlichen Grundlagen vorgestellt. Eingehend wendet sich der *Autor* zunächst der Definition des Medienrechts zu und bestimmt dessen rechtssystematische Grenzlinien. Noch mehr als etwa das Umweltrecht ist das Medienrecht Querschnittsmaterie; es weist kein eigenständiges Kodifikationssystem auf. Vielmehr stellt es ein Konglomerat zivil-, öffentlich- und strafrechtlicher Regelungen dar, deren Aspekte unter dem Blickwinkel der einzelnen Medien vereint werden (§ 1 Rn. 14). Zu letzteren zählen Printmedien, Rundfunk, Fernsehen, Film, Internet und Telekommunikation, die jeweils den Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung bilden. Medienrecht ist demnach die Gesamtheit aller Rechtsfragen, die aus dem jeweiligen Medium als solchem resultieren (§ 1 Rn. 2). Diese medienspezifische Ausrichtung der entwickelten Definition soll nach *Petersen* allerdings nicht die Darstellung bestimmen. Ihr wird die klassische Einteilung in Zivilrecht, Öffentliches Recht und Strafrecht zugrunde gelegt, deren medienspezifische Probleme betrachtet werden (§ 1 Rn. 41).

Die vielfältigen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkte des Medienrechts sind Gegenstand des § 2. So folgen aus der Informationsfreiheit, der Pressefreiheit, der Rundfunkfreiheit, der Kunstfreiheit, dem Zensurverbot und den allgemeinen Gesetzen im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG sowohl bestimmte Rechtspositionen als auch Grenzen der medienrechtlichen Betätigung. Insofern dürfte die Diskussion um die exakte verfassungsrechtliche Einordnung des Internet künftig an Bedeutung gewinnen. Wenngleich ein eigenständiges Grundrecht einer „Internet-Freiheit“ nicht besteht (§ 2 Rn. 17), wird in Anlehnung an ein Gutachten des früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts *Papier* aus dem Jahr 2010 der Klärung bedürfen, wann eine Internetseite verfassungsrechtlich als Rundfunk und wann als Presse zu qualifizieren ist.

Die den 2. Teil zum Bürgerlichen Medienrecht einleitende Darstellung zum Recht am eigenen Bild widmet sich ausführ-

lich der ursprünglichen Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte und damit einer Differenzierung, die sich mangels klarer Rechtsfolgenbestimmung letztlich nicht als hinreichend leistungsfähig erwiesen hat (§ 3 Rn. 18). Im Rahmen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 4) stehen Fragen der Geldentschädigung wegen immaterieller Schäden und des postmortalen Schutzes des Persönlichkeitsrechts im Mittelpunkt. Praktisch sehr bedeutsam sind darüber hinaus die Grundlagen des Gegen darstellungsanspruchs (§ 7).

Der 3. Teil fasst unter dem Titel „Medienwirtschaftsrecht“ das Wettbewerbsrecht (§ 8), das Medienkartellrecht (§ 9), das Urheberrecht (§ 10), das Filmrecht (§ 11) und das Markenrecht (§ 12) zusammen. Der *Autor* ist sich bewusst, trotz der inhaltlichen Weite dieser Teilgebiete kein „Lehrbuch im Lehrbuch“ schreiben zu wollen (§ 10 Rn. 3). Angesichts dieser überzeugenden Beschränkungsabsicht ist besonders positiv zu bewerten, wie es *Petersen* gelingt, die Darstellung dieser zum Teil ausufernden Rechtsgebiete so zu konzentrieren, dass sie zum einen ausführlich und problembewusst ausfällt, zum anderen aber die intendierte Beschränkung auf die medienrechtlichen Grundprobleme im Blick behält.

Der 4. Teil befasst sich mit dem öffentlichen Medienrecht. Nach einführenden Anmerkungen zu Kompetenzen und Zuständigkeiten (§ 13) folgen lesenswerte Ausführungen zum Telekommunikationsgesetz (§ 14), zur Werbung und zum Sponsoring nach dem Rundfunkstaatsvertrag (§ 15) und zum Jugendmedienschutz (§ 16). Mit der Vorratsdatenspeicherung (§ 14 Rn. 25) und dem neuen Jugendmedienschutzstaatsvertrag (§ 16 Rn. 12), der mangels ausreichender Ratifizierung durch die Länderparlamente Ende 2010 vorerst gescheitert ist, werden rechtspolitisch hochbrisante Themen angesprochen.

Im 5. Teil findet sich das Medienstrafrecht, in dessen Rahmen die medienrelevanten Tatbestände des StGB (§ 17), die Verantwortlichkeit im Internet (§ 18), das Urheberstrafrecht (§ 19) und die Medienöffentlichkeit im Strafverfahren (§ 20) behandelt werden. Gerade der letztgenannten Problematik ist in jüngerer Vergangenheit besondere Aufmerksamkeit zuteil geworden. Hier stellt sich häufig der Grundkonflikt zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Angeklagten und der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege auf der einen Seite und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit auf der anderen Seite. Die zur Austarierung dieser gegenläufigen Interessen geschaffenen §§ 169 ff. GVG werden in ihrer medienstrafrechtlichen Dimension prägnant erläutert. Obgleich durchaus gute Gründe dafür sprechen, die §§ 185 ff. StGB von einer Betrachtung auszunehmen (5. Teil, Einl. Rn. 2), ist aus Sicht der Praxis zu betonen, dass die im Internet begangenen Beleidigungsdelikte exponentiell zugenommen haben.

Das Werk stellt das Medienrecht auf der Grundlage eines rechtsgebietspezifischen Ansatzes tiefgründig, problembewusst und verständlich dar. Zahlreiche Rechtsprechungsbeispiele verdeutlichen, dass den Gerichten für die Fortentwicklung des Medienrechts eine besondere Rolle zukommt. Ihnen obliegt es letztlich, die existierenden medienspezifischen Regelungen des Zivilrechts, des Öffentlichen Rechts und des

Strafrechts auf neue Lebenssachverhalte anzuwenden. Wer sich über den aktuellen Stand dieses modernen und sich kontinuierlich weiterentwickelnden Rechtsgebiets instruktiv informieren will, dem sei das Lehrbuch von *Petersen* nachdrücklich empfohlen.

Dr. Marcus Schladebach, LL.M., Berlin/Augsburg

B u c h r e z e n s i o n

Burkhard Schöbener/Ralf Jahn, Fälle zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, C.H. Beck, 2. Aufl., München 2009, 242 S., kart., € 24,90

Die Fallsammlung von *Schöbener/Jahn* eignet sich sehr gut zur klausurmäßigen Erarbeitung, Erschließung und Wiederholung wichtiger Aspekte des Öffentlichen Wirtschaftsrechts. Sie enthält vierzehn Fälle, denen eine (zu Recht) knappe Darstellung der Regeln für die Klausurbearbeitung vorangestellt ist. Ein kurzer Blick in diese Einleitung schadet auch Examenskandidaten nicht. Allerdings dürfte es regelmäßig geboten sein, mehr als das von *Schöbener/Jahn* empfohlene knappe Drittel der verfügbaren Zeit zur gedanklichen Durchdringung und Gliederung der jeweiligen Klausuren zu verwenden.

Die Klausuren behandeln wichtige Bereiche des Öffentlichen Wirtschaftsrechts. Der materiell-rechtliche Schwerpunkt der ersten beiden Fälle liegt im Verfassungsrecht. Fall 1 behandelt die klassische Frage nach der Zulässigkeit von Zwangsmitgliedschaften in öffentlich-rechtlichen Körperschaften. Ein Fall zur Mitgliederklage bei Überschreitung des gesetzlichen Aufgabenkreises einer solchen Körperschaft findet sich in der Voraufgabe. Diesen Problemkreis sollten Studierende jedoch angesichts der (erst nach der aktuellen Auflage getroffenen) neueren Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Zulässigkeit und Grenzen politischer Stellungnahmen von Industrie- und Handelskammern¹ nicht vernachlässigen. Fall 2 behandelt allgemeine Aspekte der Drittwirkung von Grundrechten am Beispiel der (Hörfunk-)Kurzberichterstattung. Mit diesem (wie mit anderen Fällen) vermitteln die *Verf.* den Studierenden nicht nur wirtschaftsverwaltungsrechtliche Kenntnisse. In gebotener Kürze findet etwa eine grundrechtsdogmatische Auseinandersetzung mit der Frage nach dem sachgerechten Aufbau solcher Klausuren statt. Überzeugenderweise wird keine dreistufige, sondern eine zweistufige Grundrechtsprüfung empfohlen. Das Subventionsrecht steht – samt europarechtlicher Einflüsse – im Zentrum der Fälle 3 und 4. Die gewerberechtliche Zuverlässigkeit (§ 35 GewO) wird ausführlich und eingekleidet in variierende Rechtsbehelfsperspektiven in den Fällen 5 bis 7 behandelt. Gleich drei Fälle diesem Problem zu widmen, erscheint angesichts der nach wie vor beachtlichen Zahl gerichtlicher Entscheidungen (nicht zuletzt im Rahmen des § 35 Abs. 6 GewO) mehr als gerechtfertigt.² Die Handhabung des Begriffs und sein Prognosecharakter hätten in den Lösungen allerdings deutlicher herausgestellt werden können. So wird mancher Leser leicht übersehen, dass er zu beurteilen hat, ob auf Basis *gegenwärtiger* Tatsachen auch mit einem *künftigen* (Fehl-)Verhalten des Gewerbetreibenden zu rechnen ist. Auch wenn in konkreten Klausuren häufig nichts anderes übrig bleiben dürfte, als die ungewisse Zukunft als „eine

[bloß] auf der Zeitachse verschobene Gegenwart“³ zu behandeln, wäre mehr dogmatische Klarheit für die Bearbeiter durchaus mit Erkenntnisgewinn verbunden gewesen. Fall 8 widmet sich dem Gaststättenrecht am Beispiel einer „unsittlichen Zimmervermietung“. Fall 9 thematisiert die Voraussetzungen für die Verlängerung von Ladenöffnungszeiten durch eine kommunale Verordnung. Auch dieses Thema ist hochaktuell, wie etwa die Entscheidungen des OVG Bautzen über einer Verordnung zur Sonn- und Feiertagsöffnung⁴ oder des Bundesverfassungsgerichts zur Öffnung an Adventssonntagen⁵ verdeutlichen. Den wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Dauerbrenner „Zulassung zu Volksfesten“ behandeln die Fälle 10 und 11. Während Fall 10 Fragen der Marktfreiheit und Kapazitätsbegrenzung zu einer festgesetzten Veranstaltung gem. §§ 69 ff. GewO aufwirft, rückt Fall 11 einen (Konkurrenten-)Streit auf Zulassung zu einem gemeindlichen Volksfest in den Mittelpunkt. Fall 12 behandelt ausführlich die wirtschaftliche Tätigkeit einer Gemeinde. In Fall 13 kommt nochmals die Zwangsmitgliedschaft zur Sprache, diesmal mit dem Schwerpunkt der Rechtmäßigkeit eines Beitragsbescheids (Stichwort: Äquivalenzprinzip) und mit einem Ausgriff zur Frage der Verfassungsmäßigkeit einer Doppel(-zwangs-)mitgliedschaft. Der abschließende vierzehnte Fall behandelt Probleme des Straßen- und Wegerechts (Gemeingebrauch versus Sondernutzung).

Neben den skizzierten materiell-rechtlichen Fragen wird in allen Klausuren auf eine adäquate prozessuale und verwaltungsverfahrenrechtliche Problemdichte geachtet. Die Bearbeiter müssen beispielsweise Fristen berechnen, sich hierbei mit Zustellungsfragen und den Folgen einer gerichtlichen Verweisung nach § 17b Abs. 1 GVG befassen, aber auch die Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen (§ 114 S. 2 VwGO), die Folgen unterbliebener Anhörung oder die Voraussetzungen des § 48 VwVfG erörtern. Insgesamt werden alle verbreiteten verwaltungsprozessualen Rechtsbehelfe behandelt. Daneben ist auch die Zulässigkeit zweier Verfassungsbeschwerden zu prüfen.

Alle Klausurlösungen sind mit zahlreichen – leider in die Fußnoten verbannten – Anmerkungen versehen, in denen insbesondere Aufbaufragen, aber auch mögliche Fehlerquellen oder Hintergrundaspekte erörtert werden. Außerdem sind die Lösungsvorschläge mit einem stattlichen Fußnotenapparat ausgerüstet, der es dem Bearbeiter erlaubt, mögliche, ihm unklar erscheinende Aspekte anderorts zielgerichtet nachzulesen. Besondere Hervorhebung verdienen schließlich noch die sich an die Lösung anschließenden Wiederholungs- und Vertiefungsfragen. Sie bieten die Chance, nicht nur die zentralen Argumente der Lösung zu rekapitulieren, sondern auch einen (notgedrungen punktuellen) Überblick über das Öffentliche Wirtschaftsrecht zu erhalten. Skizziert werden beispielsweise die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes (Fall 1), die Gewerbearten und die zentralen gewerberechtlichen Eingriffsbefugnisse (Fall 5, 6), das Verhältnis von

¹ BVerwGE 137, 171 = JuS 2011, 670.

² S. aus der aktuellen Rechtsprechung etwa VGH München NJW 2011, 2822; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2011, 318; OVG Bremen NVwZ-RR 2010, 102.

³ Formulierung nach *Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 131.

⁴ OVG Bautzen, Urt. v. 7.7.2009 – 3 C 30/08.

⁵ BVerfGE 125, 39 = JuS 2010, 657.

gewerberechtlichen Untersagungsvorschriften zum allgemeinen Sicherheitsrecht (Fall 7) sowie wichtige Fragen des kommunalen Wirtschaftsrechts (Fall 11). Am Ende jeder Falllösung weisen *Schöbener/Jahn* (recht üppig) auf weiterführende Literatur hin.

Summa summarum: *Schöbener/Jahn* konfrontieren die Studierenden mit einer Vielzahl wichtiger Fragen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts und präsentieren ebenso schlüssige wie lehrreiche Lösungen. Dass im Einzelfall auch ein anders akzentuierter Aufbau möglich gewesen wäre, versteht sich von selbst und schmälert den Wert der Fallsammlung in keiner Hinsicht.

Akad. Rat a.Z. Thomas Schwabenbauer, München

B u c h r e z e n s i o n

Rolf Schwartzmann (Hrsg.), Völker- und Europarecht, mit WTO-Recht und Zusatztexten im Internet, C.F. Müller, 8. Aufl., Heidelberg 2011, Reihe: Textbuch Deutsches Recht, 985 S., € 24,95

In unserer Zeit ist sowohl Völker- als auch Europarecht als ein Teil des juristischen Studiums sehr wichtig geworden. Europarecht ist Pflichtfach und gehört zum Alltag im Studium und in der Prüfung. Es wird also immer öfter nach der passenden Textausgabe für europa- und auch völkerrechtliche Rechtsquellen gesucht, welches den Anforderungen der Professoren und der Studenten gerecht wird, insbesondere auch nicht zu teuer ist. Der vorliegende Band gibt Studierenden in kompakter Form eine Auswahl von Gesetzen zum Völker- und Europarecht an die Hand. Die Sammlung erhebt den Anspruch, den vorlesungs- und klausurrelevanten Gegenstand der Hochschulausbildung – sowohl im Pflichtfach als auch im Wahlfach „Völker- und Europarecht“ – im Wesentlichen abzudecken, so der Herausgeber im Vorwort.

Schwartzmann ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, insbesondere Internationales und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Fachhochschule Köln. Er ist ebenfalls Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht. Er gibt diese Gesetzessammlung schon seit 2004 heraus und vervollständigt sie jedes Mal aufs Neue. Der Leser kann per email Kritiken und Anregungen anbringen, auf die dann in der nächsten Auflage Rücksicht genommen werden soll.

Es gibt viele Gesetzestextsammlungen, die Europarecht und Völkerrecht zum Inhalt haben. Die meisten davon sind jedoch als Einzelsammlung (entweder Europa- oder Völkerrecht) gefasst, wie zum Beispiel: Europarecht, Textausgabe, hrsg. von Hans-Joachim Glaesner oder Völkerrechtliche Verträge, hrsg. von Albrecht Randelzhofer. Die Sammlung von *Schwartzmann* hat demgegenüber den Vorteil, dass man alles aus einer Hand bekommt und umfasst immerhin 982 Seiten. Das Buch ist dennoch sehr handlich, kompakt und beinhaltet alle prüfungsrelevanten Rechtstexte. Unter anderem in Regensburg ist die Sammlung sogar zur Schwerpunktprüfung zugelassen. Wer aber doch noch etwas vermissen sollte, findet auf der Seite des hjr-Verlags viele weitere Gesetze, die wohl aus Platzmangel oder nicht so hoher Relevanz nicht im Textbuch abgedruckt wurden.

Die UN-Charta wurde auf Englisch und Deutsch abgedruckt, damit man einen authentischen Text hat, falls man sich damit auseinandersetzen möchte und zum Beispiel überprüfen will, ob die Übersetzung auch richtig war. Ebenfalls sind Rules of Court in der englischen Fassung abgedruckt. Alle Neuerungen sind bis November 2010 berücksichtigt. Bemerkenswert ist die Fülle mit abgedruckter Abkommen und Statuten, etwa die Antifolterkonvention sowie die Definition of Aggression, die die Anwendung von Waffengewalt gegen die Mitgliedsstaaten regelt. Ebenfalls befindet sich die Völkermordkonvention in der Sammlung, aus dem Europarecht ferner etwa die Satzung und Verfahrensordnung des EuGH.

Preislich liegt das Buch offenbar im üblichen Preisrahmen für Gesetzessammlungen dieser Größe (die Sammlung des IPR von Jayme/Hausmann kostet z.B. 24 Euro). Wer also eine umfangreiche, alle wesentlichen Bedarfe im Studium befriedigende Sammlung sucht, wird mit diesem Buch sehr gut bedient.

Rechtsreferendarin Viktoria Sinner, Darmstadt