

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, Akad. Rat a.Z. Dr. Julian Krüper, 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

Öffentliches Recht

Polizeiliche Datenverarbeitung zur Gefahrenabwehr

Von Prof. Dr. Christoph Gusy, Bielefeld 155

Europäische Währungsstabilität über Bande gespielt

Ein Überblick über den Fiskalpakt
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Karsten Herzmann, Gießen 168

Strafrecht

Einführung ins Ordnungswidrigkeitenrecht – Teil 1

Ahndungsvoraussetzungen
Von Rechtsanwalt Dr. Torsten Noak, LL.M., Rostock 175

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Öffentliches Recht

Die verschiedenen Sperrklauseln im Wahlrecht auf dem Prüfstand

Von Prof. Dr. Urs Kramer, cand. iur. Vanessa Bahr, Passau 184

Strafrecht

Gewahrsam – ein Begriff, der es nicht leicht macht

Von Rechtsanwalt Alexander Jüchser, Koblenz 195

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Übungsfall: Später Widerruf und gefährliche Zigarettenpause

Von Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld 201

ÜBUNGSFÄLLE (Forts.)

Öffentliches Recht

Übungsfall: „Des Bürgermeisters frühes Ende“

Die Verkürzung laufender Wahlperioden am Beispiel kommunaler Wahlbeamter

Von Wiss. Mitarbeiterin Hana Kühr, Wiss. Mitarbeiter Sebastian Ziehm, Düsseldorf

206

Übungsklausur Europarecht: „Ohne Risiken und Nebenwirkungen“?

Von Prof. Dr. Cornelia Manger-Nestler, LL.M., Dipl.-Jur. Gregor Noack, Leipzig

213

Strafrecht

Übungsfall: Drei Freunde in der Mensa

Von Wiss. Mitarbeiter Andreas Raschke, LL.M. oec., M. mel., Rechtsreferendarin Julia Zirzlaff, Halle (Saale)

219

Examensklausur – Strafrecht: Feuer im Polizeigewahrsam

Von Prof. Dr. Tobias Singelstein, Berlin

229

Übungsfall: „Broken windows“ und Diversionsprobleme

Von Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Wiss. Mitarbeiterin Marcelle Janina Gatter, Konstanz

239

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Öffentliches Recht

EuGH (Große Kammer), Urt. v. 8.3.2011 – C – 34/09 – Ruiz Zambrano gegen Office national de l'emploi (ONEm)

(Kernbestand von Unionsbürgerrechten gegen den eigenen Mitgliedstaat – Grundrechtrevolution im Mehrebenensystem?)

(Dr. Matthias Hong, Freiburg i.Br.)

249

Strafrecht

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.4.2010 – 2 (7) Ss 173/09-AK

(Zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme [§ 331 Abs. 1 StGB] bei der unmittelbaren Zuwendung eines Vorteils an Dritte)

(Prof. Dr. Mark Deiters, Münster)

255

BGH, Beschl. v. 21.9.2011 – 1 StR 367/11

(Zu den Grenzen der Verlesung ärztlicher Atteste)

(Richter Dr. Cornelius Trendelenburg, Frankfurt a.M.)

261

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN**Zivilrecht**

BGH, Urt. v. 28.3.2012 – VIII ZR 244/10
(Außerordentlich günstiger Erwerb einer wertvollen Ware im Rahmen einer Internetauktion)
(Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld) 268

BGH, Urt. v. 13.1.2012 – V ZR 136/11
(Aufwendungserstattung bei Störungsbeseitigung)
(Prof. Dr. Tim W. Dornis, Lüneburg) 270

Öffentliches Recht

BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10
(Verbot der öffentlichen Solarienbenutzung für Minderjährige)
(Rechtsreferendar Stefan Jablonski, Berlin) 273

EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08
(von Hannover v. Deutschland – Nr. 2)
(Voraussetzungen einer zulässigen Berichterstattung über das Privatleben Prominenter)
(Wiss. Mitarbeiterin Judith Janna Märten, Bremen) 276

Strafrecht

KG Berlin, Urt. v. 28.11.2011 – (4) 1 Ss 465/11 (271/11)
(Besonders schwerer Fall des Diebstahls nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB bei Verwendung eines richtigen Schlüssels)
(Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann, stud. Hilfskraft Ferdinand Goeck, Köln) 279

BGH, Beschl. v. 26.10.2011 – 2 StR 287/11
(Zur Problematik der schweren Brandstiftung gemäß § 306a StGB)
(Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann, stud. Hilfskraft Ferdinand Goeck, Köln) 283

BGH, Beschl. v. 13.7.2011 – 4 StR 181/11
(Unzulässige Protokollrüge)
(Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig) 286

BUCHREZENSIONEN**Zivilrecht**

- Detlef Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011**
(Prof. Dr. Susanne Hähnchen, Bielefeld) 290

Öffentliches Recht

- Andreas Haratsch/Christian Koenig/Matthias Pechstein, Europarecht, 7. Aufl. 2010**
(Prof. Dr. Guido Kirchhoff, Berlin/Suderberg) 291
- Hans-Uwe Erichsen (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht Nordrhein-Westfalen, 25. Aufl. 2011**
(Prof. Dr. Guido Kirchhoff, Berlin/Suderberg) 293
- Rudolf Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht – mit Europarecht, 5. Aufl. 2010**
(Dr. Marcus Schladebach, LL.M., Berlin/Augsburg) 294
- Andreas Kerst, Der öffentlich-rechtliche Aktenvortrag im Assessorexamen, 2010**
(Rechtsanwalt Julian Heß, LL.M., Köln) 296
- Oliver Fehrenbacher, Steuerrecht, 3. Aufl. 2010**
(Rechtsreferendar Dr. Peter Reiter, Mainz) 298

VARIA**Allgemeines**

- Alternative Lernmethode: Der Moot Court als unverzichtbarer Bestandteil der Juristenausbildung**
Von Jörg Kleis, Berlin 299

Polizeiliche Datenverarbeitung zur Gefahrenabwehr

Von Prof. Dr. Christoph Gusy, Bielefeld*

Polizeiliche Gefahraufklärung erschöpft sich nicht in Maßnahmen der Informationserhebung gegen Grundrechtsträger. In den meisten Fällen fängt sie erst danach eigentlich an: Ist die angetroffene Person mit einer gesuchten identisch? Finden sich ihre Spuren an einem Drohbrief? Ist der angetrunkene Fußballfan ein Hooligan? Hier geht es um die Verarbeitung erhobener Daten. Sie kann ihrerseits grundrechtlich relevant sein.

I. Grundrechtsrelevante Informationsverarbeitung

1. Gefahrenabwehr als Informationsverarbeitung

Polizeiliche Aufgabenerfüllung besteht in hohem Maße aus Informationsverarbeitung. Sie ist in Gesetzen partiell eigenständig geregelt, partiell aber auch lediglich vorausgesetzt. Jeder behördliche Grundrechtseingriff zur Gefahrenabwehr¹ oder zur Ahndung einer Straftat setzt voraus, dass „tatsächliche Anhaltspunkte“ für das Vorliegen einer Gefahr oder den Verdacht einer Straftat bestehen; anders ausgedrückt: dass die zur Aufklärung notwendigen Tatsachen jedenfalls insoweit geklärt sind. Diese Klärung ist Informationsverarbeitung. Sie schafft die gesetzlich statuierten Zulässigkeitsvoraussetzungen weiterer Maßnahmen. Aufklärung ist im Gefüge staatlicher Aufgabenerfüllung insoweit kein Selbstzweck; sie hat vielmehr dienende Funktion.² Es ist der Zweck der Gefahrenabwehr bzw. Strafverfolgung, welche die vorgelagerten Informationseingriffe rechtfertigt und zugleich begrenzt. In diesem Kontext kann Informationsverarbeitung der Gewinnung oder der Überprüfung von Gefahr- bzw. Verdachthypothesen dienen. Sie kann auf ganz unterschiedliche Weise erfolgen: Entweder im Kopf des Polizeibeamten (dies ist gar nicht selten), oder aber mithilfe des Wissens anderer Personen oder Dienststellen, aber auch (immer häufiger) mittels elektronisch gespeicherter Daten oder aber (immer seltener, aber noch vielfach relevant) aus schriftlich fixierten Unterlagen, also aus Akten. Sie kann rasch – durch bloßes Kombinieren im Kopf – oder gründlicher, gar formalisiert im Verwaltungsverfahren erfolgen. Und sie kann vom entscheidenden Beamten allein oder aber mithilfe Dritter, ggf. auch außenstehender Personen, etwa privater Auskunftspersonen oder entscheidungsbefugter Richter, erfolgen. Ob und wie sie erfolgt, hängt keineswegs stets allein von den vorhandenen

Informationen ab. Mindestens ebenso wichtig sind andere Umstände, etwa die Verfügbarkeit von Informationen zu einem konkreten Zeitpunkt – sind bestimmte Personen erreichbar, bestimmte Behörden geöffnet, bestimmte Dateien abrufbar? – oder die jeweils aufzuklärende Gefahr: Bedarf es im Falle ihres Vorliegens eines sofortigen Eingreifens oder kann die Aufklärung auch längere Zeit in Anspruch nehmen, ohne dass der Schaden irreparabel eintritt?

Welche Informationen benötigt werden, hängt demnach mindestens von zwei Faktoren ab: Von den im Einzelfall vorhandenen Informationen einerseits und den für mögliche behördliche Maßnahmen notwendigen Informationen andererseits. Fallen beide Informationsmengen zusammen, so sind keine weiteren Aufklärungen erforderlich. Vielfach ist dies jedoch nicht der Fall: In solchen Fällen bestimmt die möglicherweise anzuwendende Norm die Richtung weiterer Aufklärung.³ Dann geht es also um die Erlangung der für die Tatbestandserfüllung notwendigen Daten und deren Überprüfung im Hinblick darauf, ob die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind oder nicht. An diese Prüfung schließt sich dann die Entscheidung über den Einsatz bzw. Nichteinsatz des jeweiligen Gefahrbeseitigungseingriffs⁴ an.

Die polizeiliche Informationsverarbeitungsaufgabe geht jedoch über den geschilderten Kontext hinaus. Sie beginnt nicht erst im Zeitpunkt der Entscheidung über einen konkreten Einsatz, sondern setzt bereits früher an, um für den Einsatzzeitpunkt die notwendigen Informationen verfügbar zu machen und zu halten. Wenn jemand Sachen anbietet, die Hehlerware sein könnten, so wäre es unzweckmäßig, jetzt erst mit der Frage danach zu beginnen, ob irgendwo etwas gestohlen worden ist und ob diese Sachen mit den dort gestohlenen identisch sein könnten. Bis dies geklärt ist, ist die Ware abgesetzt oder der Anbieter verschwunden. Daher müssen die relevanten Informationen über Diebstähle und gestohlene Sachen zeitnah und schnell verfügbar sein. Dazu bedarf es einer Informationsinfrastruktur,⁵ welche die notwendigen Angaben verfügbar macht und rasch zur Verfügung stellen kann. Aufbau und Pflege dieser Infrastruktur sind u.a. gemeint, wenn der Polizei zur Aufgabe gemacht ist, „die erforderlichen Vorbereitungen für die Hilfeleistung und das Handeln in Gefahrenfällen zu treffen“⁶. Dazu reichen nicht irgend-

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Staatslehre und Verfassungsgeschichte an der Universität Bielefeld. Für umsichtige und tatkräftige Mitarbeit dankt er Frau C. Bendisch, Bielefeld.

¹ Zur Unterscheidung von Gefahraufklärungs- und Gefahrabwehreingriffen Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2009, Rn. 179 ff. einerseits, Rn. 276 ff. andererseits; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2009; Rn. 9 ff.; Würtenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 33 ff.

² Näher Gusy, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 23 Rn. 33 ff.

³ Zur Informationserhebung Gusy, JA 2011, 641.

⁴ Soweit hierbei Ermessen eingeräumt ist, dient die Informationsverarbeitung auch der Aufklärung der Frage nach möglichen Ermessensbindungen.

⁵ Zu solchen Infrastrukturen Ladeur, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 2), § 21, zur Kommunikationsinfrastruktur näher Rn. 77 ff.; zur elektronischen Infrastruktur ebd., Rn. 85 ff.; ganz grundlegend Fassbender, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 76.

⁶ Siehe § 1 Abs. 1 S. 2 NRWPolG; s.a. § 1 Abs. 5 S. 2 i.V.m. §§ 9 f., 11 ff., 26 ff., 32 f. NRWPolG. Zur Auslegung dieser Vorschriften s. insb. Würtenberger/Heckmann (Fn. 1), Rn. 538, 586 ff.; ferner Schoch, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.),

welche Informationen oder -sammlungen aus. Vielmehr müssen diese auch nutzbar sein, insbesondere den praktischen Anforderungen der Vollständigkeit, der Verfügbarkeit und der Aktualität der Informationen entsprechen. Ob sie diese Anforderungen erfüllen, richtet sich nicht zuletzt nach den maßgeblichen rechtlichen Vorgaben. Schon deshalb tritt als weitere Anforderungen diejenige der Rechtmäßigkeit der Bestände hinzu.

2. Grundrechtsrelevanz der Informationsverarbeitung

Nicht jede polizeiliche Informationsverarbeitung ist grundrechtsrelevant. Soweit sie sich auf allgemeine Lagen, Sachen oder Spuren beziehen und keine Zuordnung zu bestimmten Personen ermöglichen, ist ihre Verarbeitung im Einzelfall ebenso wie in der Informationsinfrastruktur grundrechtsneutral und unterliegt allein den allgemeinen Anforderungen an staatliche Datenverarbeitung. Einen Bezug zu geschützten Rechten erlangen Daten nicht durch die Form ihrer Verarbeitung – elektronisch, schriftlich oder auf sonstige Weise –, sondern durch ihren Inhalt. Soweit sie Aussagen über bestimmbare natürliche oder juristische Personen ermöglichen, also personenbezogene Informationen enthalten⁷, sind sie grundrechtsrelevant. Auch wenn es hier manche Abgrenzungsschwierigkeiten geben kann⁸ und auch nicht jede der Daten in gleicher Weise schutzwürdig sein mag, so ist doch weitestgehend anerkannt: Der Personenbezug begründet den Grundrechtsbezug.

Dies gilt auch für Daten, welche bereits erhoben sind, sich also im Kenntnisbereich der öffentlichen Gewalt befinden. Ihre weitere Verarbeitung stellt einen zusätzlichen Informationseingriff dar, der geeignet ist, den durch die Ermittlung der Information stattgefundenen Eingriff zu vertiefen. Weder rechtfertigt die Erhebung jede weitere Verarbeitung, noch ist jede Verarbeitung eine bloße Fortsetzung der Erhebung. Das gilt namentlich – aber nicht nur – dann, wenn ein Datum zu einem bestimmten Zweck erhoben worden ist, aber zu einem anderen Zweck genutzt werden soll. In solchen Fällen kann der Erhebungszweck nicht die Verarbeitung rechtfertigen und der Verarbeitungszweck nicht die Erhebung. Von daher gilt der wichtige Grundsatz der Zweckbindung erhobener Daten: Informationen dürfen zu dem Zweck verarbeitet werden, zu dem sie erhoben worden sind.⁹ Zumindest jede Nutzung zu

anderen Zwecken stellt einen Folgeeingriff gegenüber dem ursprünglichen Erhebungsvorgang dar.¹⁰ Aber auch dann, wenn in der Erhebung der Daten kein Eingriff lag, sie also etwa von Betroffenen freiwillig oder gar auf eigene Initiative angegeben worden sind, so ist doch jede Zweckentfremdung im staatlichen Bereich ein (neuer) Grundrechtseingriff.

Dessen Schwere folgt zunächst aus dem Umstand, dass die Datenverarbeitung ein allein interner Vorgang ist, welcher vom Betroffenen weder erkennbar noch kontrollierbar ist. Wirksamer, insbesondere zeitgerechter Rechtsschutz ist folglich regelmäßig unmöglich; ein Zustand, der zumindest mit dem Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG schwer vereinbar ist. Vielmehr erfahren Betroffene von dem Verarbeitungsvorgang frühestens dann, wenn eine staatliche Maßnahme ihnen gegenüber auf die verarbeitete Information gestützt wird, wenn also etwa aufgrund von Angaben gegenüber dem Finanzamt polizeiliche Ermittlungsmaßnahmen eingeleitet werden. Zu diesem Zeitpunkt sind vollendete Tatsachen geschaffen, der Datenübermittlungsvorgang war dann rechtsschutzlos. Daneben richtet sich die Schwere des Eingriffs auch nach den betroffenen Daten, ob diese ohnehin allgemein bekannt, zur öffentlichen Bekanntgabe bestimmt sind, oder aber umgekehrt einem besonderen Geheimnisschutz unterliegen¹¹ bzw. nahe am Kernbereich der Privatsphäre angesiedelt sind.¹²

Entsprechend der allgemeinen polizeilichen Aufgabendifferenzierung ist auch die Informationsverarbeitung in unterschiedlichen Gesetzen geregelt:

a) Maßnahmen zur Aufklärung und Aburteilung von Straftaten richten sich zentral nach §§ 151 ff. StPO; die Informationsverarbeitung zu diesem Zweck nach §§ 474 ff. StPO.¹³ Diese gelten nicht nur für gerichtliche und staatsanwaltschaftliche, sondern auch für polizeiliche Ermittlungshandlungen. Geregelt sind die Speicherung, Nutzung und

Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, Kap. 2 Rn. 12 ff.

⁷ Dazu *Dammann*, in: Simitis (Hrsg.), BDSG, 7. Aufl. 2011, § 3 Rn. 3 ff.; *Petri*, in: Liskens/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2007, H Rn. 2; *Schenke* (Fn. 1), Rn. 176.

⁸ Hierzu am Beispiel von Google-Street-View *Holzner/Schumacher*, JZ 2011, 57; *Caspar*, DÖV 2009, 965; *Dreier/Spiecker* (Hrsg.), Die systematische Aufnahme des Straßensbilds, 2010.

⁹ § 23 Abs. 1 S. 1 NRWPolG. Entsprechend: § 37 Abs. 2 S. 1 BWPoG; Art. 37 Abs. 2 S. 1 BayPAG; § 42 Abs. 2 S. 1 BerlASOG; § 38 Abs. 1 S. 1 BbgPolG; § 36a Abs. 1 S. 2 HBPolG; § 14 Abs. 1 S. 1 HHPoIDVG; § 20 Abs. 2 HeSOG; § 38 Abs. 1 S. 1, 3 NdsSOG; § 33 Abs. 2 S. 1 RPPOG; § 30

Abs. 1 S. 2 SIPoG; § 43 Abs. 1 S. 2 SachsPolG; § 22 Abs. 2 S. 1 LSASOG; § 188 Abs. 1 S. 2 SHLVwG; § 39 S. 1 ThürPAG; § 36 Abs. 1 S. 2 MVSO; § 29 Abs. 1 S. 3 BPoG.

¹⁰ Dazu am Beispiel des Art. 10 GG plastisch BVerfGE 85, 386 (398 f.); *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 10 Rn. 60.

¹¹ Dazu etwa § 24 Abs. 2 NRWPolG. Entsprechend: § 38 Abs. 1, 2 BWPoG; Art. 38 Abs. 2 BayPAG; § 42 Abs. 3 BerlASOG; § 39 Abs. 2 BbgPolG; § 36b Abs. 5 HBPolG; § 16 Abs. 2 HHPoIDVG; § 20 Abs. 4 HeSOG; § 37 Abs. 1, 2 MVSO; § 39 Abs. 3, 4 NdsSOG; § 33 Abs. 4 RPPOG; § 30 Abs. 2 SIPoG; § 43 Abs. 2 SachsPolG; § 23 LSASOG; § 189 Abs. 1 SHLVwG; § 40 Abs. 2 ThürPAG; § 29 Abs. 2 BPoG.

¹² Verarbeitungsverbot in § 16 Abs. 4 NRWPolG. Entsprechend: § 23 Abs. 2 BWPoG; Art. 34 Abs. 2 BayPAG; § 25 Abs. 4a BerlASOG; § 29 Abs. 6 BbgPolG; § 33 Abs. 4 HBPolG; § 27 Abs. 2 S. 2 HeSOG; § 34a Abs. 8 S. 5 MVSO; § 33a Abs. 3 S. 1 NdsSOG; § 29 Abs. 3-5 RPPOG; § 28a Abs. 2, 5 S. 1 SIPoG; § 37 Abs. 5 S. 4 SachsPolG; § 186a Abs. 1-3 SHLVwG; § 5 Abs. 7, § 34b Abs. 1 S. 1, § 35 Abs. 2, 6, 7 ThürPAG.

¹³ Dazu näher *Matheis*, Strafverfahrensänderungsgesetz 1999, 2006; s.a. *Bertram*, Die Verwendung präventiv-polizeilicher Erkenntnisse im Strafverfahren, 2009.

Veränderung durch die Behörden (§§ 483 ff. StPO),¹⁴ ihre Nutzung in automatisierten Dateien (§ 490 StPO), Übermittlungsbefugnisse an andere Stellen (§§ 477 ff. StPO), Akteneinsichtsrechte der Justizbehörden gegenüber Dritten (§ 474 StPO) und Dritter gegenüber den Justizbehörden (§§ 475 f. StPO) sowie bestimmte Kontroll- und Rechtsschutzansprüche Betroffener (§§ 488 f. StPO).

b) Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren richten sich nach den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder. Sie enthalten sämtlich inzwischen auch die Aufgabe der Datenverarbeitung und besondere Regelungen zur Datenverarbeitung. Dazu zählen generalklauselartige Ermächtigungen zur Nutzung erhobener Daten, zur Errichtung von Dateien, besondere Regelungen über bestimmte Nutzungsformen, zur Informationserlangung von Dritten oder zur Weitergabe an Dritte, sowie einzelne Rechte Betroffener.

Die im Einzelnen nicht einfachen Regelungen¹⁵ gehen von Folgendem aus: Datenverarbeitung durch die Polizei erfolgt nicht einfach zu polizeilichen Zwecken, sondern zum Zweck der Strafverfolgung oder dem davon zu unterscheidenden Zweck der Gefahrenabwehr. Werden also Informationen für den ersteren Zweck erhoben, so ist ihre Nutzung für letzteren ein Vorgang der Zweckänderung und damit ein Informationseingriff.¹⁶ Maßgeblich für die anwendbare Rechtsgrundlage ist damit der Verwendungszweck: Werden Daten zu präventiven Zwecken erhoben, so richtet sich ihre Verwendung nach dem Polizeirecht. Werden sie hingegen zu repressiven Zwecken erhoben, so richtet sich ihre Verwendung nach den genannten Bestimmungen der StPO; sie richtet sich hingegen wieder nach Polizeirecht, soweit beide Datenmengen gemeinsam gespeichert und verarbeitet werden (§ 483 Abs. 2 StPO) oder aber soweit sie für präventive Zwecke weiterhin gespeichert oder verarbeitet werden sollen (§ 484 Abs. 4 StPO). Soweit die genannten Gesetze keine eigenständigen Regelungen enthalten, können subsidiär die Bestimmungen der Datenschutzgesetze von Bund und Ländern angewandt werden.

II. Formen der Informationsverarbeitung

Das Recht der polizeilichen Datenverarbeitung bezieht sich auf rechtmäßig erhobene Daten¹⁷; es ist aber sinngemäß auch auf sonstige polizeilich verarbeitete Daten anwendbar. Die Einzelregelungen legen entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Informationsverarbeitungsrechts (siehe etwa § 3

Abs. 4 BDSG) vier Verarbeitungsformen zugrunde: das Aufzeichnen bzw. Speichern von Informationen (dazu u. 1.), das Verändern von Informationen (dazu u. 2.), das Übermitteln von Informationen (dazu u. 3.) und das Löschen von Informationen (dazu u. 4.)

1. Aufzeichnen von Informationen

Ist eine Information zur Polizei gelangt, kann sie dort aufgezeichnet¹⁸ oder gespeichert werden.¹⁹ Hierunter versteht man deren Aufnahme oder Erfassung in einem Datenträger zum Zweck ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung.²⁰ Dies kann stattfinden durch Aufschreiben und Aufnahme in Akten, Sammlungen²¹ oder Karteien, oder durch Speicherung in automatischen Datenverarbeitungsanlagen. Die Maßnahme verfolgt einen doppelten Zweck: Zunächst wird die Information bei der Behörde perpetuiert. Akten und Dateien vergessen nichts; sie sind das technisch institutionalisierte Gedächtnis der Behörde. Zudem wird die Information abrufbar und damit für den speichernden Mitarbeiter und andere verfügbar gemacht. Dadurch wird die Information für die spätere Polizeiarbeit und die gesamte Behörde nutzbar. Was diese Funktionen nicht erfüllt, ist keine Aufzeichnung oder Speicherung in dem genannten Sinne. Das gilt insbesondere für das bloße „Speichern“ im Gedächtnis des Beamten, der sich später an die Information erinnern kann. Dies wird nicht als Akt der Datenspeicherung qualifiziert, da es hier an der Objektivierung und der Verfügarmachung für die weitere Polizeiarbeit fehlt. Denn was nur einer weiß, kann kein anderer nutzen.

Die Aufzeichnung ist ein gegenüber der Erhebung selbstständiger Akt.²² Gespeichert werden können auch Daten, die freiwillig übermittelt, also nicht „erhoben“ worden sind. Außerdem können alle Arten erlangter Informationen vor ihrer Speicherung ausgesondert werden oder im ausschließlichen Wissen des jeweiligen Mitarbeiters verbleiben, also eben nicht gespeichert werden. Der Eingriffsgehalt resultiert demnach aus dem Zusammentreffen zweier Umstände: dem Per-

¹⁴ Dazu näher *Petri* (Fn. 7), H Rn. 385 ff.

¹⁵ Gesamtüberblick bei *Petri* (Fn. 7), H Rn. 1 ff.

¹⁶ Dazu § 481 StPO; ausgeführt in § 24 Abs. 2 S. 1 NRW-PolG. Entsprechend: Art. 38 Abs. 2 S. 1 BayPAG; § 42 Abs. 3 BerlASOG; § 39 Abs. 2 S. 1, 2 BbgPolG; § 36b Abs. 5 S. 1 HBPolG; § 16 Abs. 2 S. 1 HHPolDVG; § 20 Abs. 4 HeSOG; § 37 Abs. 1 MVSOG; § 39 Abs. 3 S. 1 NdsSOG; § 33 Abs. 4 S. 1 RPPOG; § 30 Abs. 2 SIPolG; § 42 Abs. 2 S. 1 SachsPolG; § 23 LSASOG; § 189 Abs. 1 SHLVwG; § 40 Abs. 2 S. 1, 2 ThürPAG; § 29 Abs. 2 S. 1 BPoIG.

¹⁷ Zur polizeilichen Informationserhebung näher *Gusy* (Fn. 1), Rn. 201 ff.; *Schenke* (Fn. 1), Rn. 175 ff.; *Schoch* (Fn. 6), Kap. 2 Rn. 244 ff.

¹⁸ §§ 22 ff. NRWPolG. Entsprechend: §§ 13 ff. BWLDSG; Art. 37 ff. BayPAG; §§ 42 ff. BerlASOG; §§ 37 ff. BbgPolG; § 36a HBPolG; §§ 14 ff. HHPolDVG; §§ 20 ff. HeSOG; §§ 36 ff. MVSOG; §§ 38 ff. NdsSOG; §§ 26 ff. RPPOG; §§ 30 ff. SIPolG; §§ 43 ff. SachsPolG; §§ 22 ff. LSASOG; §§ 188 ff. SHLVwG; §§ 38 ff. ThürPAG; §§ 29 ff. BPoIG.

¹⁹ § 24 Abs. 1 NRWPolG. Entsprechend: § 37 Abs. 1 S. 1 BWPoIG; Art. 38 Abs. 1 BayPolG; § 42 Abs. 1 BerlASOG; § 39 Abs. 1 BbgPolG; § 36a Abs. 1 HBPolG; § 16 Abs. 1 HHPolDVG; § 20 Abs. 1 HeSOG; § 36 Abs. 1 S. 1 MVSOG; § 38 Abs. 1 NdsSOG; § 33 Abs. 1 RPPOG; § 30 Abs. 1 SIPolG; § 43 Abs. 1 SachsPolG; § 22 Abs. 1 LSASOG; § 188 Abs. 1 SHLVwG; § 40 Abs. 1 ThürPAG; § 29 Abs. 1 BPoIG; § 24 Nr. 8 NRWOBG; § 23 Nr. 2d BbgOBG.

²⁰ *Dammann* (Fn. 7), § 3 Rn. 115.

²¹ Zu solchen Sammlungen OVG Berlin NJW 1986, 2004; KG DVR 1982, 366.

²² Gegen einen Grundsatz, wonach alle Daten, die erhoben werden dürfen, auch gespeichert werden dürfen, zu Recht *Petri* (Fn. 7), H Rn. 352; *Alberts/Merten*, HHDVPoIG, 1995, § 16 Rn. 1.

sonenbezug der Information und ihrer Bereitstellung für die zukünftige Polizeiarbeit. Die Speicherung erzeugt einen Datenschatten der Betroffenen, mit dessen Inhalt sie „polizeilich bekannt“ sind. Dieser Schatten tritt für die Zwecke der Polizeiarbeit regelmäßig an die Stelle der Person selbst: Wer als potentieller Gewalttäter gespeichert ist, läuft Gefahr, bei jedem Polizeikontakt als potentieller Gewalttäter behandelt zu werden, solange die Eintragung besteht. Das gilt auch dann, wenn er seine Einstellung oder sein Verhalten geändert hat, zumindest bis die Eintragung aktualisiert oder aufgehoben wird. Hierin liegt die wichtigste Eingriffswirkung gegenüber dem Betroffenen: „Seine“ Daten werden entpersonalisiert; er selbst erscheint als bloße Ausprägung seiner Daten. Das gilt jedenfalls, solange die ihm gegenüber handelnden Beamten ihn – wie im Regelfall – nicht persönlich kennen. Erschwerend kommt außerdem hinzu, dass für Betroffene vielfach die Tatsache der Speicherung und deren Dauer nicht erkennbar sind. Mag die Einstellung in polizeiliche Informationssysteme für anwesende Betroffene noch erkennbar sein, so erfolgt doch deren weitere Speicherung bis zu ihrem Ende in ihrer Abwesenheit und daher stets unerkennbar. Hier müssen die gesetzlichen Regelungen einen schwierigen Spagat vollziehen: Einerseits sollen etwa gesuchte Verdächtige oder gefährliche Personen möglichst nicht erfahren was die Behörden wissen, um ihre Taten, ihren Aufenthaltsort oder ihre Pläne zu ermitteln. Andererseits sollen Unverdächtige oder Nichtverantwortliche, Zeugen, Anzeigeerstanter oder Opfer nicht mehr als nötig in polizeiliche Informationssysteme gelangen und so nicht mehr als nötig in ihrer Privatsphäre beeinträchtigt werden. Diesem ist durch die gesetzliche Ausgestaltung notwendiger Befugnisnormen einerseits und möglichst effektiver Befugnisgrenzen andererseits Rechnung zu tragen.

Im Grundsatz gilt: Polizeiliche Informationen dürfen zu polizeilichen Zwecken, also zum Schutz der öffentlichen Sicherheit – und ggf. öffentlichen Ordnung – sowie sonstiger geschützter Rechtsgüter²³ oder gesetzlich zugelassenen polizeilichen Zwecken²⁴ gespeichert werden.²⁵ Dieser Zweck muss im Speicherungszeitpunkt konkretisierbar sein; eine Datenverarbeitung zu unbestimmten Zwecken ist unzulässig.²⁶ Durften die Daten nur zu bestimmten Zwecken erhoben werden – etwa bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen –, so

ist dieser Umstand mitzuspeichern, da solche Informationen nur zu vergleichbaren Zwecken verwendet werden dürfen und dies nachträglich für die verarbeitenden Stellen erkennbar sein muss (sog. Kennzeichnungspflicht).²⁷ Soweit der Speicherungszweck eine personenbezogene Aufbewahrung nicht (mehr) erfordert, sind die Daten zu anonymisieren. So entfallen der Personenbezug und damit der Grundrechtseingriff. Dies gilt etwa bei der Verarbeitung für statistische Zwecke, interne Dokumentationspflichten oder die Aus- und Fortbildung.²⁸ Die Grenzen der Speicherungsbefugnis folgen grundsätzlich dem allgemeinen Rechtsgedanken, wonach eine polizeiliche Maßnahme zu beenden oder aufzuheben ist, wenn ihr Zweck erreicht ist oder nicht mehr erreicht werden kann.²⁹ Doch hat sich diese Norm für den Bereich der Datenverarbeitung als relativ unpräzise erwiesen: Ob eine Information für die polizeiliche Aufgabenerfüllung in Zukunft (!) noch erforderlich³⁰ sein wird, ist ex ante schwer zu prognostizieren. Völlig ausgeschlossen erscheint dies nahezu niemals. Es bedarf daher einer Abwägung zwischen der möglicherweise verbleibenden Erforderlichkeitswahrscheinlichkeit einerseits und der Intensität des Grundrechtseingriffs andererseits.³¹

Bekanntester Beispielsfall ist die Aufbewahrung erkenntungsdienstlicher Unterlagen, die gerade der Wiedererkennung des Betroffenen und damit zukünftiger Polizeiarbeit

²⁷ Dazu näher BVerfGE 100, 313 (360 f.); 110, 33 (70 f.).

²⁸ § 24 Abs. 7, 6 NRWPolG. Entsprechend: § 37 Abs. 4, 3 BWPoIG; Art. 38 Abs. 5 BayPAG; § 42 Abs. 4 BerlASOG; § 39 Abs. 6, 7 BbgPoIG; § 17 Abs. 1, 2 HHPoIDVG; § 20 Abs. 7 HeSOG; § 36 Abs. 4 MVSoG; § 39 Abs. 7, § 38 Abs. 4 NdsSOG; § 33 Abs. 7 RPPOG; § 30 Abs. 6 SIPoIG; § 43 Abs. 6 SachsPoIG; § 25 Abs. 1 LSASOG; § 188 Abs. 4 SHLVwG; § 40 Abs. 4, 3 ThürPAG; § 29 Abs. 6 BPoIG; § 24 Nr. 8 NRWOBG; § 23 Nr. 2d BbgOBG.

²⁹ § 2 Abs. 3 NRWPolG. Entsprechend: Art. 4 Abs. 3 BayPAG; § 8 Abs. 3 BayLStVG; § 11 Abs. 3 BerlASOG; § 3 Abs. 3 BbgPoIG; § 3 Abs. 3 HBPoIG; § 4 Abs. 3 HeSOG; § 15 Abs. 3 MVSoG; § 4 Abs. 3 NdsSOG; § 2 Abs. 3 RPPOG; § 2 Abs. 3 SIPoIG; § 3 Abs. 3 SachsPoIG; § 5 Abs. 3 LSASOG; § 4 Abs. 3 ThürPAG; § 15 Abs. 3 BPoIG; § 15 Abs. 3 NRWOBG. Betroffene können aus dieser Norm einen Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Aufhebungsanspruch herleiten; siehe dazu Gusy (Fn. 1), Rn. 397; Albers, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 2), § 22 Rn. 79 ff.; Schenke (Fn. 1), Rn. 218.

³⁰ So der Wortlaut des § 22 S. 2 NRWPolG. Entsprechend: § 38 Abs. 4 S. 1 BWPoIG; Art. 37 Abs. 3 S. 2 BayPAG; § 48 Abs. 4 S. 1 BerlASOG; § 37 S. 2 BbgPoIG; § 36k Abs. 4 S. 1 HBPoIG; § 15 S. 2 HHPoIDVG; § 27 Abs. 4 S. 1 HeSOG; § 46 S. 1, § 47 Abs. 1 S. 1 MVSoG; § 47 Abs. 1 S. 1 NdsSOG; § 33 Abs. 3 S. 2 RPPOG; § 38 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SIPoIG; § 43 Abs. 3 S. 2 SachsPoIG; § 32 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LSASOG; § 196 Abs. 2 S. 1 SHLVwG; § 38 S. 2 ThürPAG; § 35 Abs. 2 Nr. 2 BPoIG; § 24 Nr. 7 NRWOBG; § 23 Nr. 2b BbgOBG.

³¹ OVG Ms. DÖV 1999, 522; OVG Koblenz DÖV 2001, 212; BayVGh NVwZ-RR 1998, 496.

²³ Zu den Schutzgütern des Polizeirechts Gusy (Fn. 1), Rn. 77 ff.; Denninger, in: Liskin/Denninger (Fn. 7), E Rn. 16 ff.; Schenke (Fn. 1), Rn. 53 ff.; Schoch (Fn. 6), Kap. 2 Rn. 8 ff., 20 ff.

²⁴ Zu diesen näher § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 5 S. 2 i.V.m. §§ 9 ff. NRWPolG.

²⁵ § 24 Abs. 1 NRWPolG. Entsprechend: § 37 Abs. 1 BWPoIG; Art. 38 Abs. 1 BayPAG; § 42 Abs. 1 BerlASOG; § 39 Abs. 1 BbgPoIG; § 36a Abs. 1 HBPoIG; § 16 Abs. 1 HHPoIDVG; § 20 Abs. 1 HeSOG; § 36 Abs. 1 S. 1 MVSoG; § 38 Abs. 1 NdsSOG; § 33 Abs. 1 RPPOG; § 30 Abs. 1 SIPoIG; § 43 Abs. 1 SachsPoIG; § 22 Abs. 1 LSASOG; § 188 Abs. 1 SHLVwG; § 40 Abs. 1 ThürPAG; § 29 Abs. 1 BPoIG; § 24 NRWOBG; § 23 Nr. 2d BbgOBG.

²⁶ BVerfG NJW 2010, 833 (839).

dienen sollen.³² Hier besteht Einigkeit, dass die Unterlagen nicht aufbewahrt werden dürfen, wenn ihre Erhebung rechtswidrig war oder wenn sie nur der Identifikation des Betroffenen diene und dieser identifiziert ist.³³ Bei Maßnahmen zur Gefahrenabwehr ist die Speicherung unzulässig, wenn sie zur Verhütung zukünftiger Straftaten nichts beizutragen vermag, insbesondere bei Fahrlässigkeitstaten oder erstmaliger Begehung von Bagatelldelikten.³⁴ Im Übrigen wird die (weitere) Speicherung unzulässig bei nachträglichem Fortfall der Umstände, welche zur erkennungsdienstlichen Behandlung Betroffener geführt haben. Dabei sind primär eindeutige und nachvollziehbare nachträgliche Veränderungen der Einstellung oder des Verhaltens des Betroffenen zugrunde zu legen. Hier ist demnach der Einzelfall maßgeblich. Es wird jedenfalls dann angenommen, wenn eine andauernde Gefahrprognose nicht mehr gestellt werden kann und deshalb ausgeschlossen werden könnte, dass die weitere Aufbewahrung der Daten für die polizeiliche Aufklärungsarbeit (noch) notwendig sein wird.³⁵ Ein solcher Fall liegt vor, wenn die ursprüngliche Gefahrprognose widerlegt ist, wenn das zugrunde liegende Strafverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt oder wenn der Betroffene freigesprochen ist.³⁶ Bei Einstellung des Strafverfahrens bedarf es einer Abwägung: Zwar ist hier die weitere Speicherung nicht völlig ausgeschlossen. Doch ist ein geringer fortbestehender Verdachtsgrad, eine festgestellte Geringfügigkeit der Schuld oder ein nur geringer Schaden aus der Straftat indiziell für ein Überwiegen der Rechtsgüter des Betroffenen.³⁷ In jedem Falle ist auch eine Abwägung mit den Rechten der gespeicherten Personen notwendig.

³² Zum Erkennungsdienst als „Wiedererkennungsdienst“ *Dreier*, JZ 1987, 1009; zu den Rechtsfragen der Aufbewahrung erhobener Unterlagen grundsätzlich *Gusy*, VerwArch 1993, 441.

³³ § 14 Abs. 2 NRWPolG. Entsprechend: § 36 Abs. 3 BWPolG; Art. 14 Abs. 2 BayPAG; § 23 Abs. 2 BerlASOG; § 13 Abs. 3 BbgPolG; § 11b Abs. 2 HBPolG; § 7 Abs. 2 HHPolDVG; § 19 Abs. 4 HeSOG; § 31 Abs. 3 MVSOG; § 15 Abs. 2 NdsSOG; § 11 Abs. 2 RPPOG; § 10 Abs. 2 SIPolG; § 20 Abs. 3 SachsPolG; § 21 Abs. 3 LSASOG; § 183 Abs. 3 SHLVwG; § 16 Abs. 2 ThürPAG; § 24 Abs. 2 BPolG.

³⁴ *Petri* (Fn. 7), H Rn. 364 m.w.N.

³⁵ So oder ähnlich BVerwG, Buchholz 402.41 Nr. 47, 56; NWVG NJW 1987, 2763.

³⁶ § 24 Abs. 2 S. 5 NRWPolG. Entsprechend: § 38 Abs. 1 S. 4 BWPOLG; Art. 38 Abs. 2 S. 2 BayPAG; § 42 Abs. 3 BerlASOG; § 39 Abs. 2 S. 5 BbgPolG; § 36b Abs. 5 HBPolG; § 16 Abs. 2 HHPolDVG; § 20 Abs. 4 S. 2 HeSOG; § 37 Abs. 2 S. 2 MVSOG; § 39 Abs. 3, 4, § 39a S. 1 NdsSOG; § 39 Abs. 2 Nr. 1 RPPOG; § 30 Abs. 3 S. 1, 3, § 38 Abs. 2 S. 1 SIPolG; § 43 Abs. 2 S. 2 SachsPolG; §§ 23, 32 Abs. 2 S. 1 LSASOG; § 189 Abs. 2 S. 3 SHLVwG; § 40 Abs. 2 S. 5 ThürPAG; § 29 Abs. 2 S. 4 BPolG. So wohl auch die Tendenz in BVerfG NJW 2001, 3231, z.T. weiter gehend aber die polizeiliche Praxis, s. etwa Landesdatenschutzbeauftragter Bbg, 10. Tätigkeitsbericht, 2002, S. 73 ff.

³⁷ *Petri* (Fn. 7), H Rn. 369; *Rachor*, in: Liskin/Denninger (Fn. 7), F Rn. 464 ff. (beide m.w.N.).

Da die genannten Feststellungen im Einzelfall schwierig sein mögen – schließlich hören die „polizeilichen Zwecke“ niemals auf –, sind sie in den Polizeigesetzen durch zwei Vorkehrungen konkretisiert.

- (1) Da sind zunächst bestimmte Speicherungshöchstfristen: Nach deren Ablauf sind die aufgezeichneten Informationen zu löschen, wenn nicht zwischenzeitlich neue Gründe für ihre Erhebung bzw. Speicherung eingetreten sind. Dies gilt etwa für Kontakt- oder Begleitpersonen Verantwortlicher,³⁸ für die Aufzeichnung von Notrufen³⁹ und Informationen über bestimmte Minderjährige.⁴⁰ Sind die Fristen abgelaufen, so sind die Daten regelmäßig zu löschen; auf die Löschung besteht ein Anspruch der Betroffenen.⁴¹
- (2) Da sind daneben Prüfungspflichten, nach deren Ablauf von Amts wegen die weitere inhaltliche Richtigkeit der Informationen und die Notwendigkeit ihrer fortdauernden Speicherung festzustellen ist. Sie begründen die verfahrensrechtliche Verpflichtung zur Überprüfung, nicht aber automatisch zur Löschung von Informationen.

Unrichtige Informationen sind zu berichtigen. Eine solche Berichtigungspflicht,⁴² die einem Berichtigungsanspruch des

³⁸ § 24 Abs. 4 NRWPolG. Entsprechend: § 37 Abs. 1 BWPolG; § 43 Abs. 1 BerlASOG; § 39 Abs. 4 BbgPolG; § 16 Abs. 3 HHPolDVG; § 20 Abs. 5 HeSOG; § 39 Abs. 5 NdsSOG; § 33 Abs. 5 RPPOG; § 22 Abs. 4 LSASOG; § 189 Abs. 4 SHLVwG; § 29 Abs. 3 BPolG.

³⁹ § 24 Abs. 5 NRWPolG. Entsprechend: § 42 Abs. 1 S. 2 BerlASOG; § 39 Abs. 5 BbgPolG; § 36a Abs. 4 HBPolG; § 27 Abs. 4 MVSOG; § 38 Abs. 3 NdsSOG; § 30 RPPOG, § 23a LSASOG.

⁴⁰ § 22 S. 5 NRWPolG. Entsprechend: § 38 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 BWPOLG; Art. 38 Abs. 3 S. 3, 5 BayPAG; § 48 Abs. 4 S. 2, 3 BerlASOG; § 37 S. 5 BbgPolG; § 36k Abs. 4 S. 2, 3 HBPolG; § 15 S. 5 HHPolDVG; § 27 Abs. 4 S. 2, 3 HeSOG; § 46 S. 2, 3 MVSOG; § 47 Abs. 1 S. 2, 3 NdsSOG; § 33 Abs. 4 S. 2 RPPOG; § 38 Abs. 2 S. 2, 3 SIPolG; § 43 Abs. 4 S. 1, 3 SachsPolG; § 32 Abs. 4 S. 1, 2 LSASOG; § 196 Abs. 3 S. 1, 2 SHLVwG; § 38 S. 5 ThürPAG; § 35 Abs. 3 S. 2, 3 BPolG; § 24 Nr. 7 NRWOBG; § 23 Nr. 2b BbgOBG.

⁴¹ § 32 Abs. 2 NRWPolG. Entsprechend: § 46 Abs. 1 BWPolG i.V.m. § 23 BWLDSG; Art. 45 Abs. 2, 3 BayPAG; § 48 Abs. 2, 3 BerlASOG; § 47 Abs. 2, 5 BbgPolG; § 36k Abs. 2, 3 HBPolG; § 24 Abs. 2 HHPolDVG; § 27 Abs. 2 HeSOG; § 45 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 MVSOG; §§ 39a, 47 Abs. 3 S. 1 NdsSOG, § 17 Abs. 2, 3 NdsLDSG; § 39 Abs. 2, 3 RPPOG; § 38 Abs. 2, 4 SIPolG; § 49 SachsPolG i.V.m. § 20 f. SachsLDSG; § 32 Abs. 2, 3 LSASOG; § 196 Abs. 2, 5 SHLVwG; § 45 Abs. 2, 4 ThürPAG; § 35 Abs. 2, 6 BPolG; § 24 Nr. 12 NRWOBG; § 23 Nr. 2f BbgOBG.

⁴² § 32 Abs. 1 NRWPolG. Entsprechend: § 46 Abs. 2 BWPolG i.V.m. § 22 Abs. 1 BWLDSG; Art. 45 Abs. 1 BayPAG; § 48 Abs. 1 BerlASOG; § 47 Abs. 1 BbgPolG; § 36k Abs. 1 HBPolG; § 24 Abs. 1 HHPolDVG; § 27 Abs. 1 HeSOG; § 45 Abs. 1, 2 S. 2 MVSOG; § 47 Abs. 3 S. 1 NdsSOG, § 17

Betroffenen entspricht,⁴³ bezweckt einerseits die Aktualitätspflege der Datenbestände – denn veraltete und unrichtige Informationen nutzen der Polizei nichts –, wie auch die Wahrung der Rechte Betroffener: Sie können aufgrund unrichtiger Daten mit Grundrechtseingriffen konfrontiert werden, welche bei deren Richtigkeit unterblieben wären. Die Verfahrenspflicht dient zugleich der regelmäßigen Kontrolle der Fortdauer einer Datenspeicherung: Da die Betroffenen regelmäßig von dieser Tatsache keine Kenntnis haben,⁴⁴ können sie auch keine Überprüfung oder Löschung verlangen oder gar gerichtlich durchsetzen. Insoweit ist die Statuierung von Prüfungspflichten ein bescheidenes Surrogat für den hier regelmäßig nicht effektiven Rechtsschutz. In der Praxis ist die regelmäßige Überprüfung jedoch sehr sinnvoll; insbesondere veraltete Bestände und „Datenfriedhöfe“ können so beseitigt werden. Bei der Einrichtung besonderer Dateien sind hierzu wichtige prozedurale Regelungen statuiert. Deren Einrichtung ist auf das notwendige Maß zu beschränken; dabei sind regelmäßige Termine für die Prüfungspflichten und in bestimmten Fällen Speicherungshöchstdauern zu bestimmen.⁴⁵ In einzelnen Normen wird partiell zwischen suchfähiger und nicht-suchfähiger Speicherung unterschieden.⁴⁶ Suchfähig sind Daten, welche in Dateien gespeichert sind, die technisch⁴⁷ und rechtlich bzw. organisatorisch den nutzenden Behörden die Möglichkeit eröffnen, Dateiinhalte aufgrund bestimmter

Suchwörter oder Suchkriterien zu nutzen. Nicht alle Dienststellen können und dürfen auf alle Dateien ganz und unmittelbar zurückgreifen. Dies scheint insbesondere bei von Zentralstellen gespeicherten Informationen der Fall zu sein, wenn diese den einzelnen Polizeidienststellen nicht stets und in vollem Umfang zugänglich geschaltet sind, sondern oft nur für bestimmte Nutzungsformen oder -zwecke geöffnet werden. Diese können dann Suchfähigkeit ermöglichen. Alle anderen Informationen sind (für sie) nicht-suchfähig.

Einen Begleiteingriff zur Speicherung kann der Datenabgleich⁴⁸ darstellen. Dadurch können anfallende Daten einer Person – etwa eines Verantwortlichen – mit den vorhandenen Datenbeständen der Polizei verglichen werden, um festzustellen, ob die Person bereits irgendwo gespeichert ist. Dadurch können Informationen aus dem Einzelfall mit vorhandenen polizeilichen Kenntnisständen ergänzt werden. Zugleich kann auf diese Weise geprüft werden, ob und ggf. wo weitere Daten zu der Person zu speichern sind. Wer etwa vor einem Fußballspiel angetrunken und grölend durch die Innenstadt zieht, kann etwa daraufhin überprüft werden, ob er als Hooligan bzw. Gewalttäter registriert ist. Zum Zweck dieser Überprüfung können die Betroffenen angehalten werden.⁴⁹

2. Verändern von Informationen

Die Vorschriften⁵⁰ betreffen das inhaltliche Umgestalten von Daten, welches den Informationsgehalt verändern kann.⁵¹ Dazu können formelle Änderungen (anderes Datum), die Änderungen des Informationskontextes (Einordnung in eine Rubrik, etwa: gefundene Gegenstände statt verlorene Gegenstände), wie auch die Zusammenführung mit anderen Informationen zählen. Aus einem Zusammenhang können weitere Informationen gewonnen werden. Aber auch der umgekehrte Vorgang, das Herauslösen von Informationen aus ihrem Zu-

Abs. 1 NdsLDSG; § 39 Abs. 1 RPPOG; § 38 Abs. 1 SIPoIG; § 49 SachsPolG i.V.m. § 19 Abs. 1 SachsLDSG; § 196 Abs. 1 SHLVwG; § 45 Abs. 1 ThürPAG; § 35 Abs. 1 BPolG; § 24 Nr. 12 NRWOBG; § 23 Nr. 2f BbgOBG.

⁴³ Zu diesem näher unter III.

⁴⁴ Auskunftsansprüche gegen die Polizei bestehen schon wegen der notwendigen Geheimhaltung zahlreicher Informationen nur in ganz rudimentärem Umfang; siehe näher etwa § 18 Abs. 1, 3 NRWDSG. Entsprechend: § 18 Abs. 3, 4 HeDSG; § 13 Abs. 1, 7 ThürDSG; § 20 Abs. 1, 2 SIDSOG; § 27 Abs. 1, 2 SHLDSG; § 24 Abs. 1, 3, 4 MVDSOG; Art. 10 Abs. 1, 7 BayDSG; § 18 Abs. 1, 6 BbgDSG; § 16 Abs. 1, 4 BerlDSG; § 16 Abs. 1, 3, 6 NdsDSG; § 18 Abs. 1, 6 HHDSG; § 18 Abs. 1, 3 SachsDSG; § 15 Abs. 1, 6 LSADSG; § 21 Abs. 1 HBDSG; § 18 Abs. 3, 7 RPDSOG.

⁴⁵ §§ 22, 33 NRWPolG. Entsprechend: § 38 Abs. 4, § 42 Abs. 3 BWPoIG; Art. 37 Abs. 3, Art. 46 f. BayPAG; § 42 Abs. 1, §§ 46, 48 Abs. 4, § 49 BerlASOG; §§ 37, 48 f. BbgPolG; §§ 36e, 36k Abs. 4 HBPolG; §§ 15, 26 f. HHPoIDVG; §§ 24, 27 Abs. 4, § 28 HeSOG; § 40 Abs. 3, §§ 42, 46 MV-SOG; §§ 40, 42 Abs. 5, § 47 NdsSOG; § 33 Abs. 3, §§ 36, 41 RPPOG; §§ 35, 38 Abs. 2, § 39 SIPoIG; § 43 Abs. 3, §§ 48, 50 SachsPolG; § 32 Abs. 4 LSASOG; § 192 Abs. 4, §§ 194, 196 Abs. 3, § 197 SHLVwG; §§ 38, 42, 46 ThürPAG; §§ 33 Abs. 7, 8, § 35 Abs. 3, § 36 BPolG; § 23 Nr. 2b, 2f BbgOBG; § 24 Nr. 7 NRWOBG.

⁴⁶ Zu dieser Unterscheidung *Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW, 10. Aufl. 2006, § 32 Rn. 6.

⁴⁷ Allein auf technische Fragen stellen ab *Berner/Köhler*, BayPAG, 20. Aufl. 2010, S. 555, wonach es „nach dem heutigen Stand der Technik kaum vorstellbar erscheint, dass es in Dateien auch nicht suchfähig gespeicherte Daten gibt.“

⁴⁸ Dazu § 25 NRWPolG. Entsprechend: § 39 BWPoIG; Art. 43 BayPAG; § 28 BerlASOG; § 40 BbgPolG; § 36h HB-PoIG; § 22 HHPoIDVG; § 25 HeSOG; § 43 MVSOG; § 45 NdsSOG; § 37 RPPOG; § 36 SIPoIG; § 46 SachsPolG; § 30 LSASOG; § 195 SHLVwG; § 43 ThürPAG; § 34 BPolG.

⁴⁹ § 25 Abs. 2 NRWPolG. Entsprechend: § 39 Abs. 1 S. 4 BWPoIG; Art. 43 Abs. 1 S. 4 BayPAG; § 28 Abs. 1 S. 3 BerlASOG; § 40 Abs. 2 BbgPolG; § 22 Abs. 2 HHPoIDVG; § 25 Abs. 1 S. 4 HeSOG; § 45 Abs. 2 NdsSOG; § 37 Abs. 2 S. 2 RPPOG; § 46 Abs. 1 S. 4 SachsPolG; § 30 Abs. 1 S. 4 LSASOG; § 43 Abs. 3 ThürPAG; § 34 Abs. 1 S. 3 BPolG. Zum Anhalterrecht *Petri* (Fn. 7), H Rn. 493 ff.

⁵⁰ § 24 Abs. 1, 2, 4 NRWPolG. Entsprechend: § 37 Abs. 1, § 38 Abs. 1, 2 BWPoIG; Art. 38 Abs. 1, 2 BayPAG; § 42 Abs. 1, 3, § 43 Abs. 1 BerlASOG; § 39 Abs. 1, 2, 4 Bbg-PoIG; § 36a Abs. 1, § 36b Abs. 5 HBPolG; § 16 Abs. 1, 2, 3 HHPoIDVG; § 20 Abs. 1, 4, 5 HeSOG; § 36 Abs. 1, § 37 Abs. 1, 2 MVSOG; § 38 Abs. 1, § 39 Abs. 3-5 NdsSOG; § 33 Abs. 1, 4, 5 RPPOG; § 30 Abs. 1, 2 SIPoIG; § 43 Abs. 1, 2 SachsPolG; § 22 Abs. 1, 4, § 23 LSASOG; § 188 Abs. 1, § 189 Abs. 1, 4 SHLVwG; § 40 Abs. 1, 2 ThürPAG; § 29 Abs. 1-3 BPolG; § 24 Nr. 8 NRWOBG; § 23 Nr. 2d BbgOBG.

⁵¹ *Dammann* (Fn. 7), § 3 Rn. 129 ff.

sammenhang, ist eine Veränderung, welche dem gleichen Zweck dienen kann. Am Beispiel: Hat in der Innenstadt eine gewalttätige Versammlung stattgefunden (Information 1) und ist A an diesem Tag in die Innenstadt gereist (Information 2), so stellt die Zusammenführung (A hat an der gewalttätigen Versammlung in der Innenstadt teilgenommen) eine neue Information (Information 3) dar. Der daraus gezogene Schluss, wonach A als Gewalttäter in Betracht kommt (Information 4), stellt dann durch Herauslösen aus dem Zusammenhang eine weitere veränderte Information dar. Eine solche Veränderung im Einzelfall ist Grundlage polizeilicher Aufklärungsarbeit und Gefahrenabwehr. Sie findet sich bei zahlreichen Maßnahmen routinemäßig, etwa bei der erkennungsdienstlichen Behandlung.

Hauptfall der Veränderung von Informationen in der polizeilichen Informationsinfrastruktur ist die Einstellung von Daten in bestimmte Dateien,⁵² z.B. als „Gefährliche Gewalttäter“, „gewaltbereite Extremisten“, Fahndungsdateien, DNA-Analysedateien, Erkennungsdienst u.ä. Durch sie werden die Einzeldaten in einen Kontext gestellt, welcher ihnen zugleich eine zusätzliche Bedeutung zuweist: Die entsprechende Person ist nicht nur bei einer Schlägerei angetroffen, sondern neigt häufiger zu Handgreiflichkeiten und ist daher stets suchfähig gespeichert und auffindbar, wenn nach potentiellen Gewalttätern gesucht wird. Dabei ist schon die Zuschreibung im Titel oder die Umschreibung des Dateiinhalts eine „Veränderung“ der in ihr enthaltenen Einzeldaten; das kann auch für Änderungen von Bezeichnungen gelten.⁵³ Solche Dateien unterliegen deshalb besonderen Anforderungen mit dem Ziel der Begrenzung ihrer Anzahl, der Selbstkontrolle der errichtenden Behörden und ihrer Überwachung durch Aufsichtsbehörden und Datenschutzbeauftragte.⁵⁴

Sie bedürfen daher:

- (1) einer besonderen Errichtungsanordnung.⁵⁵ Sie ergeht formlos mit Innenwirkung, unterliegt allerdings zumeist besonderen Verfahrens- oder Zuständigkeitsregelungen (z.B.: Errichtung nur durch den Innenminister). Wo das Gesetz die Errichtung durch Rechtsverordnung vorschreibt, ist diese die Zulässigkeitsbedingung für die Verarbeitung von Informationen in Dateien.⁵⁶ In Eilfällen

dürfen zeitlich befristete Dateien auch ohne besondere Anordnung eingerichtet werden, nach Ablauf gesetzlich festgelegter Dauern muss der notwendige Verfahrensablauf nachgeholt werden. (z.B. § 41 Abs. 3 S. 3 RPPOG oder § 36 Abs. 2 S. 2 BPolG).

- (2) einer Prüfung der Erforderlichkeit, ob die notwendige technische Form der Dateien (in Akten oder elektronisch, suchfähig oder nichtsuchfähig) und die Notwendigkeit ihrer Dauer eingehalten sind. Die Errichtung ist zu befristen, die Notwendigkeit ihrer Weiterführung oder Änderung in angemessenen zeitlichen Abständen zu überprüfen.⁵⁷ Nicht nur die einzelnen Informationen, sondern auch jede polizeiliche Datei muss für den konkret angebaren polizeilichen Zweck geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.
- (3) der Angabe der maßgeblichen Rechtsgrundlage, des Zwecks der Datei, des Datenumfanges, der Zugriffsberechtigten, der Übermittlungsregelungen, der Speicher- bzw. Prüffristen und der zu ihrer Einhaltung zu ergreifenden technischen und organisatorischen Maßnahmen.⁵⁸

Besonderen Anforderungen unterliegen gemeinsame Dateien unterschiedlicher Behörden, wenn ein Direktabruf möglich ist, oder länderübergreifende Dateien.⁵⁹ Im Übrigen gelten für die Veränderung die Vorschriften über die Datenspeicherung – soweit sie sinngemäß übertragbar sind – entsprechend. Daneben finden weitere Vorschriften der Datenschutzgesetze Anwendung.

3. Übermitteln von Informationen

a) Grundlagen

Die Vorschriften⁶⁰ ermächtigen zur Bekanntgabe von Daten einer Behörde an Dritte. Es kann geschehen durch Weiterga-

⁵² Wichtige Dateien wie etwa PIOS, SPUDOK, INPOL beschreibt *Petri* (Fn. 7), H Rn. 60 ff.

⁵³ Zu den Anforderungen *Petri* (Fn. 7), H Rn. 383; *Dammann* (Fn. 7), § 3 Rn. 134 ff.

⁵⁴ BVerfGE 65, 1 (46); 67, 157 (178 ff.); *Petri* (Fn. 7), H Rn. 383, 372.

⁵⁵ Siehe § 490 StPO; § 33 Abs. 1 S. 1 NRWPolG. Entsprechend: § 48 BWPoG i.V.m. § 11 BWLDSG; Art. 47 BayPAG; § 49 BerlASOG; § 48 BbgPolG; § 36j HBPoG; §§ 26 f. HHPoLDVG; § 28 HeSOG; § 47 Abs. 2 MVSOG; § 41 RPPOG; § 197 SHLVwG; § 39 SIPoG; § 50 SachsPolG; § 46 ThürPAG; § 36 BPolG.

⁵⁶ So etwa *Arzt*, NJW 2011, 352; OVG Lüneburg NdsVBl. 2009, 135; VG Wiesbaden NVwZ-RR 2011, 151; a.A. HeVGH NJW 2005, 2727 (2732); offen gelassen in BVerwG NJW 2011, 405.

⁵⁷ § 33 Abs. 1 S. 2 NRWPolG. Entsprechend: § 41 Abs. 1 BWPoG; Art. 47 Abs. 1, 2 BayPAG; § 49 Abs. 1, 3 BerlASOG; § 48 Abs. 1 BbgPolG; § 26 Abs. 3 S. 1 HHPoLDVG; § 47 Abs. 1 MVSOG; § 46 Abs. 2 NdsSOG; § 41 Abs. 1 RPPOG; § 39 Abs. 1 SIPoG; § 50 SachsPolG; § 197 Abs. 1 SHLVwG; § 36 Abs. 3 BPolG.

⁵⁸ Dazu im Einzelnen §§ 22, 33 NRWPolG. Entsprechende Landesgesetze siehe oben Fn. 45.

⁵⁹ Etwa: § 33 Abs. 5, 6 NRWPolG. Entsprechend: § 42 Abs. 3, 4 BWPoG; Art. 46, 47 BayPAG; § 46 BerlASOG; § 49 BbgPolG; § 36e HBPoG; § 27 Abs. 1, 2 HHPoLDVG; § 24 HeSOG; § 42 MVSOG; § 42 NdsSOG; § 36 RPPOG; § 35 SIPoG; § 48 SachsPolG; § 194 SHLVwG; § 42 ThürPAG; § 33 Abs. 7, 8 BPolG; s.a. §§ 4 ff. ATDG (Bundes-AntiterrordateiG v. 22.12.2006, BGBl. I 2006, S. 3409); dazu *Ellermann*, Polizei 2007, 181.

⁶⁰ §§ 26 ff. NRWPolG. Entsprechend: §§ 41 ff. BWPoG; Art. 39 ff. BayPAG; §§ 44 ff. BerlASOG; §§ 41 ff. BbgPolG; §§ 36c ff. HBPoG; §§ 18 ff. HHPoLDVG; §§ 21 ff. HeSOG; §§ 39 ff. MVSOG; §§ 40 ff. NdsSOG; §§ 34 ff. RPPOG; §§ 32 ff. SIPoG; §§ 14 ff. SachsPolG; §§ 26 ff. LSASOG; §§ 191 ff. SHLVwG; §§ 41 ff. ThürPAG; §§ 32 ff. BPolG; §§ 24 Nr. 9 f. NRWOBG; § 23 Nr. 2e BbgOBG.

be der Informationen oder aber durch die Eröffnung der Einsichtnahme für die andere Stelle.⁶¹ Die Übermittlung stellt regelmäßig einen Eingriff in den Zweckbindungsgrundsatz dar.⁶² Durch sie werden Informationen, welche für den Zweck einer Stelle erhoben bzw. gespeichert worden sind, für andere Behörden und deren Zwecke nutzbar gemacht. Dabei wirkt der rechtlich mögliche Nutzungszweck zugleich auf den Erhebungsvorgang zurück: Je intensiver eine gesetzlich zugelassene Datennutzung in die Grundrechte Betroffener eingreifen kann, desto schwerer wiegt schon der vorgelagerte Grundrechtseingriff durch die Datenerhebung.⁶³ Umgekehrt wirkt der Erhebungseingriff weniger schwer, wenn die rechtlich mögliche Informationsverwendung eingegrenzt und auf geringere Eingriffe begrenzt ist. Das Polizeirecht regelt unterschiedliche Wege der Informationsübermittlung: den Austausch zwischen unterschiedlichen Polizeibehörden,⁶⁴ wobei der Datenaustausch mit ausländischen Polizeien regelmäßig höheren Anforderungen unterliegt;⁶⁵ eine Weitergabe liegt auch vor, wenn die Daten bei zentralen Polizeibehörden (etwa: BKA, LKA) gespeichert werden und anderen Polizeistellen zum Abruf offenstehen;⁶⁶ außerdem denjenigen zwischen Polizei und anderen staatlichen Stellen, wobei die Gesetze zwischen der Datenübermittlung durch die Polizei an andere Behörden⁶⁷ und durch andere Behörden an die Polizei⁶⁸ un-

terscheiden. Hier können ergänzend auch andere Gesetze, etwa über die Nachrichtendienste, einschlägig sein.⁶⁹ Sonderformen sind die Öffnung polizeilicher Daten für einen direkten Datenabruf durch andere Stellen und die Einstellung von Daten in gemeinsame Dateien mit anderen Stellen.⁷⁰ Auch hier unterliegt der Austausch mit ausländischen Stellen besonderen Einschränkungen;⁷¹ schließlich den Austausch zwischen Polizei und Privaten.⁷² Außerhalb dieser Befugnisnormen ist er unzulässig und kann eine Straftat nach § 353b Abs. 1 Nr. 1 StGB darstellen.

Die einschlägigen Gesetze kombinieren für die unterschiedlichen Übermittlungsformen und -adressaten regelmäßig vier Tatbestandsmerkmale miteinander:

- (1) Die Rechtfertigung der Übermittlung durch einen Behördenzweck: Dies kann der Zweck der übermittelnden Behörde (etwa: eine Stelle übermittelt Informationen über eine gesuchte Person mit der Bitte, diese in ihrem Zuständigkeitsbereich aufzuspüren) oder derjenigen Stelle sein, an welche die Informationen übermittelt werden (etwa: eine Verfassungsschutzbehörde ist auf eine drohende Straftat aufmerksam geworden und übermittelt sie an die Polizei mit dem Anliegen, diese Straftat möglichst zu verhindern).⁷³
- (2) Die Erforderlichkeit der Übermittlung zur Wahrnehmung jenes Zwecks. Diese Ausprägung des Übermaßverbotes untersagt die Übermittlung, wenn der konkrete Zweck auch ohne sie erfüllt werden kann.
- (3) Das Fehlen entgegenstehender vorrangiger Rechtsgüter Betroffener: Greift die Übermittlung allein in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung ein, so ist der Eingriff eher zu rechtfertigen als für den Fall, dass die Information in den Kernbereich privater Lebens-

⁶¹ Dammann (Fn. 7), § 3 Rn. 143.

⁶² Dazu oben I. 2.

⁶³ BVerfGE 115, 320 – Rasterfahndung.

⁶⁴ § 27 NRWPolG. Entsprechend: § 42 BWPoIG; Art. 40 BayPAG; § 44 BerlASOG; § 42 BbgPoIG; § 36d HBPolG; § 19 HHPoIDVG; § 22 HeSOG; § 40 MVSoG; § 41 NdsSOG; § 34 RPPOG; § 33 SiPoIG; § 14 SachsDSG; § 27 LSASOG; § 192 SHLVwG; § 41 Abs. 1 ThürPAG; § 32 Abs. 1 BPoIG; § 24 Nr. 10 NRWOBG; § 23 Nr. 2e BbgOBG.

⁶⁵ Siehe etwa § 27 Abs. 2 NRWPolG. Entsprechend: § 43 Abs. 3 BWPoIG; Art. 40 Abs. 5 BayPAG; § 44 Abs. 3 BerlASOG; § 42 Abs. 2 BbgPoIG; § 36f Abs. 2 HBPolG; § 19 Abs. 2 HHPoIDVG; § 22 Abs. 3 HeSOG; § 40 Abs. 4 MVSoG; § 43 Abs. 2, 4, 5 NdsSOG; § 34 RPPOG; § 33 Abs. 2 SiPoIG; § 14 SachsDSG; § 27 Abs. 3 LSASOG; § 192 SHLVwG; § 41 Abs. 4 ThürPAG; § 32 Abs. 3 BPoIG. Siehe dazu etwa BVerfG NVwZ 2005, 681 ff. Für das BKA gibt es keine Ermächtigungsgrundlage zur Informationsübermittlung an die NATO, VG Wiesbaden NVwZ-RR 2011, 151.

⁶⁶ § 33 NRWPolG. Entsprechend: § 42 Abs. 3, 4 BWPoIG; Art. 46, 47 BayPAG; § 46 BerlASOG; § 49 BbgPoIG; § 36e HBPolG; §§ 26, 27 HHPoIDVG; § 24 HeSOG; § 42 MVSoG; § 42 NdsSOG; § 36 RPPOG; § 35 SiPoIG; § 48 SachsPoIG; § 194 SHLVwG; § 42 ThürPAG; § 33 Abs. 7, 8 BPoIG.

⁶⁷ Dazu § 28 NRWPolG. Entsprechend: § 43 BWPoIG; Art. 40 Abs. 2-5 BayPoIG; § 44 Abs. 2, 3 BerlASOG; § 43 BbgPoIG; § 36f HBPolG; § 20 HHPoIDVG; § 22 Abs. 2-4 HeSOG; § 41 MVSoG; § 43 NdsSOG; § 34 Abs. 2-4 RPPOG; § 34 SiPoIG; § 14 SachsDSG; § 27 Abs. 2-4 LSASOG; § 193 SHLVwG; § 41 Abs. 2-5 ThürPAG; § 32 Abs. 2, 3 BPoIG; § 24 Nr. 11 NRWOBG; § 23 Nr. 2e BbgOBG.

⁶⁸ Dazu § 30 NRWPolG. Entsprechend: Art. 42 BayPAG; § 44 Abs. 7 BerlASOG; § 45 BbgPoIG; § 36d Abs. 1 S. 2 HBPolG; § 41 NdsSOG; § 34 Abs. 6 RPPOG; § 27 Abs. 5 LSASOG; § 41 Abs. 7 ThürPAG; § 24 Nr. 11 NRWOBG.

⁶⁹ Siehe etwa §§ 18 ff. BVerfSchG; 8 f. BNDG.

⁷⁰ Zu unterschiedlichen Fallgestaltungen *Petri* (Fn. 7), H Rn. 466 ff.

⁷¹ § 30 Abs. 3 NRWPolG. Entsprechend: Art. 42 Abs. 3 BayPAG; § 45 Abs. 3 BbgPoIG; § 34 Abs. 6 RPPOG; § 27 Abs. 5 LSASOG; § 41 Abs. 7 ThürPAG.

⁷² Dazu § 29 NRWPolG. Entsprechend: § 44 BWPoIG; Art. 41 BayPAG; § 45 BerlASOG; § 44 BbgPoIG; § 36g HBPolG; § 21 HHPoIDVG; § 23 HeSOG; § 41 MVSoG; § 44 NdsSOG; § 34 Abs. 4, 5 RPPOG; § 34 SiPoIG; § 45 SachsPoIG; § 28 LSASOG; § 193 Abs. 1 SHLVwG; § 41 Abs. 3 S. 2 ThürPAG; § 32 Abs. 4 BPoIG; § 24 Nr. 11 NRWOBG; § 23 Nr. 2e BbgOBG.

⁷³ Zum hier möglicherweise relevanten „Trennungsgebot“ BVerfGE 97, 198 (217); dazu *Gusy*, in: Möllers/van Ooyen (Hrsg.), JBÖS 2008/2009, 2009, S. 177 ff.; *Zöller*, Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaften und Nachrichtendiensten, 2002, S. 311 ff.; kritisch *König*, Trennung und Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 2005, S. 151 ff.

gestaltung,⁷⁴ die Intimsphäre, ein besonders geschütztes Amts-,⁷⁵ Berufs- oder Geschäftsgeheimnis⁷⁶ oder ein grundgesetzlich geschütztes Vertrauensverhältnis, welches etwa zur Zeugnisverweigerung vor Gericht berechtigen würde, eingreift.⁷⁷ Für solche Fälle und dann, wenn die Informationserhebung durch schwerwiegende Eingriffe in besonders geschützte Garantien, etwa Art. 13, 10, 6 GG eingreift, verlangt das BVerfG besondere gesetzliche Regelungen, welche die formellen und materiellen Übermittlungsvoraussetzungen und -grenzen näher umreißen.⁷⁸

- (4) Keine Sperrung der Informationen: Gesperrte Informationen dürfen nicht übermittelt werden.⁷⁹ Dasselbe gilt für rechtswidrig erhobene oder gespeicherte Daten.⁸⁰

Stellt sich im Nachhinein heraus, dass eine Information unzutreffend war oder nicht hätte übermittelt werden dürfen, so entsteht von Amts wegen eine Nachberichtspflicht, welche die falsche Information berichtigt oder auf die Unzulässigkeit der Übermittlung hinweist.

Wer Informationen erhält, darf sie grundsätzlich nur zu denjenigen Zwecken nutzen, zu denen sie ihm übermittelt

worden sind. Dieser Zweckbindungsgrundsatz untersagt nachträgliche Zweckänderung. Sie wären eine Veränderung der Information und damit ihrerseits gesetzlich rechtfertigungsbedürftig.⁸¹ Dies ist namentlich bei ausländischen Stellen und bei Privatpersonen schwer zu überprüfen, wenn ihre Datennutzung zugleich Teil der eigenen Grundrechtsausübung ist. Deshalb sind hier regelmäßig besondere Vorkehrungen nötig.

b) Fallgruppen

Einen Sonderfall behördlicher Datenweitergabe und -zusammenführung stellt die Fahndung dar. Die explizit lediglich in §§ 131 ff. StPO geregelte Maßnahme (dort „Ausschreibung“ genannt) kann darauf gerichtet sein, unbekannte Verdächtige, gefährliche Personen oder Zeugen zu finden oder aber den unbekannten Aufenthalt einer bekannten Person zu erfahren. Intensivster Grundrechtseingriff ist dabei die Aufnahme einer Person in die Fahndungsdatei.⁸² Deren rechtlich mögliches Ziel kann die Festnahme, Verhaftung oder Ingewahrsamnahme einer Person, ihre Aufenthaltsermittlung,⁸³ Abschiebung oder Zurückweisung an der Grenze sein. Dazu werden Angaben hinsichtlich des gesuchten Betroffenen⁸⁴ in besonderen polizeilichen Dateien zusammengeführt und diese sodann mit den Daten anderswo angetroffener Personen abgeglichen.⁸⁵ Der intensive Datenaustausch umfasst also neben der Speicherung zugleich die inner- und zwischenbehördliche Informationsweitergabe, ggf. die Möglichkeit zum Informationsabruf und den Abgleich von Informationen. Dabei richtet sich die Zulässigkeit der jeweiligen Einzelakte nach den hier dargestellten, jeweils für sie geltenden Regelungen der Polizeigesetze bzw. des Strafprozessrechts. Der Datenabgleich im Einzelfall, also der Vergleich der Daten der gesuchten mit denjenigen einer angetroffenen Person oder Sache, kann dann bei einem zufälligen Antreffen mutmaßlicher Gesuchter oder aber bei besonders eingerichteten Kontrollen (Kontrollstellen,⁸⁶ Grenzen u.a.) stattfinden.

⁷⁴ Siehe etwa § 16 NRWPolG. Entsprechend: § 23 Abs. 2, 5 BWPoG; Art. 34 Abs. 2, 5, Art. 34c Abs. 6 BayPAG; § 25 Abs. 4a BerlASOG; § 29 Abs. 6 BbgPolG; § 33 Abs. 4 HB-PoG; § 27 Abs. 2 S. 2 HeSOG; § 34a Abs. 8, § 34b Abs. 2, 3 MVSOG; § 33a Abs. 3, § 35 Abs. 2, § 35a Abs. 2, 3, § 36a Abs. 5 NdsSOG; § 29 Abs. 3-5 RPPOG; § 28 Abs. 2, 5 SIPoG; § 186a Abs. 1-3 SHLVwG; § 5 Abs. 7, § 34b Abs. 1, 2, § 35 Abs. 2, 6, 7 ThürPAG; dazu grundlegend BVerfGE 109, 279 (314 ff.).

⁷⁵ Solche Geheimhaltungspflichten finden sich (mit Ausnahmen) etwa in §§ 5 PostG, 88 TKG, 35 SGB I, 67 ff. SGB X, 30 ff. AO.

⁷⁶ Dazu § 26 Abs. 2 NRWPolG. Entsprechend: § 41 Abs. 2 S. 2 BWPoG; Art. 39 Abs. 3 S. 1 BayPAG; § 44 Abs. 3 S. 2 BerlASOG; § 41 Abs. 2 BbgPolG; § 36c Abs. 1 S. 1, § 36b Abs. 3 HB-PoG; § 18 Abs. 3 HHPoDVG; § 26 Abs. 1 S. 2, § 21 Abs. 2 HeSOG; § 39 Abs. 2 MVSOG; § 35 Abs. 4 RPPOG; § 32 Abs. 3 SIPoG; § 14 Abs. 3 S. 3 SachsDSG; § 26 Abs. 2 LSASOG; § 191 Abs. 2 SHLVwG; § 41 Abs. 6 ThürPAG; zum Geheimnisschutz im Polizeirecht etwa *Würtenberger/Schenke*, JZ 1999, 548.

⁷⁷ Dazu § 16 Abs. 5 NRWPolG. Entsprechend: Art. 34d Abs. 1 S. 4, 5 BayPAG; § 25 Abs. 4a BerlASOG; § 33a Abs. 5 BbgPolG; § 33 Abs. 9 HB-PoG; § 27 Abs. 2 S. 2 HeSOG; § 34b Abs. 4, § 33 Abs. 6 MVSOG; § 35a Abs. 1 S. 3 NdsSOG; § 29 Abs. 6 RPPOG; § 28a Abs. 2 SIPoG; § 186a Abs. 4 SHLVwG; § 35 Abs. 2 ThürPAG.

⁷⁸ Etwa: BVerfGE 100, 313 (360 ff.).

⁷⁹ Zur Sperrung siehe unten II. 4.

⁸⁰ § 32 Abs. 4 NRWPolG. Entsprechend: § 48 Abs. 5 BerlASOG; § 47 Abs. 4 BbgPolG; § 24 Abs. 5 HHPoDVG; § 27 Abs. 5 HeSOG; § 45 Abs. 6 MVSOG; § 17 Abs. 4 NdsLDSG; § 38 Abs. 3 SIPoG; §§ 49 SachsPolG i.V.m. 19 Abs. 2 SachsLDSG; § 45 Abs. 3 ThürPAG; § 35 Abs. 8 B-PoG; siehe etwa BayVG NJW 1982, 2235; BWVG NJW 1987, 3022.

⁸¹ Dazu oben II. 2.

⁸² Dazu *Schultheis*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 2008, § 131 Rn. 9, § 131a Rn. 6; *Pfeiffer*, StPO, 5. Aufl. 2005, § 131 Rn. 2; *Frister*, in: *Lisken/Denninger* (Fn. 7), G Rn. 179 ff.

⁸³ Zu ihr § 131a StPO; näher *Schultheis* (Fn. 82), § 131a Rn. 2; *Pfeiffer* (Fn. 82), § 131a Rn. 2; *Paefgen*, in: *Wolter* (Hrsg.), SK-StPO II, 4. Aufl. 2010, § 131a Rn. 2.

⁸⁴ Daneben kann es auch Ausschreibungen zur polizeilichen Beobachtung – dazu § 21 NRWPolG; entsprechend: Art. 36 BayPAG; § 27 BerlASOG; § 36 BbgPolG; § 31 HB-PoG; § 13 HHPoDVG; § 17 HeSOG; § 35 MVSOG; § 37 NdsSOG; § 32 RPPOG; § 29 SIPoG; § 42 SachsPolG; § 19 LSASOG; § 187 SHLVwG; § 37 ThürSOG; § 31 B-PoG – und zu Sachfahndungen nach gesuchten Sachen, etwa gestohlenen Pkws, geben.

⁸⁵ Beschrieben bei *Petri* (Fn. 7), H Rn. 74 ff., 82 ff.

⁸⁶ Diese sind in speziellen Polizeigesetzen zugelassen, siehe § 26 Abs. 1 Nr. 6 BWPoG; Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 BayPAG; § 27a MVSOG; § 12 Abs. 6 NdsSOG; § 14 Abs. 1 Nr. 5 ThürPAG; § 23 Abs. 2 Nr. 3 B-PoG; zu den Kontrollstellen

Eine praktisch äußerst seltene, rechtlich aber viel diskutierte Sonderform der lageabhängigen Aufklärungsbefugnisse ist die Rasterfahndung.⁸⁷ Dieser „Verdachts- bzw. Verdächtigengewinnungseingriff“⁸⁸ besteht darin, dass die Polizei eine Vielzahl behördlich gespeicherter Daten über Personen miteinander abgleicht, um auf diese Weise nach einem zuvor festgelegtem Raster diejenigen Datensätze herauszufiltern, deren Träger entweder eine Gefahr begründen oder als Verantwortliche für eine Gefahr in Betracht kommen können.⁸⁹ Die aus der Strafverfolgung stammende Maßnahme kombiniert also Merkmale wie etwa „alleinstehend“, „Mieter in einem großen Wohnblock“, „überdurchschnittliche Frequenz von Umzügen“, „Vorauszahler von Strom- und Wasserrechnungen in bar“, „polizeilich nicht gemeldet“, „kein Kfz“ und „kein Beitragszahler der Rentenversicherung“, um auf diese Weise mögliche Hinweise auf von Terroristen genutzte Wohnungen zu bekommen.⁹⁰ Die Maßnahme ist ihrer Konzeption nach notwendig ein Breitbandeingriff. Sie richtet sich gegen jeden, der Träger der im Raster enthaltenen Merkmale ist; also von vornherein fast ausschließlich gegen unverdächtige Personen. Ob überhaupt potentielle Gefährder innerhalb der Reichweite des Rasters liegen, ist zu diesem Zeitpunkt noch offen. Und selbst am Ende der Abgleiche kann dies bedeuten: Werden nach einem großen Abgleich nur 100 Personen überprüft, um zwei potentielle Gefährder zu ermitteln, so besteht für jede Einzelmaßnahme selbst nach Abschluss der Abgleiche höchstens eine Trefferwahrscheinlichkeit von 1: 49. Am Ende bleibt also eine mehr oder weniger große Zahl von Personen übrig, hinsichtlich derer „tatsächliche Anhaltspunkte“ für eine Gefahr oder Gefahrverursachung angenommen werden, welche mit besonderen Mitteln der Gefahraufklärung überprüft werden können. Nach der neueren Rechtsprechung⁹¹ liegt ein Grundrechtseingriff nicht vor, soweit die Daten einzelner Personen automatisch erfasst, abgeglichen und spurenfrei wieder beseitigt werden, ohne dass eine Person sie zur Kenntnis nehmen oder die Daten später abrufen kann. Dies bedeutet insbesondere für die sog. „negative Rasterfahndung“: Wird nur danach gesucht, ob eine Person bestimmte Merkmale nicht erfüllt (z.B. „kein Mitglied der Rentenversicherung“), stellt die elektronische Aussonderung von Personen regelmäßig keinen Eingriff dar. Bei der „positiven“ Rasterfahndung, welche nach den Trägern bestimmter Merkmale sucht („Barzahler bei den Stadtwerken“), sind zumindest die Treffer als Eingriffe zu qualifizieren. Schwer wirkt

grundlegend *Graf*, Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrolle, 2006; *Krane*, „Schleierfahndung“, 2003.

⁸⁷ Zu ihr näher BVerfGE 115, 320 (367 ff.); OLG Düsseldorf NVwZ 2002, 629 (631); OLG Frankfurt NVwZ 2002, 626 (627); *Gusy*, KritV 2002, 474; *Volkman*, JZ 2006, 918; *Schewe*, NVwZ 2007, 174; *Zschoch*, Die präventiv-polizeiliche Rasterfahndung, 2007; *Pohl*, Die Implementation der Rasterfahndung, 2008.

⁸⁸ Terminologie nach BVerfGE 115, 320 (355 ff.).

⁸⁹ Einzeldarstellung bei *Gusy*, KritV 2002, 474.

⁹⁰ Darstellung bei *Siebrecht*, Rasterfahndung, 1997, S. 52 f.

⁹¹ BVerfGE 107, 299 (328); 115, 320 (343); 120, 378 (397 ff.).

hier schon die Summe der Abgleiche, welche bis zur Erstellung von Persönlichkeits- oder Bewegungsprofilen reichen können. Sie wirken auch deshalb schwer, da sie zu weiteren schwerwiegenden Eingriffen (wie etwa Befragungen, Recherchen in der Nachbarschaft, Observationen oder gar Durchsuchungen) bei gleichzeitig (extrem) geringem Wahrscheinlichkeitsgrad eines Aufklärungserfolges im Einzelfall führen können.⁹² Solche überaus aufwändigen Methoden sind nach den meisten Polizeigesetzen⁹³ zulässig

- (1) entweder zum Schutz hochwertiger Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Freiheit einer Person) oder zur Verhinderung bestimmter Formen schwerer Kriminalität, also zur Abwehr schwerer Straftaten.
- (2) Dabei muss im Einzelfall eine zumindest konkrete Gefahr bestehen, im „Vorfeld“ einer Gefährdung darf die Maßnahme nicht durchgeführt werden.
- (3) Außerdem bedarf es der Einhaltung verfahrensrechtlicher Vorschriften wie dem Richtervorbehalt bzw. besonderer Behördenleitervorbehalte bis hin zum Innenminister. Speicherung und Verwendung von Informationen müssen darüber hinaus hinreichend bestimmt und verhältnismäßig geregelt werden.

Und dennoch bleibt die Eignung der Maßnahme für präventiv-polizeiliche Zwecke⁹⁴ sehr umstritten.⁹⁵ Ist noch kein Schaden eingetreten, ist die Erstellung eines Rasters noch schwieriger als nach begangenen Straftaten. So wurde nach dem 11.9.2001 kein einziger gesuchter „Schläfer“ entdeckt. „Erfolge“ der Maßnahmen stellten sich am ehesten durch Verunsicherung einzelner Szenen und die Ausreise bestimmter Personen ein. Dominierend war hier die symbolische Wirkung der Maßnahmen, welche für sich aber keine Grundrechtseingriffe rechtfertigt.

Einen weiteren Sonderfall stellt die Öffentlichkeitsfahndung (klassisch: Steckbrief) dar.⁹⁶ Fanden bei den zuvor ge-

⁹² Zur erfolgsträchtigeren „kleinen Rasterfahndung“ durch freiwillige DNA-Reihenuntersuchung nach § 81h StPO s. BVerfG NJW 1996, 1587, 3071; BGH NStZ 2004, 392; *Gusy*, JZ 1996, 1176.

⁹³ § 31 NRWPolG; §§ 98a ff. StPO. Entsprechend: § 40 BW-PolG; Art. 44 BayPAG; § 47 BerlASOG; § 46 BbgPolG, § 36i HBPOLG; § 23 HHPOLDVg; § 26 HeSOG; § 44 MV-SOG; § 45a NdsSOG; § 38 RPPOG; § 37 SIPOLG; § 47 Sachs-POLG; § 31 LSASOG; § 195 SHLVwG; § 44 ThürPAG; § 34 BPOLG.

⁹⁴ Vgl. demgegenüber zur sog. „kleinen Rasterfahndung“ nach § 100g StPO: BVerfG NJW 2010, 833.

⁹⁵ Eher skeptisch *Gusy*, KritV 2002, 474; *Volkman*, JZ 2006, 918; anders wohl *Geis/Möller*, Die Verwaltung 2004, 431; *Horn*, DÖV 2003, 746.

⁹⁶ Dazu § 131 Abs. 3, § 131a Abs. 3 StPO, näher *Schultheis* (Fn. 82), § 131 Rn. 14 ff., § 131a Rn. 4; *Pfeiffer* (Fn. 82), § 131 Rn. 4, § 131a Rn. 4; *Paeffgen* (Fn. 83), § 131 Rn. 6 f., § 131a Rn. 7 f.; OLG Hamm StV 1993, S. 4; *Soiné*, JR 2002, 137; *ders.*, NStZ 1997, 166 u. 321; *Pätz*, NJW 1997, 3131; *Bär*, CR 1997, 422.

nannten Formen der Fahndung Informationsübermittlungen ausschließlich innerhalb der öffentlichen Verwaltung statt, so zeigt sich hier eine Datenweitergabe an jedermann, also auch an Private. Diese weitestgehende Form der Entprivatisierung personenbezogener Informationen⁹⁷ ist nur zulässig, wenn die gesetzlich umschriebenen Interessen der Strafverfolgung oder die öffentliche Sicherheit die Belange des Betroffenen erheblich überwiegen.⁹⁸ Die Veröffentlichung von Phantomzeichnungen kann nicht nur den Gesuchten, sondern auch dritte Personen, die dem Bild ähnlich sehen, tangieren.

4. Löschen von Informationen

Durch die Löschung⁹⁹ von Informationen werden diese unkenntlich gemacht, indem verhindert wird, dass aus gespeicherten Daten (noch) eine Information gewonnen werden kann.¹⁰⁰ Sie ist das Gegenstück zur Speicherung; der Speichungsakt wird durch das Löschen aufgehoben. Fortan stehen die Informationen für die weitere Polizeiarbeit nicht mehr zur Verfügung; ihre Perpetuierung ist beendet; auch können sie Dritten nicht mehr bekannt gegeben werden.¹⁰¹ Dessen ungeachtet können gelöschte Daten mit technischen Mitteln rekonstruierbar sein. Das „Löschen ohne Spuren“ wird demgegenüber als Vernichtung bezeichnet. Dadurch soll vermieden werden, dass durch die Art der Löschung (z.B. Übermalen mit Tipp-Ex), durch entstehende Aufzeichnungslücken oder durch die Möglichkeit der Rekonstruktion gelöschter Daten, Informationen wieder hergestellt werden können. Ein Minus gegenüber der Löschung ist die Sperrung von Daten, welche eine Information in besonderer Weise kennzeichnet, so dass deren Einsehbarkeit oder Abrufbarkeit durch einzelne (nicht alle) Berechtigte erschwert oder verhindert wird.¹⁰²

Die Löschung kann nur durch die datenverwaltenden Stellen und insbesondere nahezu allein auf ihre Initiative stattfinden. Denn letztlich wissen nur sie, welche Daten an welcher Stelle noch vorhanden sind. Daher entstehen für sie Löschungspflichten, wenn¹⁰³

- (1) die Datenspeicherung nicht (mehr) zulässig ist, also entweder von Anfang an unzulässig war oder aber nachträglich unzulässig geworden ist. Dies ist der Fall, wenn die Information rechtswidrig erlangt worden ist oder aber

⁹⁷ Die genannten Grundsätze gelten auch für die Fernseh-fahndung („Aktenzeichen XY-ungelöst“).

⁹⁸ Überblick bei *Frister*, in: Lisken/Denninger (Fn. 7), G Rn. 179 ff.

⁹⁹ § 32 NRWPolG. Entsprechend: § 46 BWPolG i.V.m. § 23 BWLDSG; Art. 45 BayPAG; § 48 BerlASOG; § 47 Bbg-PolG; § 36k HBPolG; § 24 HHPolDVG; § 27 HeSOG; § 45 MVSOG; §§ 39a NdsSOG, 17 NdsLDSG; § 39 RPPOG; § 38 SIPolG; §§ 49 SachsPolG i.V.m. 19-21 SachsLDSG; § 32 LSASOG; § 196 SHLVwG; § 45 ThürPAG; § 35 BPoIG; § 24 Nr. 12 NRWOBG; § 23 Nr. 2f BbgOBG.

¹⁰⁰ *Dammann* (Fn. 7), § 3 Rn. 174.

¹⁰¹ Zu diesen Funktionen der Speicherung siehe oben II. 1.

¹⁰² Näher *Dammann* (Fn. 7), § 3 Rn. 164 ff.

¹⁰³ Dazu § 32 Abs. 1 NRWPolG. Entsprechende Landesgesetze s.o. Fn. 42.

zur Erfüllung einer polizeilichen Aufgabe nicht mehr benötigt wird.¹⁰⁴ Dasselbe gilt, wenn eine gesetzliche oder durch Errichtungsanordnung festgesetzte Speichungs-höchstfrist abgelaufen ist¹⁰⁵ oder wenn bei periodischen Überprüfungen oder aus sonstigen Anlässen festgestellt wird, dass die Informationen nicht mehr benötigt werden.

- (2) die Löschung durch eine gesetzliche Spezialregelung bestimmt wird. Dies können Regelungen innerhalb der einzelnen Polizeigesetze sein, z.B. solche zum Schutz des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung¹⁰⁶ oder zur Durchsetzung von Richtervorbehalten¹⁰⁷ oder zum Schutz von Außenstehenden, welche von polizeilichen Fahndungsaktivitäten mitbetroffen sind.¹⁰⁸ Soweit anwendbar können allerdings auch andere gesetzliche Lösungsgebote in Betracht kommen, etwa § 489 StPO.

Derartige Löschungspflichten gelten regelmäßig nur für suchfähig gespeicherte personenbezogene Informationen. Nur sie können insbesondere regelmäßig auf ihre weitere Notwendigkeit überprüft werden. Demgegenüber ist die Polizei nicht verpflichtet, sämtliche bei ihr vorhandenen Akten daraufhin zu prüfen, ob in ihnen einzelne Daten vorhanden sind, die nicht mehr benötigt werden. Dies ist faktisch und technisch unmöglich. Hier kann sich die Überprüfungspflicht auf die weitere Notwendigkeit der Akte insgesamt beziehen.¹⁰⁹ Sonstige Daten – insbesondere in Akten – müssen nur vernichtet werden, wenn dadurch nicht andere, noch benötigte Informa-

¹⁰⁴ Hierzu nochmals oben II. 1.

¹⁰⁵ Nach BVerwG, Buchholz 402.46, Nr. 2, BWVG NVwZ-RR 2000, 287 (288), kann die Polizei grundsätzlich davon ausgehen, dass die Speicherung personenbezogener Daten bis zum Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Regelfristen für eine Überprüfung erforderlich ist. Dies dispensiert m.E. vor allem von der Pflicht, nach nicht mehr benötigten Daten zu suchen; nicht aber davon, nicht mehr benötigte Daten im Falle ihrer Entdeckung im Einzelfall zu löschen.

¹⁰⁶ § 16 Abs. 4 NRWPolG. Entsprechende Landesgesetze s.o. Fn. 12.

¹⁰⁷ Etwa § 17 Abs. 2; § 18 Abs. 2 NRWPolG. Entsprechend: § 22 Abs. 6, § 23 Abs. 3 BWPoIG; Art. 33 Abs. 5, Art. 34 Abs. 4 BayPAG; § 25 Abs. 3, 5 BerlASOG; § 33 Abs. 2, § 33a Abs. 4 BbgPolG; § 33 Abs. 3 HBPolG; § 10 Abs. 3 HHPolDVG; § 15 Abs. 3, 5 HeSOG; § 34 Abs. 1-3, § 34b Abs. 5 MVSOG; § 35 Abs. 3-5, § 35a Abs. 4, 5 NdsSOG; § 28 Abs. 5, 6, § 29 Abs. 7 RPPOG; § 28 Abs. 3, 4 SIPolG; § 39 Abs. 3, 4 S. 2 SachsPolG; § 17 Abs. 2 S. 3, Abs. 5 LSASOG; § 186 Abs. 1-3 SHLVwG; § 34 Abs. 6, § 35 Abs. 4, 5 ThürPAG; § 28 Abs. 3 BPoIG.

¹⁰⁸ Etwa § 31 Abs. 3 NRWPolG am Beispiel der Rasterfahndung; siehe entsprechend: § 46 Abs. 3 BbgPolG; § 36i Abs. 4 HBPolG; § 23 Abs. 3 HHPolDVG; § 26 Abs. 3 HeSOG; § 44 Abs. 3 MVSOG; § 38 Abs. 4 RPPOG; § 37 Abs. 3 SIPolG; § 47 Abs. 3 S. 3 SachsPolG; § 31 Abs. 3 LSASOG; § 44 Abs. 3 ThürPAG.

¹⁰⁹ Anderes gilt allerdings für Einzelinformationen, welche aus der Akte gewonnen und suchfähig etwa in Karteiform aufbewahrt werden.

tionen in der Akte beeinträchtigt werden. Ihre Vernichtung setzt also die Vernichtbarkeit der ganzen Akte voraus. Dies ist insbesondere nach Ablauf der Aufbewahrungsfristen der Fall.¹¹⁰ Einzelne Daten aus ihnen sind, wenn sie im Einzelfall entdeckt werden, unter den genannten Voraussetzungen (1)–(3) zu sperren und damit der weiteren polizeilichen Arbeit praktisch zu entziehen. An die Stelle der Löschung kann die Archivierung treten.¹¹¹ In diesen Fällen dürfen die Informationen für die Polizeiarbeit nicht mehr genutzt werden. Ihre Benutzung folgt sodann den Regelungen des Archivrechts.

Grenzen der Löschungspflichten entstehen, soweit die Löschung schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigen kann (etwa im Fall von Schadensersatzansprüchen gegen die Behörde oder Dritte), zur Verhinderung einer bestehenden (nicht zukünftigen) Beweisnot oder bei der Notwendigkeit der Datennutzung zu wissenschaftlichen Zwecken. In diesen Fällen sind die Daten zu sperren, also für jeden anderen als den noch zulässigen Zweck nicht mehr nutzbar.

III. Schutzansprüche Betroffener

Personen, deren Daten behördlich verarbeitet werden, können aus Polizei- und Datenschutzgesetzen eine Reihe von subjektiven Rechten herleiten.¹¹² Deren Durchsetzung, namentlich gegenüber der Polizei, bereitet jedoch erhebliche Schwierigkeiten.

Auskunftsansprüche können Betroffene in die Lage versetzen, überhaupt festzustellen, dass und welche Daten über sie gespeichert sind. Informationsfreiheits- oder Datenschutzgesetze¹¹³ begründen solche Ansprüche, wenn (1) eine öffentliche Stelle, z.B. eine Behörde, (2) personenbezogene Daten über eine Person verarbeitet, sofern (3) durch die Auskunft, weder die Erfüllung der Aufgaben der Behörde noch die öffentliche Sicherheit, noch das Wohl von Bund oder Land beeinträchtigt werden. Letzteres wird bei Polizeibehörden regelmäßig angenommen, ist aber im Einzelfall zu prüfen. Faktisch wird äußerst selten Auskunft erteilt.

Berichtigungsansprüche können Betroffene in die Lage versetzen, falsche Informationen über sie korrigieren zu lassen. Polizei- oder Datenschutzgesetze¹¹⁴ erkennen solche Ansprüche zu, wenn (1) eine Polizeibehörde (2) personenbezogene Daten über eine Person verarbeitet, (3) welche inhaltlich unrichtig sind. Hierbei geht es um Sachinformationen, nicht hingegen über dadurch ermöglichte oder daraus herzuleitende Wertungen.¹¹⁵ Bei diesen können allein die tatsächlichen Grundlagen berichtigt werden. Ist die Wertung danach unzulässig, so kann ein Beseitigungsanspruch entstehen.

Löschungsansprüche entstehen aus Polizei- oder Datenschutzgesetzen,¹¹⁶ wenn (1) eine Polizeibehörde (2) personenbezogene Daten über eine Person verarbeitet, (3) die für ihren Erhebungszweck oder sonstige zulässige Verarbeitungszwecke nicht mehr benötigt wird oder ihre Löschung gesetzlich angeordnet ist.¹¹⁷

Die Durchsetzbarkeit dieser Ansprüche bereitet regelmäßig erhebliche Schwierigkeiten, weil Betroffene nicht erfahren, dass über sie Daten erhoben worden sind oder (immer noch) gespeichert sind, oder aber (immer noch) weiter verarbeitet werden. Die Kenntnis davon ist vielfach eher zufällig; gesetzliche Bekanntgabepflichten¹¹⁸ nach schwerwiegenden Grundrechtseingriffen werden – wenn überhaupt – regelmäßig erst wirksam, wenn die Maßnahme längst abgeschlossen ist und keine weitere zulässige Informationsnutzung mehr in Betracht kommt. Sie ist also kein Instrument wirksamen Rechtsschutzes, sondern ermöglicht allenfalls Fortsetzungsfeststellungsklagen gegen längst abgeschlossene Sachverhalte. Betroffene müssen also die Maßnahmen zunächst hinnehmen und können erst (lange) danach gerichtliche Schritte einleiten. Um solchen Defiziten abzuhelpen, unterliegt die polizeiliche-, wie jede andere behördliche Datenverarbeitung auch, der objektiv-rechtlichen Kontrolle durch Bundes- und Landesdatenschutzbeauftragte.¹¹⁹

¹¹⁰ § 32 Abs. 3 NRWPolG. Entsprechend: § 46 Abs. 1 BWPolG; Art. 45 Abs. 2 BayPAG; § 48 Abs. 2, 3 Berl-ASOG; § 47 Abs. 2, 3 BbgPolG; § 36k Abs. 2, 3 HBPolG; § 24 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 HHPolDVG; § 27 Abs. 2, 3 HeSOG; § 45 Abs. 2, 3 MVSOG; § 39a NdsSOG, § 17 Abs. 2 NdsLdSG; § 39 Abs. 2 RPPOG; § 38 Abs. 2 SIPolG; §§ 49 SachsPolG i.V.m. 20 Abs. 2 SachsLDSG; § 32 Abs. 2, 3 LSASOG; § 45 Abs. 2 ThürPAG; § 35 Abs. 2, 5 BPolG.

¹¹¹ § 32 Abs. 6 NRWPolG, zum Archivrecht *Ladeur*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 2), § 21 Rn. 36 ff.

¹¹² Zur Belehrungs- oder Informationspflichten näher *Petri* (Fn. 7), H Rn. 544 ff.

¹¹³ Z.B. § 18 NRWDSG. Entsprechend: § 21 BWDSG; § 16 BerlDSG; § 18 HeDSG; § 13 ThürDSG; § 20 SIDSG; § 27 SHLDSG; § 24 MVDG; Art. 10 BayDSG; § 18 BbgDSG; § 16 BerlDSG; § 16 NdsDSG; § 18 HHDSG; § 18 SachsDSG; § 15 LSADSG; § 21 HBDSG; § 18 RPDG; § 19 B-DSG; siehe dazu *Petri* (Fn. 7), H Rn. 551 ff.; *Weichert*, NVwZ 2007, 1004; Einzelfall: BGH JZ 2007, 48 (50) m. Anm. *Perron*.

¹¹⁴ § 32 Abs. 1 NRWPolG. Entsprechende Landesgesetze s.o. Fn. 42.

¹¹⁵ Dazu § 23 Abs. 2 NRWPolG. Entsprechend: § 43 Abs. 2 BerlASOG; § 38 Abs. 2 BbgPolG; § 36a Abs. 3 HBPolG; § 14 Abs. 3 HHPolDVG; § 36 Abs. 2 MVSOG; § 30 Abs. 4 SIPolG; § 188 Abs. 2 SHLVwG; § 29 Abs. 4 BPolG.

¹¹⁶ Siehe § 32 NRWPolG. Entsprechende Landesgesetze siehe Fn. 99.

¹¹⁷ Dazu näher oben II. 4.

¹¹⁸ Etwa: § 20w BKAG; § 17 Abs. 5 NRWPolG, siehe entsprechend: § 22 Abs. 8 BWPolG; Art. 33 Abs. 7 S. 1, 2 BayPAG; § 25 Abs. 7, 7a BerlASOG; § 29 Abs. 8 BbgPolG; § 33 Abs. 5 S. 1 HBPolG; § 10 Abs. 6 S. 1 HHPolDVG; § 34 Abs. 5, 6 MVSOG; § 30 Abs. 4, 5 NdsSOG; § 40 Abs. 5, 6 RPPOG; § 28 Abs. 5 SIPolG; § 39 Abs. 8, 9 SachsPolG; § 17 Abs. 7, 8 LSASOG; § 186 Abs. 4 S. 1-4, Abs. 5 SHLVwG; § 34 Abs. 9, 10 ThürPAG; § 28 Abs. 5 BPolG. Dazu *Petri* (Fn. 7), H Rn. 549 f.

¹¹⁹ Dazu § 1 Abs. 1, 2, 4 f., § 38 BDSG, entsprechend: §§ 1, 28 BWDSG; §§ 1, 24 HeDSG; §§ 1, 26 SLDSG; §§ 1, 39 SHLDSG; §§ 1, 30 MVDG; Art. 1, 30 BayDSG; §§ 1, 23 BbgDSG; §§ 1, 24 BerlDSG; §§ 1, 22 NdsDSG; §§ 1, 22 NRWDSG; §§ 1, 23 HHDSG; §§ 1, 37 ThürDSG; §§ 1, 27

Äußerst schwierige und umstrittene Fragen stellen sich gegenwärtig hinsichtlich der Frage möglicher Verarbeitungs- und Verwertungsverbote bei rechtswidriger Informationserhebung. Grundannahme der in jüngerer Zeit nur noch selten systematisch erforschten Thematik ist die Aussage, wonach rechtswidrig erhobene Informationen rechtlich nicht einfach genauso behandelt werden dürfen wie rechtmäßig erhobene. Schwieriger ist es allerdings, die dadurch notwendig werden den Differenzierungen sowie die zu ihrer Begründung notwendigen rechtlichen Kriterien zu ermitteln. Gefordert werden grundgesetzkonforme gesetzliche Regelungen. Für das Strafprozessrecht geht das Bundesverfassungsgericht in einer Serie von Beschlüssen davon aus, dass die Bewältigung der Folgen rechtswidriger Beweiserhebung grundsätzlich eine Aufgabe des Gesetzgebers und der Fachgerichte sei.¹²⁰ Insbesondere wird die Geltung eines grundgesetzlichen Rechtssatzes verneint, wonach im Falle einer rechtswidrigen Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise stets unzulässig sei. Ein solcher Rechtssatz könne daher dem Strafprozessrecht vom Grundgesetz auch nicht vorgegeben sein. Die Auffassung der Strafgerichte, wonach im Einzelfall eine Abwägung zwischen dem Strafverfolgungsinteresse und -anspruch einerseits sowie den betroffenen Grundrechten andererseits geboten und zulässig sei, wird nicht beanstandet. Ein Beweisverwertungsverbot sei jedenfalls erst geboten, wenn „die zur Fehlerhaftigkeit der Ermittlungsmaßnahme führenden Verfahrensverstöße schwerwiegend waren oder bewusst oder willkürlich begangen wurden.“¹²¹ So zutreffend der genannte Ausgangspunkt sein mag, wonach nicht jede (!) Verletzung von Form- oder Verfahrensvorschriften bei der Informationserhebung ein Verwertungsverbot begründet, so überprüfungsbedürftig ist doch die daraus hergeleitete Konsequenz, dass die Rechtsverletzung stets eine schwerwiegende sein müsse. Was zunächst wie ein Bagatellvorbehalt anmutete, wird so ohne Begründung zu einem Qualifikationsstatbestand von Eingriffsmaßnahmen, dem nicht nur die verfassungsrechtliche Begründung, sondern insbesondere auch die Leistungsfähigkeit als Abgrenzungskriterium weitgehend abgeht. So hat die bisherige Rechtsprechung weder befriedend gewirkt noch konsenterte Maßstäbe herausgearbeitet.

Für das Recht der Gefahrenabwehr kann festgehalten werden: Die Befugnisnormen zur Informationsverarbeitung beziehen sich auf rechtmäßig erhobene Daten.¹²² Demnach dürfen auch nur sie verarbeitet werden. Dementsprechend entstehen für rechtswidrig verarbeitete Informationen ein Verarbeitungsverbot und ein Verwertungsverbot.¹²³ Ausnahmen

davon können gesetzlich angeordnet werden, wenn (1) eine Information mit freiwilliger (!) Zustimmung des Betroffenen verwendet wird (etwa zu seiner Entlastung), oder (2) eine Information zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter verwendet wird und ihre Verwendung auf diesen Zweck beschränkt wird. Dies gilt allerdings nur für schon vorhandene und noch nicht gelöschte Informationen, die Löschungspflicht bleibt daneben bestehen. Eine (rechtswidrige) Erhebung zu diesem Zweck bleibt unzulässig. In neuen Gesetzen wird dieser Ausnahmetatbestand teilweise schon bei der Informationserhebungsbefugnis berücksichtigt.¹²⁴

IV. Zusammenfassung

Polizeiliche Tätigkeit ist zentral Informationsverarbeitung. Diese ist nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsorganisations- und -informationsrechts zulässig. Besondere Anforderungen entstehen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.

Polizei- und Datenverarbeitungsrecht unterscheiden als Verarbeitungsformen die Datenerhebung, -speicherung, -veränderung, -übermittlung und -löschung. Einerseits kennen die Gesetze eine Rechtspflicht zur Datenverarbeitung. Andererseits hat diese in dem Rahmen der durch Grundrechte und Gesetze gezogenen Grenzen zu erfolgen. Dies erfordert im Einzelfall schwierige Abwägungen, welche durch besondere Überprüfungs- und Fristenregelungen formalisiert werden. Den daraus entstehenden behördlichen Pflichten korrespondieren Ansprüche Betroffener, die von ihnen allerdings mangels Kenntnis der einzelnen Verarbeitungsvorgänge und -dauern kaum je durchzusetzen sind.

Grundsätzlich dürfen nur rechtmäßig erlangte Informationen verarbeitet werden. Hinsichtlich rechtswidrig erlangter Daten ist das früher regelmäßig angenommene Verwertungsverbot inzwischen wohl nur noch der Regelfall, welcher jedenfalls bei entsprechender gesetzlicher Regelung durch einzelne Ausnahmen durchbrochen werden darf. Die dafür maßgeblichen grundgesetzlichen Vorgaben sind gegenwärtig aber noch schwer erkennbar.

SachsDSG; §§ 1, 22 LSADSG; §§ 1, 27 HBDSG; §§ 1, 24 RPDSG.

¹²⁰ BVerfG NJW 2008, 3053 (3054); jüngst BVerfG, Beschl. v. 2.7.2009 – 2 BvR 2225/08 = HRRS 2009 Nr. 648. Zu Folgefragen etwa *Daleman/Heuchemer*, JA 2003, 430.

¹²¹ BVerfGE 113, 29 (61); NJW 1999, 273 (274); NJW 2006, 2684 (2686); NJW 2009, 3225 (3226).

¹²² Dazu o. I. 1., II. vor 1.

¹²³ Grundlegend und zutreffend *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992; wesentlich weiter differenzierend als hier *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 1), Rn. 655 ff.

¹²⁴ So ansatzweise etwa § 20c Abs. 3; § 20u Abs. 2 BKAG.

Europäische Währungsstabilität über Bande gespielt*

Ein Überblick über den Fiskalpakt

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Karsten Herzmann**, Gießen

Bereits seit seinem Maastricht-Urteil mahnt das Bundesverfassungsgericht an, die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion müsse eine „Stabilitätsgemeinschaft“ sein. Als ein europarechtlicher Garant hierfür war die primärrechtliche Verpflichtung der Staaten vorgesehen, übermäßige Defizite zu vermeiden (nun Art. 126 Abs. 1 AEUV). Zur effektiven Durchsetzung dieser Pflicht wurde ergänzend zu den vertraglichen Vorgaben der sog. Stabilitäts- und Wachstumspakt geschlossen. Allerdings konnte auch dieser das Grunddilemma der vertraglichen Haushaltsüberwachung nicht auflösen, dass ausgerechnet den Mitgliedstaaten die Funktion zukommt, abschließend über Verstöße und mögliche Konsequenzen zu entscheiden. Getreu der Devise „Wer von Euch ohne Schulden ist, der werfe den ersten Stein“ halten sich die Mitgliedstaaten als gegenwärtige oder jedenfalls potentielle „Sünder“ insoweit zurück. Erst die Turbulenzen der Banken- und der anschließenden Staatsschuldenkrise verfestigten weithin die Auffassung, dass eine effektivere Begrenzung der Haushaltsdefizite und damit die Schaffung einer wirklichen „Stabilitätsunion“ dringend erforderlich sei. Der nunmehr mit dem Vertrag über die Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion – genannt „Fiskalvertrag“ – eingeschlagene Weg liegt in einer Selbstbindung der Staaten im Wege einer multilateralen Vereinbarung, deren zentrale Inhalte verbindlich und dauerhaft im nationalen (Verfassungs-)Recht umzusetzen sind.

I. Der „Fiskalvertrag“ als eine weitere Euro-Stabilisierungsmaßnahme

Eine stabile Währung stellt für ein Gemeinwesen ein überraschend wichtiges Gut dar. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist daher „die vertragliche Konzeption der Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft [...] Grundlage und Gegenstand des deutschen Zustimmungsgesetzes.“¹ Diese Konzeption beinhaltet jedoch weiterhin die grundsätzliche Eigenständigkeit der Haushaltspolitiken der Euro-Staaten. Darin spiegelt sich – positiv – die Achtung des Budgetrechts der unmittelbar demokratisch legitimierten nationalen Parlamente,² aber eben auch – negativ – die Gefahr wider, dass die Zahlungsunfähigkeit einzelner Euro-Staaten die gesamte Währung aus dem Gleichgewicht bringen könnte. Seit Beginn der Staatsschuldenkrise, insbesondere der des vom Bankrott bedrohten Griechenlands, bestimmt dieses Szenario die öffentliche Debatte.

Die Politik versucht daher seit über zwei Jahren mit immer neuen Maßnahmen, die Stabilität in der Euro-Zone sicherzustellen. Dabei sticht der hunderte Milliarden Euro umfassende sog. Schutzschirm aus European Financial Stabilisa-

tion Mechanism (EFSM) und European Financial Stability Facility (EFSF) heraus, der demnächst durch den unbefristeten European Stability Mechanism (ESM) abgelöst werden soll.³

Dienen diese Instrumente vor allem der Bewältigung akuter Krisen, soll der Vertrag über die Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (SKSV)⁴ solchen Entwicklungen langfristig vorbeugen und somit einen aktiven Schritt auf dem Weg zur dauerhaften Gewährleistung von Stabilität im Euro-Währungsgebiet darstellen.⁵ Er wurde am 2. März dieses Jahres – und damit weniger als drei Monate nach der grundsätzlichen Einigung über seine Inhalte⁶ – von den Staats- bzw. Regierungschefs im Rahmen des Treffens des Europäischen Rates in Brüssel geschlossen. Unterzeichner sind die Vertreter aller Unions-Mitgliedstaaten mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs und der Tschechischen Republik, denen aber der Beitritt weiterhin offen steht (Art. 15 S. 1 SKSV).

Der Vertrag ist in sechs Titel untergliedert, wobei die Inhalte in Bestimmungen zur Stärkung der mitgliedstaatlichen Haushaltsdisziplin (Art. 3 ff. SKSV), zur Koordinierung der Wirtschaftspolitik (Art. 9 ff. SKSV) und zur Steuerung des Euro-Währungsgebiets (Art. 12 f. SKSV) geordnet sind. Der erstgenannte Bereich ist dabei von zentraler Bedeutung, was sich darin widerspiegelt, dass die Bezeichnung „Fiskalvertrag“ für den gesamten Vertrag gebräuchlich ist. Die Vorgaben hierzu, die maßgeblich der mit „fiskalpolitischer Pakt“ überschriebene Titel III des Vertrags enthält, sollen nun genauer in den Blick genommen werden.⁷

II. Der „fiskalpolitische Pakt“

1. Europarechtliche Bestimmungen als Ausgangspunkt

Die Vorgaben des „fiskalpolitischen Pakts“ lösen die mitgliedstaatlichen Verpflichtungen nach dem EUV, dem AEUV und dem europäischen Sekundärrecht nicht ab, sondern treten ergänzend neben sie und müssen unionsrechtskonform ausge-

³ Zu den Maßnahmen Heß, ZJS 2011, 207; ders., ZJS 2010, 473; Weber, EuZW 2011, 935; Calliess, ZEuS, 2011, 213; Nettesheim, EuR 2011, 765; Regling, EWS 2011, 261; Ruffert, EuR 2011, 842 (844 ff.); Horn, NJW 2011, 1398.

⁴ Abgedruckt in BR-Drs. 130/12, S. 8 ff.

⁵ Die Begründung zum Entwurf des Vertragsgesetzes (BR-Drs. 130/12, S. 6) spricht von einem „Beitrag zur mittel- bis langfristigen Prävention von Staatsschuldenkrisen im Euro-Währungsgebiet“.

⁶ Vgl. Europäischer Rat, Erklärung der Staats- und Regierungschefs des Euro-Währungsgebiets v. 9.12.2011, unter: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/press_data/de/ec/126678.pdf (letzter Abruf am 10.3.2012).

⁷ Zu den weiteren Elementen (zur Verrechtlichung von Euro-Plus-Pakt und der Vereinbarung von Euro-Gipfeltreffen) s. die Denkschrift zum Entwurf des Vertragsgesetzes BR-Drs. 130/12, S. 20 ff.

* Für die kritische Lektüre des Manuskripts dankt der Autor Nadine Botke, MJI, Dr. Kay-Peter Bourcarde, Andrea Diehl, MJI, Marie Moos, Michael Riegner und Jasmin Schnitzer.

¹ Zuletzt BVerfG NJW 2011, 2946, 4. Leitsatz m.w.N.

² BVerfG NJW 2011, 2946, 4. Leitsatz.

legt werden (vgl. Art. 2, Art. 3 Abs. 1 SKSV).⁸ Ausdrücklich wird im vierten Absatz der einleitenden Erwägungen zum SKSV die Notwendigkeit der Einhaltung der europäischen Defizitkriterien nach Art. 126 Abs. 2 S. 2, Abs. 14 UAbs. 1 AEUV i.V.m. Art. 1 des Protokolls Nr. 12 zum AEUV beschworen. Danach darf das gesamtstaatliche Haushaltsdefizit 3 % des Bruttoinlandsprodukts (BIP) zu Marktpreisen – also ohne Abzug der Inflation – nicht überschreiten (Defizitquote) und der öffentliche Schuldenstand darf nicht mehr als 60 % des BIP zu Marktpreisen betragen (Schuldenquote). Im Mittelpunkt der öffentlichen Debatte um die nationale Verschuldung stand dabei bislang regelmäßig das 3 %-Kriterium, das für sich genommen aber selbst bei seiner Einhaltung die Schuldenquote nicht wirksam eingrenzen kann.⁹ Im SKSV wird nunmehr stärker an die – spätestens seit der Krise in vielen Staaten überschrittene – Schuldenquote von 60 % angeknüpft.

Bereits im Jahr 1997 verpflichteten sich die Mitgliedstaaten in der Entschließung des Europäischen Rates über den Stabilitäts- und Wachstumspakt auf deutsche Initiative hin, dass ihre nationalen Haushalte mittelfristig nahezu ausgeglichen sind oder sogar Überschüsse aufweisen (sog. Close to Balance or in Surplus-Ziel).¹⁰ An diesem Ziel ausgerichtet wurden zwei Verordnungen erlassen, die als sog. präventive und korrektive Komponente gemeinsam mit der Entschließung den ursprünglichen Stabilitäts- und Wachstumspakt bildeten.¹¹ Im Rahmen der durch die VO EG/1466/97 konkretisierten präventiven Komponente wird die Europäische Kommission dazu angehalten, Fehlentwicklungen der nationalen Haushalte frühzeitig zu erkennen, aufzuzeigen und Empfehlungen für deren Beseitigung abzugeben. Dieses Frühwarnsystem basiert auf der Prüfung der durch die Euro-Staaten jährlich vorgelegten Stabilitätsprogramme (bzw. Konvergenzprogramme der Nicht-Euro-Mitgliedstaaten).¹² Solche Programme müssen das mittelfristige Haushaltsziel des jeweiligen Mitgliedstaats und den geplanten Anpassungspfad in Richtung auf dieses Ziel hin benennen sowie die weiteren zur regelmäßigen multilateralen Überwachung der allgemeinen Wirtschaftspolitik im Sinne von Art. 121 Abs. 3 AEUV er-

forderlichen Angaben enthalten (vgl. Art. 3, Art. 7 der VO EG/1466/97). Werden erhebliche Abweichungen vom Anpassungspfad in Richtung auf das mittelfristige Haushaltsziel festgestellt, führt dies zu einer – unter der Bezeichnung „blauer Brief“ bekannten – Verwarnung des betroffenen Mitgliedstaats durch die Europäische Kommission. Im weiteren Verfahren kann es zu einer unverbindlichen¹³ Empfehlung konkreter Maßnahmen durch den Rat kommen (Art. 121 Abs. 4 AEUV). Ebenso wie die Verpflichtung zu mittelfristig ausgeglichenen Haushalten in der Entschließung des Europäischen Rates waren also auch die Mittel der präventiven Komponente nicht rechtlich bindend.

Die VO EG/1467/97, die die korrektive Komponente betrifft, legt demgegenüber zwar Bestimmungen zur Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit nach Art. 126 AEUV fest und konkretisiert damit die Bedingungen, unter denen ein mitgliedstaatliches Fehlverhalten sanktioniert werden kann. Auch hiernach obliegen die verfahrensabschließende rechtlich verbindliche Feststellung eines Pflichtverstoßes und die Entscheidung, ob Sanktionen verhängt werden, jedoch der politischen Bewertung der Mitgliedstaaten.

2. Völkervertragliche und nationalrechtliche Verschärfungen statt Änderungen des europäischen Primärrechts

Die Idee, die europäischen Vorgaben an die mitgliedstaatlichen Haushaltspolitiken insbesondere durch die Verringerung politischer Spielräume zu schärfen, lag also nahe. Hinsichtlich des Stabilitäts- und Wachstumspakts ist dies – nach zwischenzeitlicher Schwächung der Rolle des Rechts¹⁴ – durch die jüngsten sog. „Sixpack“-Reformen auch bereits bis an die Grenze des unter dem geltenden Primärrecht zulässigen (und darüber hinaus)¹⁵ umgesetzt worden. Der darüber hinausgehende, im Rahmen der Finanz- und Staatsverschuldungskrise aufgekommene Vorschlag einer entsprechenden Änderung des europäischen Primärrechts scheiterte am dafür erforderlichen Einstimmigkeitserfordernis (vgl. Art. 48 EUV), der Sache nach also am politischen Widerstand einzelner Mitgliedstaaten.

Die völkervertragsrechtliche Vereinbarung der Bestimmungen des mit „fiskalpolitischer Pakt“ überschriebenen Titel III (Art. 3 ff.) des SKSV ist eine Reaktion hierauf. Sie können zwar nicht die geltenden primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben an die Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten ändern, wohl aber die Art ihrer Durchsetzung: Weiche Elemente des Stabilitäts- und Wachstumspakts sollen rechtlich

⁸ Zur Bedeutung des in Art. 3 Abs. 1 SKSV verwendeten Wortes „unbeschadet“ jüngst umfassend Wolff, JZ 2012, 31.

⁹ Eine klare Darstellung der prekären Abhängigkeit des Mechanismus von (zu) hohen Wachstumsraten findet sich bei Kronberger Kreis, Den Stabilitäts- und Wachstumspakt härten, 2005, S. 16 ff.; verfügbar unter:

<http://www.insm.de/insm/Publikationen.html?subject=Steuer-n-und-Finanzen¤tPage=11> (letzter Abruf 10.3.2012).

¹⁰ Gliederungspunkt IV. 1. der Entschließung des Europäischen Rates über den Stabilitäts- und Wachstumspakt, ABl. 1997 Nr. C 236, S. 1 f.

¹¹ VO EG/1466/97, ABl. 1997 L 209, S. 1 ff. und VO EG/1467/97, ABl. 1997 L 209, S. 6 ff. Beide wurden mittlerweile mehrfach überarbeitet. Der Stabilitäts- und Wachstumspakt wurde jüngst ergänzt die Verordnung VO EU/1173/2011, ABl. Nr. L 306, S. 1 ff.

¹² Hierzu Häde, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 121 Rn. 21 ff.

¹³ Häde (Fn. 12), Art. 121 Rn. 17 f. m.w.N., der darauf verweist, dass insbesondere ein Vertragsverletzungsverfahren im Zusammenhang mit dem haushaltspolitischen Verhalten ausscheidet.

¹⁴ Häde (Fn. 12), Art. 126 Rn. 107, 112 ff.

¹⁵ So Weber, EuZW 2011, 935 (936 ff.) mit weiteren Ausführungen zum Reformpaket. Übersichtlich zu diesem und weiteren Rechtsakten auch die Seite der Europäischen Kommission zur Economic Governance, verfügbar unter:

http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/index_en.htm (letzter Abruf am 10.3.2012).

gehärtet werden.¹⁶ Dazu verpflichten sich die Vertragsstaaten zu einer Vielzahl von Verhaltensweisen. Darüber hinausgehend sollen weitere (strengere) Vorgaben des Vertrags im nationalen Recht dergestalt umgesetzt werden, dass sie dem Zugriff der Politik dauerhaft entzogen sind.¹⁷ In der Sprache des SKSV heißt dies, dass die betroffenen Regelungen als „Bestimmungen, die verbindlicher und dauerhafter Art sind, vorzugsweise mit Verfassungsrang, oder deren vollständige Einhaltung und Befolgung im gesamten nationalen Haushaltsverfahren auf andere Weise garantiert ist“ (Art. 3 Abs. 2 S. 1 SKSV) verankert werden.

3. Zentrale materielle Vorgaben

a) Verbindlichkeit des *Close to Balance or in Surplus-Ziels* im Recht der Vertragsstaaten

Diese in (Quasi-)Verfassungsrang zu erhebenden Vorgaben sind in Art. 3 Abs. 1 SKSV aufgezählt. Nach lit. a verpflichten sich die Vertragsparteien, ihren gesamtstaatlichen Haushalt ausgeglichen zu halten oder sogar einen Überschuss aufzuweisen. Die oben erwähnte politische Verpflichtung der Entschließung des Europäischen Rates findet sich hier also als vertragliche und dauerhaft in das nationale (Verfassungs-)Recht umzusetzende Rechtspflicht. In Abweichung zum Wortlaut der Entschließung des Europäischen Rates spricht Art. 3 Abs. 1 lit. a SKSV jedoch nicht mehr von einem „mittelfristig nahezu“ ausgeglichenen Haushalt, sondern davon, dass der Haushalt einer Vertragspartei mindestens ausgeglichen „ist“.

b) Neue verbindliche Defizitgrenze im Recht der Vertragsstaaten

Dieser sprachliche Unterschied zum ursprünglichen *Close to Balance or in Surplus-Ziel* ist jedoch angesichts der Einschränkung in Art. 3 Abs. 1 lit. b SKSV kaum bedeutsam. Hierin gibt der Vertrag nämlich Bedingungen vor, unter denen die Regel nach lit. a auch dann als eingehalten gilt, wenn der gesamtstaatliche Haushalt einer Vertragspartei nicht ausgeglichen ist. Die Bestimmung verweist dazu auf das beschriebene Verfahren der VO EG/1466/97, das eine Annäherung der mitgliedstaatlichen Defizite an das Ziel eines ausgeglichenen Haushalts durch die Ausrichtung an länderspezifischen mittelfristigen Haushaltszielen und einem Anpassungspfad in dieser Richtung vorsieht. Sofern eine Vertragspartei diesen Wert erreicht, liegt kein Verstoß vor. Ein Abweichen ist gem. Art. 3 Abs. 1 lit. c SKSV nur beim Vorliegen außergewöhnlicher Umstände zulässig, wobei in Abs. 3 S. 2 lit. b

SKSV die Definition des Art. 5 Abs. 1 a.E. der VO 1466/97 übernommen wird.

Die starke Angliederung an das Verfahren der VO EG/1466/97 erscheint zunächst überraschend, konnte dieses doch in seiner bisherigen Form eine Annäherung an das *Close to Balance* or in *Surplus-Ziel* nicht gewährleisten. Der SKSV enthält daher auch entscheidende Verschärfungen. Bislang gilt, dass mittelfristige Haushaltsziele der Mitgliedstaaten mit einem strukturellen – also konjunkturbereinigten – Defizit von bis zu 1 % des BIP als zulässig angesehen werden können (§ 2a UAbs. 2 der VO EG/1466/97). Inwieweit dieser Verschuldungsrahmen ausgeschöpft werden darf, ist von einer Bewertung der Tragfähigkeit der öffentlichen Finanzen des jeweils betroffenen Mitgliedstaats abhängig. Art. 3 Abs. 1 lit. b und d SKSV schaffen insoweit rechtliche Klarheit: Erst bei einem Absinken des Schuldenstands auf erheblich unter 60 % ist bei der Festlegung eines mittelfristigen Haushaltsziels wieder ein strukturelles Defizit von maximal 1 % des BIP zu Marktpreisen erlaubt, ansonsten gilt nach dem SKSV ein neuer Höchstwert von 0,5 %. Bemerkenswerterweise wird im neunten Absatz der einleitenden Erwägungen zum SKSV eine entsprechende Anpassung der Bestimmungen des Stabilitäts- und Wachstumspakts angeregt, indem die Bereitschaft der Vertragsparteien zur Unterstützung solcher von der Europäischen Kommission vorzulegenden Vorschläge bekundet wird. Unabhängig von einer solchen „nachvollziehenden Rechtsetzung“ werden die weichen europäischen Schuldenbremsen des Verfahrens nach der VO EG/1466/97 durch die Verpflichtung gem. Art. 3 Abs. 2 SKSV, die teils sogar strengeren Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 SKSV im nationalen (Verfassungs-)Recht umzusetzen, nicht nur inhaltlich verschärft, sondern auch erheblich gehärtet.¹⁸

Als Folge davon ergibt sich für die Vertragsparteien eine neue europäische oder jedenfalls (nahezu) europaweit geltende Verschuldungsgrenze. Dem 3 %-Defizitkriterium vorgelagert wird eine zusätzliche Höchstvorgabe für das jährliche Defizit mitgliedstaatlicher Haushalte eingezogen. Zwar lässt sich die 0,5 %-Grenze des Art. 3 Abs. 1 lit. b SKSV nicht ohne weiteres mit dem 3 %-Kriterium vergleichen, da jene nur für das strukturelle, also konjunkturbereinigte Defizit gilt, während dieses die Verschuldung insgesamt eindämmen soll. Es ist aber davon auszugehen, dass bei Einhaltung der 0,5 %-Grenze auch die Quote des jährlichen Gesamtdefizits unter die 3 %-Marke sinkt, da konjunkturelle Auswirkungen auf den Haushalt regelmäßig weniger stark ausfallen dürften als ein Wert von 2,5 % des BIP. Anders als die europäischen Defizitkriterien, die als Referenzwerte zunächst immer noch Gegenstand einer Gesamtbewertung sind, ist die neue Verschuldungsgrenze nach einer gem. Art. 3 Abs. 2 SKSV verpflichtenden Verankerung im nationalen (Quasi-)Verfassungsrecht auch unmittelbar für die Vertragsstaaten verbindlich.

Die durch das zweite Defizitkriterium vorgegebene Schuldenstandsgrenze von 60 % des BIP lassen die Bestimmungen des SKSV hingegen grundsätzlich unberührt. Um ihre (künft-

¹⁶ Vgl. 6. Absatz der einleitenden Erwägungen zum SKSV.

¹⁷ Skeptisch *Di Fabio*: „Wenn schon in einem stolzen Rechtsstaat wie Deutschland die Schuldenbremse nur in Schönwetterperioden eingehalten wird - woher nehmen wir das Vertrauen, dass dies künftig in anderen EU-Ländern funktioniert?“, zitiert nach FAZ.net (verfügbar unter:

<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/recht-steuern/di-fabio-fuer-ausschlussmoeglichkeit-aus-waehrungsunion-das-recht-kann-den-euro-nicht-retten-11668527.html>

[letzter Abruf am 10.3.2012]).

¹⁸ S. aber auch Art. 5 f. RL 2011/85/EU zur Einführung numerischer Haushaltsregeln und Sanktionen für Verstößen dagegen.

tige) Einhaltung zu sichern, sieht Art. 4 S. 1 SKSV insoweit allerdings eine weitere – wenn auch nicht in nationales (Verfassungs-)Recht umzusetzende – Verschärfung vor: Die bereits in Art. 2 Abs. 1a der VO EG/1467/97 enthaltene, die Mitgliedstaaten nicht unmittelbar bindende Vorgabe, wonach Vertragsparteien deren Schuldenstand über 60 % des BIP liegt, diesen um durchschnittlich ein Zwanzigstel jährlich reduzieren sollen, wird in eine multilaterale Verpflichtung überführt. Insofern können sich die Anforderungen an das jährliche Haushaltsdefizit für die Vertragsstaaten sogar über die Vorgaben der neuen Verschuldungsgrenze hinaus erhöhen.

c) Depolitisierung des Defizitverfahrens

Das 3 %-Kriterium ist durch die neue Verschuldungsgrenze nicht hinfällig geworden. Vielmehr soll seine Wirksamkeit nach den Vorgaben des SKSV besser gewährleistet werden.¹⁹ Dazu normiert Art. 7 S. 1 SKSV eine Verpflichtung der Vertragsparteien, deren Währung der Euro ist, Vorschläge oder Empfehlungen der Europäischen Kommission im Rahmen eines Defizit-Verfahrens zu unterstützen, sofern diese die Auffassung vertritt, das betroffene Euro-Land verstoße gegen das Defizit-Kriterium. Damit soll die zentrale Schwäche des Defizit-Verfahrens nach Art. 126 AEUV, dass den Mitgliedstaaten eine kaum eingeschränkte „Blockade“-Position zukommt, beseitigt werden.²⁰ Nunmehr ist für die Euro-Staaten aufgrund ihrer völkervertraglichen Verpflichtung eine Ablehnung des von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen oder empfohlenen Beschlusses nur noch möglich, wenn feststeht, dass eine qualifizierte Mehrheit der sonstigen Euro-Staaten diesen ablehnen würde (Art. 7 S. 2 SKSV). Scheiterte bislang die konstitutive Feststellung eines übermäßigen Defizits und möglicher Konsequenzen immer dann, wenn eine qualifizierte Mehrheit nicht erreicht werden konnte (vgl. Art. 126 Abs. 6-9, 11, 13 UA 2, 3 AEUV), bedarf es ihrer nunmehr, um den Euro-Staaten überhaupt eine Ablehnung eines solchen Beschlusses zu ermöglichen (sog. umgekehrte qualifizierte Mehrheit). Es kommt somit durch die völkervertragliche Vorgabe zu einer „stärkere(n) Automatisierung des Defizitverfahrens“²¹.

¹⁹ Dies geschieht auch durch die in Art. 5 SKSV aufgestellte Verpflichtung von Vertragsparteien, die „Gegenstand eine Defizitverfahrens“ sind, sog. Haushalts- und Wirtschaftspartnerschaftsprogramme zu beschließen und umzusetzen, die durch Europäische Organe genehmigt und überwacht werden.

²⁰ Neidhardt, Staatsverschuldung und Verfassung, 2010, S. 21 ordnet das Kontrollregime angesichts der mangelnden Prüfungsmöglichkeit des EuGH zu Recht als ein „politisches“ ein. Zum politischen Charakter auch Rodi in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), EUV/AEUV/Grundrechte-Charta, 2012, Art. 126 Rn. 6.

²¹ Denkschrift zum Entwurf des Vertragsgesetzes BR-Drs. 130/12, S. 20; s. dort (S. 23) auch den Verweis auf die weniger weitreichenden Vorgaben nach VO EU/1173/2011.

4. Unionsorgane als Kontrolleure der Umsetzung in mitgliedstaatliches Recht

Die Kompetenz zur Beurteilung, ob eine der Verpflichtung nach Art. 3 Abs. 2 SKSV genügende Umsetzung der Bestimmungen des „Fiskalpakts“ ins nationale Recht tatsächlich erfolgt, ist trotz der völkervertragsrechtlichen Verankerung dieser Vorgabe EU-Organen zugewiesen. Nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 SKSV wird die Europäische Kommission dazu aufgefordert, die einzelnen Vertragsstaaten zu ihrer jeweiligen Umsetzung der Vorgaben anzuhören und daraufhin einen Bericht vorzulegen, in dem sie ausführt, ob sie die Verpflichtungen als erfüllt ansieht. Dieses Vorgehen soll die Vertragsstaaten dazu bewegen, im Falle eines negativen Befundes von ihrem – unabhängig davon bestehenden – Recht Gebrauch zu machen, Klage vor dem Gerichtshof der Europäischen Union zu erheben. Der Europäischen Kommission selbst wurde trotz entsprechender Diskussionen im Vorfeld des Vertragsabschlusses²² kein eigenständiges Klagerecht zugewiesen. Jedoch ist zu beachten, dass der Vertragstext zwischen dem fakultativen Klagerecht der Vertragsstaaten nach Art. 8 Abs. 1 S. 3 SKSV und dem Fall eines negativen Kommissionsberichts nach S. 2 unterscheidet. Für diesen ist vorgesehen, dass „der Gerichtshof der Europäischen Union von einer oder mehreren Vertragsparteien mit der Angelegenheit befasst wird“. Die Antwort auf die lange ungeklärte Frage, welcher Mitgliedsstaat danach Klage einzureichen hat, ist als Anhang dem Protokoll über die Unterzeichnung des SKSV beigelegt worden.²³ Danach werden diejenigen Vertragsparteien, die zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Kommissionsberichts die zuvor festgelegte Gruppe derjenigen Mitgliedstaaten bilden, die nach Art. 1 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Rates den Vorsitz im Rat der Europäischen Union führen (Dreivorsitz) und selbst nicht wegen Bruchs der Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 2 SKSV verklagt werden oder werden sollen, innerhalb von drei Monaten nach Eingang des Kommissionsberichts eine Klage einreichen. Von den übrigen nicht betroffenen Vertragsstaaten werden sie hierbei unterstützt. Wird diese Ergänzung zum Vertrag ernst genommen, ergibt sich daraus eine Art „mittelbares“ Klagerecht der Europäischen Kommission.

Zwecks Begründung der Zuständigkeit des Gerichtshofs wird der SKSV in seinem Art. 8 Abs. 3 ausdrücklich als Schiedsvertrag im Sinne des Art. 273 AEUV deklariert. Der darüber hinaus erforderliche Zusammenhang mit dem Unionsrecht ist gegeben, da Gegenstand des Vertrags gerade die Förderung von Unionszielen, insbesondere der Erhalt der Stabilität des Euro-Währungsgebiets,²⁴ ist. Ergibt eine Entscheidung des Gerichtshofs, ist diese nach Art. 8 Abs. 1 S. 4 SKSV für die Verfahrensbeteiligten verbindlich. Ob daraufhin die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen getroffen werden, kann ebenfalls durch den Gerichtshof der Europäischen Union auf Klage einer Vertragspartei – wozu sich die Vertragsparteien in Ziffer 6 des Anhangs zum SKSV verpflichten

²² S. dazu etwa Die Welt v. 1.3.2012, S. 4.

²³ Abgedruckt in BR-Drs. 130/12, S. 18 f.

²⁴ Vgl. nur die einleitenden Erwägungen sowie die Zielbestimmung in Art. 1 Abs. 1 SKSV.

– überprüft werden. Ein negatives Urteil kann die Verpflichtung zur Zahlung eines Pauschalbetrags oder eines Zwangsgelds nach sich ziehen (Art. 8 Abs. 2 SKSV). Handelt es sich bei dem danach Zahlungspflichtigen um ein Euro-Land, so sind die verhängten Beträge an den ESM zu entrichten (Art. 8 Abs. 2 S. 3 SKSV).²⁵

Dem ESM kommt schließlich eine ergänzende Kontrollfunktion zu. Wie im 27. Absatz der einleitenden Erwägungen zum SKSV bekräftigt, soll der ESM nach erfolglosem Ablauf der Frist zur Umsetzung der Vorgaben nach Art. 3 Abs. 1 SKSV keine Finanzhilfen mehr an die betroffenen Vertragsstaaten gewähren.

5. Die Kontrolle der Einhaltung sonstiger Vertragsverpflichtungen

Weniger eindeutig geklärt ist, durch wen und wie die Einhaltung der ins nationale Recht transformierten und der sonstigen Verpflichtungen des SKSV kontrolliert werden sollen. Die Zuständigkeit des Gerichtshofs nach Art. 8 SKSV betrifft nur die Umsetzungsverpflichtung nach Art. 3 Abs. 2 SKSV. Der Vertrag selbst schafft keine neuen übergreifenden Organisationsstrukturen. Art. 12 Abs. 3 SKSV sieht lediglich vor, dass – offenbar im Rahmen eines Euro-Gipfels – nach Bedarf, mindestens aber einmal pro Jahr, Beratungen zu bestimmten Fragen der Durchführung des Vertrags zwischen den Vertragsparteien stattfinden sollen. Nachfolgend werden daher die verschiedenen Vorgaben zum Tätigwerden von nationalen und EU-Organen zur Überwachung der Einhaltung von Vertragsbestimmungen in den Blick genommen.

a) Abweichungen von der neuen Defizitgrenze

Die Überwachung der Regelungen zur neuen Defizitgrenze, die in die nationalen Rechtsordnungen verbindlich und dauerhaft übertragen werden müssen, obliegt einer nationalen Institution (Art. 3 Abs. 2 SKSV). Diese Institution gilt offenbar als Teil eines nach Art. 3 Abs. 1 lit. e, 2 SKSV ebenfalls auf Verfassungsebene oder auf ähnlich wirksame Weise im nationalen Recht einzurichtenden Korrekturmechanismus, der im Fall eines erheblichen Abweichens vom mittelfristigen Haushaltsziel oder vom dorthin führenden Anpassungspfad – auch unter außergewöhnlichen Umständen – automatisch greifen soll.²⁶ Dieser automatische Mechanismus soll bereits die

Verpflichtung der betroffenen Vertragspartei einschließen, zur Korrektur der Abweichungen innerhalb eines festgelegten Zeitraums Maßnahmen zu treffen. Zugleich soll er aber gem. Art. 3 Abs. 2 S. 3 SKSV die Vorrechte nationaler Parlamente uneingeschränkt wahren. Das Dilemma, derartige Maßnahmen kaum vorab vertraglich festlegen zu können, die Kompetenz für eine verbindliche Festlegung im Fall eines erheblichen Abweichens aber auch schwerlich der Europäischen Kommission übertragen zu können, löst der SKSV so, dass die Europäische Kommission jedenfalls für die Einrichtung des Korrekturmechanismus und der nationalen Überwachungsinstitutionen Grundsätze vorgeben soll. In einem gegenwärtigen Verordnungsentwurf verwendet die Europäische Kommission hierfür bereits die Bezeichnung „unabhängige(r) Rat für Finanzpolitik für die Überwachung der Umsetzung nationaler Haushaltsregeln“ und definiert diesen Rat als „Gremium, dessen funktionelle Eigenständigkeit gegenüber den Haushaltsbehörden des Mitgliedstaats gegeben und dessen Aufgabe es ist, die Umsetzung der nationalen Haushaltsregeln zu überwachen“.²⁷

b) Abstimmung von Korrekturmaßnahmen

Entsprechend den übrigen Vertragsvorgaben ist anzunehmen, dass auch hinsichtlich der nach Art. 3 Abs. 1 lit. e S. 2 SKSV verpflichtend durch die Vertragspartei zu treffenden Korrekturmaßnahmen eine Abstimmung und Eingliederung in die bisherigen Verfahren nach der wirtschafts- und haushaltspolitischen Koordinierung stattfinden soll. Die bislang für den Fall eines erheblichen Abweichens vom mittelfristigen Haushaltsziel bzw. dem dahin führenden Anpassungspfad vorgesehenen Möglichkeiten der Abgabe von Empfehlungen seitens des Rates nach Art. 121 Abs. 4 UAbs. 1 S. 2 AEUV sollen durch die Verpflichtung des Vertragsstaats, Abhilfemaßnahmen zu treffen, nicht aufgehoben und wohl auch die Suche nach geeigneten Maßnahmen nicht verdoppelt werden. Erneut scheint es vor allem um eine Verstärkung bisheriger Prozesse zu gehen. Eine Abstimmung im Rahmen der gegenwärtigen Verfahren des Stabilitäts- und Wachstumspakts erscheint danach erforderlich. Für die gesonderte Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 5 SKSV, im Defizitverfahren Haushalts- und Wirtschaftspartnerschaftsprogramme für Strukturreformen vorzulegen und diese „Korrekturmaßnahmen“ genehmigen und überwachen zu lassen, ist das Erfordernis einer Eingliederung in die bestehenden Überwachungsverfahren nach dem Stabilitäts- und Wachstumspakt ausdrücklich normiert worden.

III. Ratifizierung, Inkrafttreten und Wirksamwerden im nationalen Recht

Als nächster Schritt steht die Phase der Ratifizierung durch die Vertragsparteien an. Sobald zwölf Euro-Staaten ihre Rati-

²⁵ Vgl. insoweit auch Art. 16 der konsolidierten Fassung der VO EG/1467/97: „Die Geldbußen nach Artikel 12 stellen sonstige Einnahmen im Sinne von Artikel 311 AEUV dar und werden der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität zugewiesen. Sobald die teilnehmenden Mitgliedstaaten einen anderen Stabilitätsmechanismus für die Bereitstellung von Finanzhilfen zur Wahrung der Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt einrichten, wird der Betrag der Geldbußen diesem Mechanismus zugewiesen.“

²⁶ Nicht geklärt ist allerdings, was nach dem Vertrag eine erhebliche Abweichung darstellt. Greift man auch hier auf die Wertungen des Stabilitäts- und Wachstumspakts zurück, ist eine Abweichung dann erheblich, wenn sie in einem Jahr 0,5 % des BIP oder in zwei aufeinanderfolgenden Jahren 0,25 %

des BIP jährlich übersteigt, vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. a sowie Art. 10 Abs. 3 lit. a der konsolidierten Fassung der VO EG/1466/97.

²⁷ S. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1, Art. 4 Abs. 2 des Verordnungsvorschlags KOM/2011/0821 endg.

fikationsurkunde hinterlegt haben, tritt der Vertrag am ersten Tag des Folgemonats in Kraft und gilt zwischen ihnen. Für die übrigen Euro-Länder gilt der Vertrag grundsätzlich erst ab dem ersten Tag des auf die Hinterlegung ihrer Ratifikationsurkunde folgenden Monats. Als Termin ist offenbar der 1.1.2013 angestrebt (Art. 14 Abs. 2, 3 SKSV). Als ein besonderes Druckmittel ist insoweit der Hinweis im 27. Absatz der einleitenden Erwägungen zum Vertrag zu verstehen, wonach Finanzhilfen des ESM ab dem 1.3.2013 von der Ratifizierung des SKSV durch den betroffenen Mitgliedstaat abhängen werden.

Irland hat bereits angekündigt, eine Volksabstimmung über die Vorgaben des SKSV durchführen zu wollen. In Deutschland wäre ein solches Vorgehen nur im Rahmen einer Verfassungsgebung nach Art. 146 GG denkbar,²⁸ die wiederum erst erforderlich wäre, wenn durch die Einführung einer „Schuldenbremse nach deutschem Vorbild“ und den weiteren Umsetzungsverpflichtungen des „Fiskalvertrags“ derart fundamentale Veränderungen für das Haushaltsrecht des Bundestags einhergingen, dass die weiten (finanzpolitischen) Grenzen der Integration, wie sie das BVerfG zum Euro-Rettungsschirm jüngst dargelegt hat,²⁹ überschritten wären.³⁰ Dass dies der Fall ist, erscheint nach dem hier aufgezeigten Überblick zweifelhaft.³¹

Die Bundesregierung hat bereits unmittelbar nach Abschluss des SKSV einen „Entwurf eines Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. März 2012 über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion“ beschlossen,³² um ein Inkrafttreten bereits zum 1.7.2012 zu ermöglichen. Durch ein solches Vertragsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG würde zum einen der Bundespräsident zur Ratifizierung nach Art. 59 Abs. 1 S. 2 GG berechtigt, zum anderen eine Vollzugsanordnung für oder sogar eine konkrete Umsetzung in das nationale Recht geschaffen.³³ Ob dieses Gesetz wie von der Bundesregierung angenommen tatsächlich nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 GG einer $\frac{2}{3}$ -Mehrheit in Bundestag und Bundesrat bedarf,³⁴ wird angezwei-

felt.³⁵ Insgesamt erscheint es fraglich, welche zusätzlichen materiellen und institutionellen Vorgaben über das bestehende grundgesetzliche „Schuldenbremsen“-Regime der Art. 109 Abs. 3 und Art. 115 Abs. 2 GG³⁶ hinaus zu erlassen sein werden. Schließlich besteht bereits danach die Verpflichtung zu ausgeglichenen Haushalten, wobei die strukturelle Verschuldung für den Bund auf 0,35 % des BIP zu Marktpreisen begrenzt und für die Länder gänzlich ausgeschlossen ist. Die Ausnahmeregelungen sind mit denen des SKSV vergleichbar und für ihre Inanspruchnahme ist eine Tilgungsregelung vorzusehen. Mit dem Art. 115 GG-Gesetz ist für den Bund auch bereits ein Ausführungsgesetz ergangen,³⁷ das diese Vorgaben für den Bund konkretisiert. Auf der Grundlage von Art. 109a S. 1 Nr. 1 GG wurde durch das Stabilitätsratsgesetz zudem mit dem Stabilitätsrat eine Institution für die Überwachung der Haushaltswirtschaft geschaffen.³⁸ Sollte dennoch – entgegen der Auffassung der Bundesregierung³⁹ – eine Verfassungsänderung erforderlich sein, so müsste diese bis spätestens ein Jahr nach Inkrafttreten des SKSV wirksam sein (Art. 3 Abs. 2 S. 1 SKSV).

IV. Fazit

Der „Fiskalvertrag“ erscheint nach diesem Überblick weder als ein „Meilenstein in der Geschichte der Europäischen Union“ (Angela Merkel)⁴⁰ noch als „ein irrelevanter [...] Pakt [und] eine Erfindung der Frau Merkel, um die Gemüter

Vertragsgesetz eine der Änderung der vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union vergleichbare Regelung vorliege und die BRD sich damit völkerrechtlich binde, insbesondere Art. 109, 115 und 143d GG nicht abzuändern.

³⁵ Möllers unter:

<http://verfassungsblog.de/braucht-der-fiskalpakt-wirklich-eine-zweidrittelmehrheit> (letzter Abruf am 10.3.2012).

³⁶ Die „Schuldenbremse“ wurden im Rahmen der Föderalismusreform II entwickelt; umfassend zum Prozess Deutscher Bundestag/Bundesrat, Die gemeinsame Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bundesländer-Finanzbeziehungen, 2010; zur „Schuldenbremse“ weiter Neidhardt (Fn. 20), S. 265 ff. (insb. 355 ff.); Lenz/Burgbacher, NJW 2009, 2561; Koemm, Eine Bremse für die Staatsverschuldung, 2011; Ryczewski, Die Schuldenbremse im Grundgesetz; Seiler, JZ 2009, 721; zu den insoweit inspirierenden Bestimmungen in der Schweizer Bundesverfassung Glaser, Nachhaltige Entwicklung und Demokratie, 2006, S. 101 ff.

³⁷ Zum darin enthaltenen Auftrag zur Abstimmung mit den ökonomischen Methoden des Stabilitäts- und Wachstumspakts Seiler, JZ 2009, 721 (724 f.).

³⁸ Sowohl das Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes wie auch das Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen waren Teil des Begleitgesetzes zur zweiten Föderalismusreform v. 10.8.2009, BGBl. I 2009, S. 2702 ff.

³⁹ Begründung zum Entwurf des Vertragsgesetzes, BR-Drs. 130/12, S. 6.

⁴⁰ Zitiert nach Heine, in: Das Parlament, Nr. 10 v. 5.3.2012, Titelseite.

²⁸ Scholz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, Stand: September 1991, Art. 146 Rn. 25 betont, dass eine Verfassungsgebung nach Art. 146 GG keine Volksabstimmung vorschreibt; Nettesheim, EuR 2011, 765 (768) weist aber zu Recht darauf hin, dass damit jedoch zumindest die Erwartung einer Volksabstimmung verbunden wäre.

²⁹ BVerfG NJW 2011, 2946. Hier findet sich auch der Hinweis, dass „für vergleichbare völkervertraglich eingegangene Bindungen, die im institutionellen Zusammenhang mit der supranationalen Union stehen“ gleiche Maßstäbe gelten (2948).

³⁰ Vgl. Ruffert, EuR 2011, 842, (853 f. m.w.N.). Allgemeiner zur Diskussion hierüber Engels, JuS 2012, 210.

³¹ Anders wird dies hinsichtlich der Zustimmung zum ESM-Vertrag gesehen, s. Kahl/Glaser, in: FAZ v. 8.3.2012, S. 8.

³² BR-Drs. 130/12.

³³ Nettesheim, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, Stand: Januar 2009, Art. 59 Rn. 93 ff.

³⁴ Die Begründung zum Entwurf des Vertragsgesetzes (BR-Drs. 130/12, S. 6) stellt insoweit darauf auf, dass mit dem

zu Hause zu beruhigen“⁴¹. Er bietet jedenfalls für eine Vielzahl von Vorgaben nach dem Stabilitäts- und Wachstumspakt eine Möglichkeit, bislang bestehende Spielräume der Anwendung durch eine Verankerung auf (höchster) nationaler Ebene oder aber durch eine völkerrechtsvertragliche Verpflichtung zu begrenzen. Hinsichtlich der jährlichen Höchstverschuldung enthält er sogar ein neues strengeres Defizitkriterium, das – seine Umsetzung vorausgesetzt – nahezu unionsweit unmittelbar als (Quasi-)Verfassungsrecht gelten wird. Ungewöhnlich ist, dass der Pakt zudem für weitere gleichgerichtete Inhalte noch nicht verabschiedeter europäischer Rechtssetzungsvorhaben den Weg bereitet und vorab deren Verbindlichkeit stärkt.⁴² Indem sogar eine bindende Selbstverpflichtung für das Abstimmungsverhalten bei Defizitverfahren eingefügt wurde, wird ein zentraler Schwachpunkt der europäischen Überwachung der mitgliedstaatlichen Haushaltspolitiken angegangen. Ein abschließendes Urteil über den „Fiskalvertrag“ hängt aber von seiner Anwendung und vor allem der hierfür entscheidenden Umsetzung ins nationale Recht ab.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass im Rahmen der Krisenbewältigungsstrategien der EU-Mitglieder einmal mehr – wie bereits in anderem Zusammenhang kritisiert⁴³ – von der supranationalen auf die intergouvernementale Methode ausgewichen wird. Der SKSV sieht dies allerdings nicht als Dauerlösung vor. Nach der sog. Rückführungsklausel des Art. 16 SKSV sollen binnen höchstens fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrags auf der Grundlage einer Bewertung der Erfahrungen mit der Umsetzung des Vertrags die notwendigen Schritte mit dem Ziel unternommen werden, den Vertragsinhalt in den Rechtsrahmen der Europäischen Union zu überführen.⁴⁴ Dafür ist es freilich erforderlich, dass alle EU-Mitglieder die Regelungen mittragen. Dies dürfte jedenfalls für die Regierung Cameron in absehbarer Zeit nicht ohne Gesichtsverlust möglich sein. Die vergleichbaren Probleme beim Ausbau sozialpolitischer Zuständigkeiten auf europäischer Ebene zeigen aber, dass energischer britischer Widerstand – etwa durch einen Regierungswechsel – auch wieder schwinden kann.⁴⁵ Anders aber als das damals ohne das

Vereinigte Königreich geschlossene Abkommen über die Sozialpolitik wird der „Fiskalvertrag“ deutliche Spuren in den Verfassungen der meisten Mitgliedstaaten hinterlassen.

⁴¹ Interviewäußerung des Vorsitzenden der SPE-Fraktion im Europäischen Parlament Hannes Swoboda in: Die Presse, v. 18.1.2012; verfügbar unter: http://diepresse.com/home/politik/eu/724642/Swoboda_EU-muss-staerker-zusammenwachsen-oder-sie-zerfaellt (letzter Abruf am 10.3.2012).

⁴² Vgl. 8. Absatz der einleitenden Erwägungen zum SKSV. Ein Beispiel hierfür ist die Verpflichtung der Vertragsstaaten nach Art. 6 SKSV, dem Rat der Europäischen Union und der Kommission im Voraus darüber zu berichten, wenn sie die Ausgabe von Staatsschuldtiteln beabsichtigen.

⁴³ Etwa Ruffert, EuR 2011, 842 (854 f.); übersichtlich zur Problematik der Umgehung von Art. 48 EUV Heß, ZJS 2011, 207 (210 ff.).

⁴⁴ Dieses Ziel findet sich bereits im 7. Absatz der einleitenden Erwägungen zum SKSV.

⁴⁵ Dazu Langefeld/Benecke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Stand: März 2011, Art. 151 Rn. 19.

Einführung ins Ordnungswidrigkeitenrecht – Teil 1

Ahndungsvoraussetzungen

Von Rechtsanwalt Dr. **Torsten Noak**, LL.M., Rostock*

Ordnungswidrigkeit und Straftat sind eng verwandt. Beide verletzen gesetzlich verankerte Ge- oder Verbote und werden mit negativen Folgen geahndet. Der Unterschied liegt im Maß des Unrechts: Straftaten sind besonders verabscheuungswürdig und werden vom Staat mit seiner schärfsten Waffe bekämpft – dem Strafrecht. Ordnungswidrigkeiten sind dagegen weniger schlimm und beruhen meist auf menschlichen Schwächen wie Nachlässigkeit, Unzuverlässigkeit oder Bequemlichkeit; sie brauchen daher nicht so streng geahndet zu werden.¹ Dazu passen die Verfahrenskonzepte: Bei Straftaten sind die Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich verpflichtet einzuschreiten (§§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 StPO, Legalitätsprinzip), bei Ordnungswidrigkeiten steht die Einleitung eines Bußgeldverfahrens im Ermessen der zuständigen Behörde. Jedes Verfahren kann zu jedem Zeitpunkt ohne Verhängung einer Rechtsfolge beendet werden (§ 47 Abs. 1 OWiG, Opportunitätsprinzip).²

Die folgenden Ausführungen richten sich an den fortgeschrittenen Studenten, der bereits Grundkenntnisse des Straf- und Strafprozessrechts besitzt und sich – sei es aus Interesse, sei es aus Notwendigkeit, weil der entsprechende Studienschwerpunkt es verlangt – einen ersten Überblick über das Ordnungswidrigkeitenrecht verschaffen will. Im vorliegenden Teil 1 geht es um die Voraussetzungen der Ahndung eines Verhaltens, die, wenn auch nicht umfassend, so doch in weiten Teilen übereinstimmen mit denen der Strafbarkeit, wie man sie aus dem StGB kennt. Teil 2 gibt eine Darstellung der möglichen Rechtsfolgen, Teil 3 beleuchtet Grundlagen und Ablauf des Bußgeldverfahrens.

I. Keine Ahndung ohne Gesetz

§ 3 OWiG bestimmt, dass ein Verhalten als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann, wenn die Möglichkeit der Ahndung in einem Gesetz bestimmt worden ist. Die Formulierung nimmt Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG, der das Gesetzlichkeitsprinzip für das Strafrecht neben seiner einfachgesetzlichen Ausprägung in § 1 StGB verfassungsrechtlich absichert.³ Neben dem Bestimmtheitsgebot, dem Verbot belas-

tender Analogie und dem Rückwirkungsverbot folgt aus § 3 OWiG, dass die Ahndung eines Verhaltens als Ordnungswidrigkeit nur möglich ist, wenn eine gesetzliche Grundlage existiert, die dies zulässt.⁴ Unter „Gesetz“ ist nicht ein gesamtes Gesetzeswerk, sondern die einzelne gesetzliche Vorschrift zu verstehen.⁵ Gesetze im vorgenannten Sinne findet man in der gesamten Rechtsordnung, also in allen verfassungsmäßig anerkannten Quellen.⁶ Anders als im Besonderen Teil des Strafrechts hat der Gesetzgeber die einzelnen Ordnungswidrigkeiten nicht gebündelt, sondern in die jeweiligen Regelungsbereiche eingebunden: Bauordnungswidrigkeiten stehen in den Baugesetzen, Jagdordnungswidrigkeiten in den Jagdgesetzen, Straßenverkehrsordnungswidrigkeiten in den Straßenverkehrsgesetzen usw. Zwar müssen „Gesetze“ in einem förmlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden. Allerdings können sie vorsehen, dass Verordnungen oder Satzungen ihre weiteren Voraussetzungen regeln.⁷ In einem solchen Dickicht ist es manchmal gar nicht so einfach, der jeweiligen Ordnungswidrigkeit die richtigen Normen zuzuordnen. Man muss sich von Vorschrift zu Vorschrift hangeln. Dazu

Beispiel 1: Autofahrer A fährt innerhalb einer geschlossenen Ortschaft mit 75 km/h. Woraus ergibt sich, dass es sich um ein ordnungswidriges Verhalten handelt? Schritt für Schritt:

- Da es um ein Verhalten im Straßenverkehr geht, gebührt der erste Zugriff dem Gesetz, das den Straßenverkehr regelt: dem StVG. Dort gibt § 24 die Möglichkeit, „Verkehrsordnungswidrigkeiten“ zu ahnden. § 24 StVG erklärt (unter Androhung von Geldbuße in Abs. 2) für ordnungswidrig, dass jemand einer Vorschrift zuwiderhandelt, die aufgrund § 6 Abs. 1 StVG erlassen wurde.
- Darunter fällt die StVO, die u.a. regelt, wie sich der Straßenverkehrsteilnehmer zu verhalten hat. Verstöße gegen die StVO, die als Ordnungswidrigkeit geahndet werden können, stehen in § 49 StVO.
- Nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 StVO handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift über die Geschwindigkeit nach § 3 StVO verstößt.
- § 3 Abs. 3 Nr. 1 StVO schreibt vor, dass die zulässige Höchstgeschwindigkeit innerhalb geschlossener Ortschaften auch unter günstigsten Umständen für alle Kraftfahrzeuge 50 km/h beträgt.
- Die Rechtsgrundlage, die die Ahndung der Geschwindigkeitsübertretung des A zulässt, lautet also § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 3, 3 Abs. 3 Nr. 1 StVO.

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Rostock und Lehrbeauftragter für Polizei- und Ordnungsrecht und Strafrecht an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung, Polizei und Rechtspflege Mecklenburg-Vorpommern in Güstrow. Der Beitrag basiert auf Teilen des Buches *Noak*, OWiG leicht gemacht, 2007, und wurde für die hiesige Veröffentlichung aktualisiert. Teil 2 und 3 des Beitrags folgen in ZJS 3/2012 und 4/2012.

¹ S. dazu *Bohnert*, Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 3 f. m.w.N.

² Zu den Prinzipien *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 17; *Mitsch*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005, § 23 Rn. 1 ff.; zu ihnen auch Teil 3 I. 2.

³ Siehe etwa *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 3.

⁴ Zu den vier Prinzipien des § 3 *Bohnert*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 35 ff.; ausführlich *Rogall*, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl. 2006, § 3 Rn. 17 ff.

⁵ S. *Rogall* (Fn. 4), 3 Rn. 12.

⁶ Dazu *Eser/Hecker* (Fn. 3), § 1 Rn. 8.

⁷ S. *Mitsch* (Fn. 2), § 5 Rn. 2.

In diesem Zusammenhang ist noch § 1 Abs. 1 OWiG zu beachten: Dieser legt fest, dass das Gesetz die Ahndung mit einer Geldbuße zulassen muss. Das ist ernst zu nehmen. Es gibt nämlich Gesetze, bei denen der Gesetzgeber das beschriebene Verhalten als ordnungswidrig bezeichnet, die Zulassung der Ahndung mit Geldbuße aber vergessen hat. Z.B. lautete § 67a PStG: „Wer eine kirchliche Trauung oder die religiöse Feierlichkeit einer Eheschließung vorgenommen hat, ohne dass zuvor die Verlobten vor dem Standesamt erklärt hatten, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, begeht eine Ordnungswidrigkeit [...]“.⁸ Es fehlte in der Norm ein Satz wie: „Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.“ Ohne eine solche Befugnis gab es keine Möglichkeit, das Verhalten zu ahnden. Umgekehrt sind Vorschriften, die die Ahndung einer Handlung mit Geldbuße zulassen, auch dann taugliche „Gesetze“, wenn das in ihnen missbilligte Verhalten nicht ausdrücklich als ordnungswidrig bezeichnet wird. So etwas gibt es in bayerischen Gesetzen, die regelmäßig folgendermaßen beginnen: „Mit Geldbuße kann belegt werden, wer [...]“.⁹

II. Der dreistufige Deliktsaufbau: Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Vorwerfbarkeit

Die Bestandteile der Ordnungswidrigkeit sind identisch mit denen der Straftat. Der Täter muss tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft handeln. Schuld wird in der Terminologie des OWiG als Vorwerfbarkeit bezeichnet, beide Begriffe sind indes synonym.¹⁰ Geldbußen dürfen nur verhängt werden, wenn diese drei Merkmale der Ordnungswidrigkeit erfüllt sind. Fehlt eines, muss der Bußgeldbescheid unterbleiben oder der Betroffene, falls das Verfahren bereits bei Gericht anhängig ist, freigesprochen werden.

1. Das vorsätzliche vollendete Handlungsdelikt

Wie auch im Strafrecht üblich, soll die Heranführung an die Materie erfolgen anhand des vorsätzlichen vollendeten Handlungsdelikts mit seiner Untergliederung des Tatbestandes in einen objektiven und einen subjektiven Teil.¹¹ Abweichungen werden später erörtert.¹²

a) Tatbestand

Der Tatbestand prägt den Charakter der Ordnungswidrigkeit. Er wird ergänzt durch die §§ 8 ff. OWiG und ungeschriebene Rechtssätze.

aa) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand beschreibt die äußeren Merkmale der Ordnungswidrigkeit, also das, was in der Außenwelt geschieht und sich nicht nur in der inneren Gedankenwelt des Täters abspielt.¹³ Dazu

Beispiel 2: Großmutter G hält sich als Haustier einen gutmütigen Dackel, den sie überall frei herumlaufen lässt. Enkel E hat ihr erzählt, dass es die Ordnungswidrigkeit des § 121 Abs. 1 Nr. 1 OWiG gibt, die das Umherbewegenlassen bestimmter Tierarten mit Bußgeld bedroht.

Zum objektiven Tatbestand der genannten Norm gehört zunächst das Wörtchen „Wer“, aus dem sich ergibt, dass jeder-mann diese Ordnungswidrigkeit verüben kann. Es gibt auch Ordnungswidrigkeiten, die nur besondere Personen begehen können (z.B. § 405 Abs. 1 AktG: „als Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder als Abwickler [...]“). Daneben ist die missbilligte Tathandlung beschrieben: das Freiumherbewegenlassen eines gefährlichen Tieres einer wildlebenden Art oder eines böartigen Tieres. Überträgt man dies auf das Beispiel, ist schnell festzustellen, dass eine Ahndung nicht in Frage kommt: Zwar hat G ein Tier, den Dackel, sich frei umherbewegen lassen. Bei diesem handelt es sich aber weder um ein gefährliches Tier einer wildlebenden Art noch um ein böartiges.

Ordnungswidrigkeiten lassen sich in Tätigkeitsdelikte und Erfolgsdelikte unterteilen.¹⁴ Bei erstgenannten genügt, dass der Täter die geforderte Handlung vornimmt, etwa ein Kraftfahrzeug mit einer Blutalkoholkonzentration von mehr als 0,5 ‰ führt (§ 24a Abs. 1 StVG), während zweitgenannte verlangen, dass aus der Handlung des Täters ein Erfolg resultiert, etwa andere Personen geschädigt, gefährdet, behindert oder belästigt werden (§ 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 1 Abs. 2 StVO). Bei den Erfolgsdelikten ist zu prüfen, ob die Handlung, die der Täter vorgenommen hat, ursächlich dafür war, dass der Erfolg eingetreten ist. Wie im Strafrecht nimmt man also eine Kausalitätsprüfung vor, die sich orientiert an den dafür entwickelten Kriterien, vorzugsweise der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung.¹⁵

Beispiel 3: W ist Mitglied des örtlichen Theatervereins und spielt im aktuellen Bühnenstück einen Sanitäter. Er trägt auf der Bühne eine Uniform des Roten Kreuzes, ohne dafür eine Erlaubnis zu besitzen. Hat W den objektiven Tatbestand des § 125 Abs. 1 OWiG erfüllt?

Das Tragen der Uniform ist Benutzung des Wahrzeichens des „Roten Kreuzes“. W hat keine Erlaubnis, handelt also „unbefugt“.¹⁶ Folglich scheinen alle objektiven Voraussetzungen

⁸ Mittlerweile aufgehoben durch das „Gesetz zur Reform des Personenstandsrechts“ (Personenstandsrechtsreformgesetz – PStRG) v. 19.2.2007 = BGBl. I 2007, S. 122.

⁹ Dazu Mitsch (Fn. 2), § 3 Rn. 5 mit Bsp. in Fn. 12.

¹⁰ Weiterführend dazu bei Gürtler, in: Göhler (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2009, Vor § 1 Rn. 30, der auch die Begründung des Gesetzgebers für die verschiedenen Terminologien mitliefert.

¹¹ S. Mitsch, Fallsammlung zum Ordnungswidrigkeitenrecht, 2011, Fall 1.

¹² S. Punkte 2 und 3.

¹³ Dazu Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 133; Mitsch, JA 2008, 241 (242 f.).

¹⁴ Näheres bei Rönnau, JuS 2010, 961.

¹⁵ S. dazu Heuchemer, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 1.12.2011, § 13 Rn. 11 ff.

¹⁶ S. Gürtler (Fn. 10), § 125 Rn. 3.

gegeben zu sein. Gleich, welchen Inhalt die Bühnenrolle hat, ist jedoch allen Zuschauern des Bühnenstücks klar, dass W als Schauspieler kein wirklicher Vertreter des „Roten Kreuzes“ ist, sondern sich nur verkleidet hat. Verkleiden ist für Schauspieler sozialüblich. Ein solches sozialübliches Verhalten schließt den objektiven Tatbestand aus, weil es das geschützte Rechtsgut nicht unerlaubt gefährdet.¹⁷ Diesen Aspekt erörtert man im Strafrecht unter dem Stichwort „objektive Zurechnung“, deren Kriterien auch im Ordnungswidrigkeitenrecht gelten.¹⁸ W hat also keine Ordnungswidrigkeit begangen.

bb) Subjektiver Tatbestand

(1) Vorsatz

(a) Vorsatzformen

Zum subjektiven Tatbestand gehört grundsätzlich Vorsatz. Das steht in § 10 OWiG. Der Vorsatz muss sich auf die Merkmale des objektiven Tatbestandes beziehen, was aus der Formulierung des § 11 Abs. 1 S. 1 OWiG herzuleiten ist. Nach h.M.¹⁹ besteht der Vorsatz aus zwei Elementen: Der Täter muss um die Merkmale des objektiven Tatbestandes wissen und ihre Verwirklichung wollen. Man unterscheidet drei Arten des Vorsatzes: Absicht (dolus directus ersten Grades), Wissentlichkeit (dolus directus zweiten Grades) und den bedingten Vorsatz (Eventualvorsatz): Dem absichtlich Handelnden kommt es gerade darauf an, dass die Merkmale des objektiven Tatbestandes verwirklicht werden, der wissentlich Handelnde sieht den Eintritt als sichere Folge seines Handelns voraus, der bedingt vorsätzlich Handelnde hält die Verwirklichung der objektiven Merkmale nur für möglich, findet sich aber damit ab.²⁰ Alle Vorsatzformen sind grundsätzlich gleichwertig, genügen also der Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes.²¹ Dazu

Beispiel 4: L fährt mit seinem Wagen auf eine grüne Ampel zu. Etwa 30 Meter davor schaltet die Ampel auf Gelb um. L gibt Gas. Ihm ist bewusst, dass er es möglicherweise nur bei Rot schafft, hält das aber wegen eines Termins, den er einhalten muss, für nicht so wichtig. Als L die Kreuzung passiert, zeigt die Ampel auf Rot (§ 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 3 Nr. 2, 37 Abs. 2 Nr. 1 StVO).

L kam es nicht darauf an, bei Rot zu fahren (er hatte also keine Absicht). Sicher vorhergesehen hat er seinen Fehltritt auch nicht (er handelte also nicht wissentlich). Wohl aber hat er die Möglichkeit erkannt und sich wegen seines Termins damit abgefunden. Dies ist bedingter Vorsatz.

(b) Tatumstandsirrtum

Beispiel 5: In der Stadt R kommt es zu einer Spontanversammlung von Jurastudenten, die gegen die Schließung ihrer Fakultät seitens der Landesregierung protestieren wollen. Die Stimmung droht in Gewalttätigkeit umzuschlagen, sodass die Polizei sich berechtigterweise entschließt, die Veranstaltung zu beenden. Polizist P fordert die Menge dreimal deutlich auf, auseinander zu gehen; die Studenten lassen sich davon aber nicht beeindrucken. Kurz nach den Aufforderungen kommt Jurastudent M vorbei, der von den Ereignissen nichts mitbekommen hat. M freut sich, einige seiner Kommilitonen zu treffen, und schließt sich der „Meute“ an.

M könnte die Ordnungswidrigkeit des § 113 Abs. 1 OWiG verwirklicht haben, dessen objektiver Tatbestand erfüllt ist: Er hat sich einer öffentlichen Ansammlung angeschlossen, obwohl ein Träger von Hoheitsbefugnissen die Menge dreimal rechtmäßig aufgefordert hat, auseinander zu gehen. Weil M die Aufforderung des Polizisten nicht mitbekommen hat, kennt er aber einen Umstand nicht, der zum gesetzlichen Tatbestand (gemeint: § 113 Abs. 1 OWiG) gehört: die dreimalige Aufforderung. Er handelt also nicht vorsätzlich (§ 11 Abs. 1 S. 1 OWiG). Diesen Fall nennt man Tatumstandsirrtum.²² M hat kein Bußgeld zu befürchten.

(2) Besondere subjektive Merkmale

Manchmal verlangt der subjektive Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit etwas über den Vorsatz Hinausgehendes, so z.B. § 33 Abs. 5 Nr. 1 AWG, der (verkürzt) lautet: „Ordnungswidrig handelt, wer unrichtige oder unvollständige Angaben tatsächlicher Art macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Genehmigung oder eine Bescheinigung zu erschleichen.“ Hier verlangt der subjektive Tatbestand erstens Vorsatz (§ 10 OWiG), zweitens dass der Täter handelt, „um für sich oder einen anderen eine Genehmigung oder eine Bescheinigung zu erschleichen“. Die Erschleichung der Genehmigung oder Bescheinigung muss also nicht wirklich eintreten, vielmehr muss der Täter sie nur – subjektiv – im Zeitpunkt der Tathandlung herbeiführen wollen. Das folgt aus der Formulierung „um [...] zu“.²³

b) Rechtswidrigkeit

aa) Einzelne Rechtfertigungsgründe

Nach Bejahung des Tatbestandes prüft man die Rechtswidrigkeit, also die Frage, ob der Täter ausnahmsweise das Recht hatte, tatbestandsmäßig zu handeln. Das ist der Fall, wenn ihm ein Rechtfertigungsgrund zur Seite stand.²⁴ Im OWiG befinden sich zwei Rechtfertigungsgründe: die Notwehr (§ 15

¹⁷ Konkret zum § 125 *Kurz*, in: Senge (Fn. 4), § 125 Rn. 3.

¹⁸ S. etwa *Mitsch* (Fn. 2), § 7 Rn. 9 und 16.

¹⁹ Zur Existenzberechtigung eines voluntativen Vorsatzelements *Wessels/Beulke* (Fn. 13), Rn. 203 ff. m. w. N.

²⁰ Instrukтив *Wessels/Beulke* (Fn. 13), Rn. 213 ff.

²¹ Näher *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 15 Rn. 64 ff., insb. 65, 69 und 88.

²² Zur Parallelwertung in der Laiensphäre im Rahmen des subjektiven Tatbestandes des § 118 OWiG *Bohnert* (Fn. 1), § 11 Rn. 9 und § 118 Rn. 11.

²³ S. dazu auch *Bohnert* (Fn. 1), § 15 Rn. 5.

²⁴ S. *Wessels/Beulke* (Fn. 13), Rn. 270.

OWiG) und der rechtfertigende Notstand (§ 16 OWiG).²⁵ Beide Vorschriften sind aus dem Strafrecht bekannt, wo sie in § 32 StGB bzw. § 34 StGB etabliert sind. Der Gesamtkatalog der Rechtfertigungsgründe ist allerdings größer, denn auch im Ordnungswidrigkeitenrecht gelten die Erlaubnisnormen des BGB, des Polizeirechts oder die Einwilligung.²⁶ Ein speziell auf Verkehrsordnungswidrigkeiten zugeschnittener Rechtfertigungsgrund steht in § 35 StVO.²⁷ Dazu

Beispiel 6: Nach einem Verkehrsunfall transportiert der Krankenwagenfahrer F den schwer verletzten K unter Außerachtlassung aller Geschwindigkeitsbegrenzungen ins nächste Krankenhaus und rettet ihm so das Leben. Auf der Fahrt wird F geblickt.

Der Krankenwagenfahrer hat mit der Außerachtlassung der Geschwindigkeitsbegrenzungen den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllt, nämlich § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 3, 3 Abs. 3 StVO. Das ist aber nur eine Seite der Medaille. Der genannte § 35 StVO befreit in seinem Abs. 5a Fahrzeuge des Rettungsdienstes von den Vorschriften der StVO, also auch von denen über die Geschwindigkeit, wenn höchste Eile geboten ist, um Menschenleben zu retten oder schwere gesundheitliche Schäden abzuwenden. F kann sich auf diesen Rechtfertigungsgrund berufen. Er hat also tatbestandsmäßig, nicht aber rechtswidrig gehandelt, weshalb er kein Bußgeld zu befürchten hat.

bb) Erlaubnisumstandsirrturn

Das vorige Bsp. wird abgewandelt:

Beispiel 6 (Abwandlung): K simuliert, ist also gar nicht schwer verletzt, sondern unversehrt. Krankenwagenfahrer F geht hingegen davon aus, es mit einem lebensbedrohlich verletzten Menschen zu tun zu haben. Wie ist das Verhalten des F nun zu würdigen?

F hat den Tatbestand des § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 3, 3 Abs. 3 StVO erfüllt, denn er hat vorsätzlich die Geschwindigkeitsgrenzen missachtet. Dies geschah auch rechtswidrig, denn weil objektiv keine höchste Eile geboten war, um Menschenleben zu retten oder schwere gesundheitliche Schäden abzuwenden, kann F sich nicht auf § 35 Abs. 5a StVO (und auch nicht auf § 16 OWiG) berufen. Das Besondere an dem Fall ist, dass das Handeln des F durch § 35 Abs. 5a StVO gerechtfertigt wäre, wenn seine Vorstellung der Wirklichkeit entspräche. F irrt also über das Vorliegen von Umständen, die ihn bei tatsächlichem Vorliegen rechtfertigen würden. Eine solche Vorstellung nennt man Erlaubnisumstandsirrturn.²⁸ Er ist gesetzlich nicht geregelt und seine

Lösung umstritten. Dass der Täter wegen eines Vorsatzdeliktes nicht sanktioniert werden darf, ist dabei nahezu unumstritten.²⁹ Am besten ist es, die Konstellation mit dem BGH³⁰ entsprechend den Regeln des Tatumstandsirrturns (§ 11 Abs. 1 OWiG analog) zu behandeln, denn der Tatumstandsirrturn unterscheidet sich zwar formal vom Erlaubnisumstandsirrturn, qualitativ sind die beiden sich aber sehr ähnlich, weil der Täter sich jeweils eine Situation vorstellt, die mit der Rechtsordnung im Einklang steht. Weil § 11 Abs. 1 OWiG zugunsten des Täters analog angewendet wird, kommt man auch mit dem Verbot belastender Analogie (§ 3 OWiG) nicht in Konflikt.

c) Vorwerfbarkeit

Sind Tatbestand und Rechtswidrigkeit bejaht, ist zu untersuchen, ob dem Täter sein Unrecht persönlich vorwerfbar ist. Im Strafrecht spricht man – wie erwähnt – von der Schuld. Die individuelle Persönlichkeit des Täters wird dahingehend beleuchtet, ob er etwas dafür konnte, tatbestandlich und rechtswidrig gehandelt zu haben.³¹ Auch hier findet sich Vieles im Gesetz, überwiegend fast wortgleich mit den einschlägigen Normen des Strafrechts.

aa) Unrechtsbewusstsein

Beispiel 7: Wirt W bietet in seiner Schankwirtschaft nur alkoholische Getränke an, weil er auf „Gesundheitsapostel, die sogar in Kneipen nur Cola und Wasser trinken wollen“, keine Lust hat. Eines Tages flattert ihm ein Anhörungsbogen ins Haus. In diesem wird ihm eine Ordnungswidrigkeit nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 GastG zur Last gelegt, weil er entgegen § 6 S. 1 GastG keine alkoholfreien Getränke verabreicht. Er macht geltend, er habe nicht vorwerfbar gehandelt, weil er die Normen des GastG nicht gekannt und deshalb sein Verhalten für erlaubt gehalten habe.

Der Tatbestand der genannten Ordnungswidrigkeit ist erfüllt, ein Rechtfertigungsgrund nicht ersichtlich. Knackpunkt des Falles ist, dass W sein Verhalten für sanktionsfrei gehalten hat. Ihm fehlte, so formuliert § 11 Abs. 2 OWiG, bei Begehung der Tat die Einsicht, etwas Unerlaubtes zu tun. Eine solche Fehlvorstellung nennt man Verbotsirrturn.³² Ob er die Vorwerfbarkeit ausschließt, macht § 11 Abs. 2 OWiG davon abhängig, ob der Irrturn für den Täter vermeidbar oder unvermeidbar war. Für eine Unvermeidbarkeit wird vom Täter einiges verlangt: Er muss all seine geistigen Erkenntniskräfte

²⁵ Zu ihnen Mitsch (Fn. 11), Fall 1 und Fall 3.

²⁶ S. Gürtler (Fn. 10), Vor § 1 Rn. 20 ff.

²⁷ Näheres dazu bei Klenk, NZV 2010, 593; Nimis, NZV 2009, 582.

²⁸ Lehrreich Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 51 ff.; Scheinfeld/Herzberg, JuS 2002, 649.

²⁹ Anders die kaum mehr vertretene strenge Schuldtheorie, die allerdings Auftrieb erfahren hat durch die Monografie von Heuchemer, Der Erlaubnistatbestandsirrturn, 2005.

³⁰ S. BGHSt 49, 34 (44); vertreten auch von Bohnert (Fn. 4), Rn. 92; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2010, § 17 Rn. 14; Momsen/Peter, JA 2006, 550 und 654.

³¹ S. Gürtler (Fn. 10), Vor 1 Rn. 30.

³² Statt aller Mitsch (Fn. 2), § 10 Rn. 17.

einsetzen und eventuell auftauchende Unrechtszweifel mit Nachdenken und – falls erforderlich – der Einholung sachkundigen Rechtsrates aufzuklären versuchen.³³ Erfasst der Bußgeldtatbestand ein Verhalten im Rahmen der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit, sind die Prüfungs- und Erkundigungspflichten des Täters besonders hoch: Es gehört zu den Pflichten einer Berufsausübung, sich über Regeln und Gesetze zu informieren, die in dem entsprechenden Berufszweig gelten.³⁴ Daher war der Verbotsirrtum in dem Beispiel vermeidbar und W erwartet ein Bußgeld.

bb) Verantwortlichkeit

Beispiel 8: Der zehnjährige K ist nachts allein zu Hause. Er öffnet die Fenster und dreht die Musikanlage bewusst so laut, dass die Nachbarn stundenlang kein Auge zutun. Nachbar N will sich das nicht gefallen lassen. Er ruft die Polizei und verlangt, dass „dem Bengel von staatlicher Seite das Taschengeld gekürzt wird“.

K hat mit seiner vorsätzlichen Lärmverursachung den Tatbestand des § 117 Abs. 1 OWiG erfüllt. Er handelte rechtswidrig, weil ein Rechtfertigungsgrund für sein Handeln nicht ersichtlich ist. Dennoch können wir ihm sein Verhalten nicht anlasten, denn er war für sein Tun nicht verantwortlich. Dies ergibt sich aus § 12 Abs. 1 S. 1 OWiG, der Menschen wie K, die noch keine 14 Jahre alt sind, generell von der Verantwortlichkeit für ihr Handeln befreit. Wäre K Jugendlicher, also „zur Zeit der Tat vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alt“ (§ 1 Abs. 2 JGG), hinge seine Verantwortlichkeit und damit die Vorwerfbarkeit davon ab, ob er „zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“ (§ 12 Abs. 1 S. 2 OWiG i.V.m. § 3 S. 1 JGG).³⁵

Beispiel 9: L befindet sich mit Freunden in einer Kneipe, um das Fußballspiel England gegen Holland anzuschauen. Man frönt fleißig dem Alkohol und freut sich, dass die englische Mannschaft einen guten Tag erwisch hat. Nach dem Schlusspfiff kennt die Siegesfreude des Alkohol kaum gewöhnten L keine Grenzen mehr: Sturzbetrunk steigt er auf den Tresen, zieht sich nackt aus und singt in der vollbesetzten Kneipe die englische Nationalhymne. Der Wirt holt die Polizei, die den L mit zur Wache nimmt. Ein Sachverständiger ermittelt, dass L zur Tatzeit eine Blutalkoholkonzentration von 3,1 ‰ hatte. Am nächsten Morgen weist Polizeimeister P den L darauf hin, dass er mit einem Bußgeldbescheid zu rechnen habe.

L hat durch seine „Darbietung“ den Tatbestand des § 118 Abs. 1 OWiG verwirklicht. Er handelte auch rechtswidrig. Problematisch ist die Vorwerfbarkeit, denn L hatte einen durchaus beachtlichen Alkoholpegel. Der Alkoholrausch ist der häufigste Anwendungsfall des § 12 Abs. 2 OWiG und fällt unter das Merkmal „tiefgreifende Bewusstseinsstörung“. Im StGB gibt es die Parallelnorm des § 20 StGB, in dessen Kontext die Gerichte sich mittlerweile einig sind, dass eine Tatzeit-Blutalkoholkonzentration von 3,0 ‰ oder mehr den Richter zur Auseinandersetzung mit der Schuldfähigkeit veranlassen muss.³⁷ Dies lässt sich auf das Ordnungswidrigkeitenrecht übertragen, sodass dem alkoholentwöhnten L sein Tun wegen des Rausches gemäß § 12 Abs. 2 OWiG nicht angelastet werden kann. Das heißt aber noch nicht, dass er ungeschoren davonkommt. Denn neben dem hier nicht zu behandelnden Komplex der „actio libera in causa“³⁸ gibt es den in § 122 OWiG geregelten „Vollrausch“ als Ordnungswidrigkeit. Er passt zu dem Beispiel: L hat sich (mindestens) fahrlässig durch alkoholische Getränke in einen Rausch versetzt, eine mit Geldbuße bedrohte Handlung begangen (§ 118 Abs. 1 OWiG) und konnte ihretwegen nur nicht mit Geldbuße belegt werden, weil infolge des Rausches die Vorwerfbarkeit ausfiel.³⁹

cc) Entschuldigungsgründe: Notwehrexzess und entschuldigender Notstand

§ 15 Abs. 3 OWiG regelt den sog. Notwehrexzess.⁴⁰ Weil dieser im Ordnungswidrigkeitenrecht extrem selten vorkommt, soll es mit seiner Erwähnung und dem Hinweis, dass sein Vorliegen trotz dem mehrdeutigen Wortlaut die Vorwerfbarkeit ausschließt, sein Bewenden haben. Ebenso wenig relevant ist der entschuldigende Notstand, der im Ordnungswidrigkeitenrecht – anders als im Strafrecht (§ 35 StGB) – nicht gesetzlich fixiert wurde. Der Gesetzgeber ging wohl – mit Stimmen im Schrifttum⁴¹ – davon aus, dass jemand, der unter den Voraussetzungen des § 35 StGB einen Bußgeldtatbestand erfüllt, keinen Entschuldigungsgrund braucht, weil er bereits durch den rechtfertigenden Notstand (§ 16 OWiG) gerechtfertigt ist.

³³ S. BGHSt 21, 18 (20); instruktive Zusammenfassung bei Rengier, in: Senge (Fn. 4), § 11 Rn. 57 ff.

³⁴ S. dazu OLG Düsseldorf wistra 1990, 113; OLG Düsseldorf wistra 1992, 316; Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 17 Rn. 65.

³⁵ S. dazu Diemer, in: Diemer/Schatz/Sonnen (Hrsg.), Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 3 Rn. 1 ff.

³⁶ Str., wie hier Wessels/Beulke (Fn. 13), Rn. 410, anders z.B. Gürtler (Fn. 10), § 12 Rn. 12: „krankhafte seelische Störung“.

³⁷ Den Automatismus, eine Blutalkoholkonzentration von über 3,0 ‰ habe zwingend Schuldunfähigkeit zur Folge, erkennt die Rechtsprechung seit der Entscheidung BGHSt 43, 66 indessen nicht mehr an. Instrukтив dazu Rengier (Fn. 33), § 12 Rn. 20.

³⁸ Näheres bei Rönnau, JuS 2010, 300; auf den Punkt gebracht von Bohnert (Fn. 4), Rn. 78 f.

³⁹ § 122 OWiG ist auch Thema bei Mitsch (Fn. 11), Fall 3 (insb. Rn. 92 ff.).

⁴⁰ Zu ihm Theile, JuS 2006, 965.

⁴¹ Gürtler (Fn. 10), § 16 Rn. 16; wohl zu Recht kritisch Mitsch (Fn. 2), § 10 Rn. 22; Weber, ZStW 96 (1984), 376 (396).

2. Besonderheiten bei Unterlassen, Versuch und Fahrlässigkeit

a) Unterlassen

Manche Ordnungswidrigkeiten knüpfen ausdrücklich daran, dass der Täter etwas nicht tut, z.B. § 121 Abs. 1 Nr. 2 OWiG an das Unterlassen, bestimmte Vorsichtsmaßnahmen zu treffen. Solche Tatbestände nennt man echte Unterlassungsdelikte, sie bieten keine Besonderheiten.⁴²

Größere Probleme bereiten die unechten Unterlassungsdelikte, bei denen das im Gesetz beschriebene Handlungsmerkmal durch ein Unterlassen ersetzt wird.⁴³ Die prägnanteste⁴⁴ objektive Voraussetzung des Unterlassungsdelikts steht in § 8 OWiG: der Täter muss „rechtlich dafür einzustehen (haben), dass der Erfolg nicht eintritt.“ Es muss also einen Rechtsgrund geben, der ihn für die Verhinderung des Erfolges zuständig macht. Diese sog. Garantenstellung kann aus zweierlei Gründen entstehen: Erstens, weil man eine potentielle Gefahrenquelle überwachen muss. So ist etwa der Eigentümer einer industriellen Anlage dafür verantwortlich, dass von dieser keine Gefahren ausgehen.⁴⁵ Zweitens, weil man ein potentielles Opfer beschützen muss. Das kann im Gesetz angeordnet sein (z.B. haben Eltern nach § 1626 Abs. 1 BGB für ihre Kinder zu sorgen)⁴⁶ oder aus der tatsächlichen Übernahme der Schutzpflicht folgen (z.B. die Übernahme der Obhut per „Sitting-Vertrag“). Der subjektive Tatbestand des unechten Unterlassungsdelikts verlangt grundsätzlich Vorsatz (§ 10 OWiG), der neben den objektiven Tatbestandsmerkmalen der Ordnungswidrigkeit die besonderen Voraussetzungen des Unterlassens erfassen muss.⁴⁷ Dazu noch

Beispiel 10: Weil Sommer ist, hat Hundehalter H seinen Dackel über Nacht im Garten festgebunden. Als es in Strömen zu regnen anfängt, steht dem Tier der Sinn nach seinem Stamplatz im Haus. Deswegen bellt und jault es und erzeugt einen Geräuschpegel, der die Nachbarschaft um den Schlaf bringt. H ist sich bewusst, dass er lediglich aufstehen und den Hund ins Haus lassen müsste, um den Lärm zu beenden. Er weiß zudem, dass er als Eigentümer dazu verpflichtet wäre. Dennoch sieht er davon ab und stopft sich „Oropax“ in die Ohren. Während sein Hund die ganze Nacht bellt, träumt H selig vor sich hin.

Nicht H hat die störenden Geräusche erzeugt, sondern sein Hund, und zwar in einem Ausmaß, der geeignet war, die

Nachbarschaft erheblich zu belästigen (§ 117 Abs. 1 OWiG). § 8 OWiG erlaubt, daran anzuknüpfen, dass H es unterlassen hat, das Gebell zu unterbinden und den Hund ins Haus zu holen. H war als Eigentümer des Hundes Garant für das Ausbleiben des Lärms, denn als Eigentümer des Hundes war er verpflichtet, ihn zu überwachen und dafür zu sorgen, dass das Tier der Nachbarschaft nicht den Schlaf raubt.⁴⁸ H handelte vorsätzlich mit Blick auf die objektiven Voraussetzungen des § 117 Abs. 1 OWiG und die besonderen Unterlassungsvoraussetzungen, insbesondere wusste er um seine Garantenpflicht als Eigentümer. Weil er rechtswidrig und vorwerfbar handelte, muss er mit einem Bußgeld rechnen.

b) Versuch

Beispiel 11: E, Ehefrau des im Gefängnis einsitzenden X, will ihrem Liebsten ein Handy ins Gefängnis schmuggeln. Sie weiß, dass Handys in Gefängnissen verboten sind. Am Besuchstag versteckt sie das Telefon geschickt in ihrer Unterwäsche und schafft es, die übliche Leibesvisitation unbehelligt zu überstehen. Gerade als sie ihrem Mann das Telefon im Besuchszimmer übergeben will, stürmt ein aufmerksamer Justizvollzugsbeamter heran und zieht das Telefon ein.

Eigentlich ist ja nichts Schlimmes passiert, denn das Handy wurde früh genug abgefangen. Die Tat war nicht vollendet. Dennoch kann das Verhalten der E geahndet werden, denn es gibt § 115 OWiG, der zu den wenigen Ordnungswidrigkeiten gehört,⁴⁹ die auch den Versuch der Tat mit Geldbuße bedrohen (§§ 13 Abs. 2, 115 Abs. 3 OWiG).

Wie aus dem Strafrecht bekannt, prüft man die versuchte Tat nach dem bewährten Grundschemata Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Vorwerfbarkeit. Innerhalb des Tatbestandes findet sich allerdings eine kleine Abweichung:⁵⁰ In der Reihenfolge, die die Formulierung des § 13 Abs. 1 OWiG vorgibt, ist zunächst die „Vorstellung von der Tat“ zu prüfen. Damit sind die Merkmale gemeint, die oben⁵¹ unter dem Stichwort „Subjektiver Tatbestand“ vorgestellt wurden. Erst danach erörtert man den objektiven Tatbestand, also nach dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 OWiG, ob der Täter „zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt hat“. Zur Konkretisierung dieser Voraussetzung sei auf die strafrechtliche Literatur verwiesen.⁵² In dem Beispiel kann das Verhalten der E gemäß §§ 115 Abs. 3, 13 Abs. 1 und 2 OWiG als versuchter Verkehr mit Gefangenen geahndet werden: Sie hatte den Vorsatz, dem Gefangenen X unbefugt eine Sache zu übermitteln, nämlich das Handy. Spätestens mit dem Herausholen des Handys setzte sie zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar an, denn die Übermittlung des Geräts stand zu diesem

⁴² S. dazu Mitsch (Fn. 2), § 11 Rn. 6 m.w.Bsp.

⁴³ Vertiefend die Beiträge von Ransiek, JuS 2010, 490, 585, 687.

⁴⁴ Zu den weiteren besonderen Voraussetzungen Bohnert (Fn. 4), Rn. 100 ff.; Gürtler (Fn. 10), § 8 Rn. 4.

⁴⁵ S. dazu auch Bohnert (Fn. 1), § 8 Rn. 11. Zu diesen Gefahrenquellen zählt auch die eigene Person des Täters, sodass sie Fälle der sog. Ingerenz einschließen; näher Freund, in: Joecks/Miebach (Fn. 34), § 13 Rn. 101.

⁴⁶ Zur Pflicht der Eltern, dafür zu sorgen, dass ihre Kinder der Anschnallpflicht genügen Rengier (Fn. 33), § 11 Rn. 27.

⁴⁷ S. Bohnert (Fn. 1), § 11 Rn. 27.

⁴⁸ S. dazu auch OLG Düsseldorf NVwZ 1989, 94.

⁴⁹ Weitere Bsp. bei Rengier (Fn. 33), § 13 Rn. 4 ff.

⁵⁰ S. Mitsch (Fn. 2), § 12 Rn. 7.

⁵¹ Punkt 1. a) bb).

⁵² Etwa Putzke, JuS 2009, 985; Wessels/Beulke (Fn. 13), Rn. 599.

Zeitpunkt unmittelbar bevor. Rechtswidrigkeit und Vorwerfbarkeit sind gegeben.

Beispiel 12: Wie zuvor, nur kommen E, als sie das Handy schon in der Hand hat, Gewissensbisse. Sie steckt das Handy unbemerkt wieder ein und nimmt es zurück mit nach Hause.

Wenn man § 13 OWiG weiter liest, stößt man auf die Absätze 3 und 4. Diese sehen vor, dass der Versuch nicht geahndet wird, wenn der oder die Täter es sich, nachdem sie die Schwelle des unmittelbaren Ansetzens überschritten haben, noch einmal anders überlegen und vom Versuch zurücktreten. Den Rücktritt erörtert man nach der Vorwerfbarkeit. E kommt die Regelung hier zugute, denn sie hat freiwillig die weitere Ausführung ihres Planes aufgegeben und ist gemäß § 13 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 OWiG zurückgetreten. Ihr Verhalten kann nicht geahndet werden.⁵³

c) Fahrlässigkeit

Erste Frage: Darf man jemanden wegen der fahrlässigen Verwirklichung des § 118 Abs. 1 OWiG belangen? Die einzige Norm, die grundsätzlich etwas zur Fahrlässigkeit sagt, ist § 10 OWiG. Ohne zu wissen, was „Fahrlässigkeit“ im Einzelnen bedeutet, kann man mit seiner Hilfe die Frage beantworten, denn § 118 OWiG als das „Gesetz“ bedroht fahrlässiges Handeln nicht mit Geldbuße, sodass die fahrlässige Verwirklichung des § 118 Abs. 1 OWiG nicht geahndet werden darf. Normen wie der § 118 Abs. 1 OWiG sind im Ordnungswidrigkeitenrecht die Ausnahme, denn die meisten Tatbestände sehen für fahrlässiges Handeln Geldbuße vor. Dass die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit wichtig ist, zeigt § 17 Abs. 2 OWiG, der anordnet, dass fahrlässiges Handeln im Höchstmaß nur mit der Hälfte der angedrohten Geldbuße geahndet werden kann.⁵⁴

Beispiel 13: X macht eine gemütliche Spritztour mit seinem Auto. Weil er während der Fahrt eine flotte CD auswechselt, merkt er nicht, dass er an einer schilderlosen Kreuzung dem von rechts kommenden Motorrollerfahrer M die Vorfahrt nimmt und fast einen Unfall verursacht. Die Polizisten P und O haben den Vorgang beobachtet, fahren hinter X her und halten ihn bei nächster Gelegenheit an.

§ 24 StVG i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 8 StVO hat zur Voraussetzung, dass der Täter gegen eine Vorschrift über die Vorfahrt nach § 8 StVO verstößt. Das hat X getan, denn er hätte dem M gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 StVO an der Einmündung Vorfahrt gewähren müssen. Des Weiteren ist Vorsatz oder Fahrlässigkeit vonnöten. Weil X sein Fehlverhalten nicht bemerkte, kommt nur Fahrlässigkeit in Betracht. Fahrlässigkeit setzt – grob gesagt⁵⁵ – zweierlei voraus: Der Täter muss objektiv die

im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lassen (objektive Sorgfaltspflichtverletzung).⁵⁶ Diesen Aspekt erörtert man im Tatbestand. Zum anderen muss der Täter nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten in der Lage sein, die Sorgfaltspflicht zu erfüllen (subjektive Sorgfaltspflichtverletzung). Das gehört – aufgepasst! – in die Vorwerfbarkeit.⁵⁷ In dem Beispiel besteht die objektive Sorgfaltspflichtverletzung des X darin, dass er während der Fahrt seinen CDs Aufmerksamkeit schenkte, anstatt auf die Verkehrssituation zu achten. Genau diese Sorgfaltspflichtverletzung hat zu dem Verstoß gegen § 8 Abs. 1 S. 1 StVO geführt, denn hätte X sich nicht abgelenkt, wäre ihm die Einmündung aufgefallen. Davon, dass er subjektiv fähig war, die Sorgfaltspflicht zu erfüllen, ist mangels anderer Angaben im Sachverhalt auszugehen. Also hat er eine Ordnungswidrigkeit nach § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 8, 8 Abs. 1 S. 1 StVO begangen und ein Bußgeld zu befürchten.

Der Regelfall der Fahrlässigkeit ist, dass der Täter unbewusst handelt, also gar nicht merkt, dass er sich sorgfaltswidrig verhält. Das muss aber nicht sein. Es gibt – jedenfalls nach h.M.⁵⁸ – auch den bewusst fahrlässig handelnden Täter, der das Risiko, in das er sich begibt, wahrnimmt. Vom Täter, der bedingt vorsätzlich handelt,⁵⁹ unterscheidet ihn, dass er sich nicht mit der möglichen Verwirklichung des Tatbestandes abfindet, sondern darauf vertraut, dass sich die Möglichkeit nicht bewahrheiten werde.⁶⁰

Beispiel 14: Z befindet sich auf dem Gemeindefest. Er hat schon ein paar Bier intus, als ihm einfällt, dass er noch verabredet ist. Zwar bemerkt Z die ersten Anzeichen einer Alkoholisierung, ist aber davon überzeugt, den sanktionierten Promillebereich noch nicht erreicht zu haben. Z gerät mit seinem Fahrzeug in eine allgemeine Verkehrskontrolle. Ein Sachverständiger ermittelt bei ihm eine Blutalkoholkonzentration von 0,63 ‰ zur Tatzeit.

Dies ist ein Fall der bewussten Fahrlässigkeit, der nur mit der Hälfte des angedrohten Bußgelds geahndet werden darf (§ 17 Abs. 2 OWiG).

Gelegentlich findet man Ordnungswidrigkeiten, die nicht fahrlässiges, sondern leichtfertiges (inhaltsgleich: grob fahrlässiges) Handeln verlangen (etwa: §§ 378-381 AO). Leichtfertigkeit zeichnet sich gegenüber der „normalen“ Fahrlässigkeit darin aus, dass die gebotene Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße missachtet wird.⁶¹

⁵³ Instrukтив zum Rücktritt *Putzke*, ZJS 2011, 522 (524 f.).

⁵⁴ Dazu Teil 2 I. 1.

⁵⁵ Zu den Einzelheiten *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 222 Rn. 4 ff.; *Kaspar*, JuS 2012, 16.

⁵⁶ Dabei ist § 276 Abs. 2 BGB als gesetzlicher Anknüpfungspunkt heranzuziehen, s. *Hardtung* (Fn. 55), § 222 Rn. 9.

⁵⁷ BGHSt 40, 341 (348); *Hardtung* (Fn. 55), § 222 Rn. 60.

⁵⁸ Anders die sog. Möglichkeitstheorie, dargestellt und kritisiert etwa bei *Roxin* (Fn. 28), § 12 Rn. 41 ff.

⁵⁹ Dazu oben Punkt 1. a) bb) (1) a).

⁶⁰ RGSt 56, 343 (349); 58, 130 (134); *Lackner/Kühl* (Fn. 30), § 15 Rn. 35.

⁶¹ S. *Wessels/Beulke* (Fn. 13), Rn. 662.

3. Besonderheiten bei Beteiligung und Handeln für einen anderen

a) Beteiligung

Zunächst drei Beispiele:

Beispiel 15: X und Y musizieren bei offenem Fenster mit Gitarre und Schlagzeug. Wäre jedes Instrument allein für die Nachbarschaft noch erträglich, übersteigt der von beiden zusammen erzeugte Lärm die Grenze des § 117 Abs. 1 OWiG. Dass sie die Anwohner mit ihrer Musik zur Weißglut treiben, nehmen X und Y billigend in Kauf.⁶²

Beispiel 16: A, B und C sitzen zusammen und unterhalten sich über Mutproben. A sagt zu B: „Ich wette, du traust dich nicht, innerhalb geschlossener Ortschaft über 100 km/h schnell zu fahren.“ B, der vorher an derartigen „Schabernack“ nicht gedacht hatte, schlägt ein. C stellt sein Auto zur Verfügung. Es kommt, wie es kommen muss: B wird während seiner Fahrt innerhalb geschlossener Ortschaft mit einer Geschwindigkeit von 103 km/h geblitzt.

Beispiel 17: Asylbewerber P wohnt in einem Asylbewerberheim. Er weiß, dass er laut § 56 Abs. 1 AsylVfG den Stadtbezirk nicht verlassen darf. Dennoch lässt er sich ein einziges Mal überreden, mit dem Auto zu einer Diskothek zu fahren, die außerhalb seiner räumlichen Beschränkung liegt. In den frühen Morgenstunden kehrt er wohlbehalten zurück. Sein Zimmergenosse S hat den Ausflug des P mitbekommen. Von der Ausländerbehörde befragt, versichert S, P habe die ganze Nacht im Bett gelegen.

Für die Konstellation, dass an einer Ordnungswidrigkeit mehrere Personen beteiligt sind, hat der Gesetzgeber sich im Ordnungswidrigkeitenrecht für das Einheitstätersystem entschieden. Alle sollen Täter sein, unabhängig davon, welches Ausmaß ihr jeweiliger Beitrag hat. In diesem Punkt besteht ein wesentlicher Unterschied zum Strafrecht, das formal zwischen Tätern (§ 25 StGB) und Teilnehmern (Anstifter und Gehilfen, §§ 26 und 27 StGB) unterscheidet. Die damit verbundenen Abgrenzungsprobleme sollten aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht herausgehalten werden.⁶³ Leider ist dieser Plan nicht geglückt, denn ohne die strafrechtlichen Kategorien von Täterschaft und Teilnahme kommt das Einheitstäterprinzip nicht aus.⁶⁴ Laut § 14 Abs. 2 OWiG ist Voraussetzung der Beteiligung, dass ein Bußgeldtatbestand rechtswidrig verwirklicht wird. Personen, die als Beteiligte nach § 14 OWiG haften sollen, müssen zu dieser Tatbestandsverwirklichung vorsätzlich⁶⁵ einen Beitrag leisten, der so geartet sein muss, dass er – und jetzt kommt es! – im Strafrecht Mittäter-

schaft⁶⁶, Anstiftung oder Beihilfe begründen würde. Dass diese strafrechtlichen Kategorien ins Ordnungswidrigkeitenrecht gezogen werden müssen, ist anerkannt, denn sonst gäbe es Wertungswidersprüche zwischen den Rechtsgebieten, die man nicht hinnehmen will.⁶⁷

Zur groben Erläuterung: Der Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) begeht die Tat mit anderen gemeinschaftlich, der Anstifter weckt im Täter den Tatentschluss, der Beihelfer (oder besser: Gehilfe) fördert die Tat.⁶⁸ Denkbar ist die Beteiligung in zwei Varianten. Entweder verwirklicht keiner der möglichen Beteiligten durch sein Verhalten allein den Tatbestand, alle zusammen hingegen schon; oder ein Beteiligter verwirklicht den Tatbestand allein und schafft so die Voraussetzung, dass das Verhalten der anderen, das den Tatbestand nicht erfüllt, ahndbar wird.⁶⁹ Zur Verdeutlichung wollen wir das Ganze an den Beispielen erproben:

Zu Beispiel 15: Weder das Gitarrenspiel des X noch das Schlagzeugspiel des Y erreichen allein die tatbestandliche Qualität des § 117 Abs. 1 OWiG, ihre Beiträge zusammen hingegen schon. Beide handeln vorsätzlich, rechtswidrig und vorwerfbar. Im Strafrecht wären sie Mittäter, im Ordnungswidrigkeitenrecht sind sie einfach Täter des § 117 Abs. 1 OWiG.

Zu Beispiel 16: B hat die Ordnungswidrigkeit des § 24 StVG i.V.m. §§ 49 Abs. 1 Nr. 3, 3 Abs. 3 StVO tatbestandsmäßig, rechtswidrig und vorwerfbar verwirklicht. A hat sich daran beteiligt, denn er hat B vorsätzlich auf die Idee gebracht, also seinen Tatentschluss hervorgerufen. Aus strafrechtlicher Sicht wäre er Anstifter. Und auch C ist Beteiligter, hat er doch durch die Zurverfügungstellung seines Fahrzeug die Fahrt des B ermöglicht. Ihm würde man im Strafrecht die Rolle des Gehilfen zuweisen. A, B und C sind also Beteiligte und demgemäß nach § 14 Abs. 1 S. 1 OWiG Täter der Ordnungswidrigkeit. Alle drei müssen mit einem Bußgeldbescheid rechnen.

Zu Beispiel 17: P ist Täter des § 86 Abs. 1 AsylVfG, denn er hat seine räumliche Beschränkung mit der Fahrt in die Diskothek vorsätzlich, rechtswidrig und vorwerfbar missachtet und damit der Vorschrift des § 56 Abs. 1 AsylVfG zuwidergehandelt. Problematisch ist das Verhalten des S, der dem P, nachdem dieser wieder zuhause angekommen war, ein Alibi gegeben hat. Erinnern wir uns an die Regel: Beteiligter kann nur sein, wer einen Beitrag erbringt, der ihn strafrechtlich gedacht als Täter oder Teilnehmer der Ordnungswidrigkeit qualifiziert. In Betracht kommt Beihilfe. Weil der Beitrag des S jedoch nicht das Begehen der eigentlichen Ordnungswidrigkeit gefördert hat, sondern dem P erst nach Beendigung der Tat⁷⁰ zugutekam, sind deren Anforderungen

⁶² Ein ähnliches Bsp. findet sich bei *Mitsch*, NZV 2011, 281 (282).

⁶³ S. *Gürtler* (Fn. 10), § 14 Rn. 1.

⁶⁴ Dazu *Bohnert* (Fn. 1), § 14 Rn. 3 ff.

⁶⁵ Anderenfalls kommt nur fahrlässige Nebentäterschaft in Betracht, s. *Rengier* (Fn. 33), § 14 Rn. 5.

⁶⁶ Auf Fälle der mittelbaren Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) ist § 14 OWiG nicht anwendbar, diese stellt eine von § 14 OWiG unabhängige Täterschaftsform dar, s. BGHSt 31, 309; *Bohnert* (Fn. 4), Rn. 109; *Rengier* (Fn. 33), § 14 Rn. 87.

⁶⁷ S. BGHSt 31, 309 (312); *Gürtler* (Fn. 10), § 14 Rn. 5c.

⁶⁸ Näheres bei *Wessels/Beulke* (Fn. 13), Rn. 504 ff.

⁶⁹ S. auch *Bohnert* (Fn. 4), Rn. 107, 111.

⁷⁰ Beendigung meint den Zeitpunkt, in dem das Unrecht seinen Abschluss gefunden hat; er ist abzugrenzen von dem der

nicht erfüllt.⁷¹ Daher kommt eine Beteiligung i.S.d. § 14 nicht in Betracht. Das Verhalten des S kann nicht geahndet werden.

Beispiel 18: G befindet sich auf einer Party und weiß nicht, wie er nach Hause kommen soll. Er bittet K, ihn mit dem PKW nach Hause zu fahren. K willigt ein. G merkt, dass K wegen einiger alkoholischer Getränke nicht mehr fahren dürfte. K selber ist der festen Überzeugung, er habe so viel Alkohol abgebaut, dass er unter die kritische Promillegrenze gerutscht sei. Die beiden geraten auf ihrer Fahrt in eine Polizeikontrolle. Bei K wird eine Blutalkoholkonzentration von 0,7 ‰ ermittelt (§ 24a Abs. 1, Abs. 3 StVG).⁷²

Im Gegensatz zu den Ordnungswidrigkeiten der letzten Fälle handelt es sich bei der des K nicht um eine Vorsatz-, sondern eine Fahrlässigkeitstat, weil er seine Alkoholisierung – pflichtwidrig – nicht wahrhaben wollte. Da G den K auf die Idee gebracht hat zu fahren, stellt sich die Frage, ob sein Verhalten als Beteiligung an der Fahrlässigkeitstat geahndet werden kann. Der Wortlaut des § 14 Abs. 1 und 2 OWiG steht nicht entgegen, denn dort steht nichts von einer vorsätzlichen Verwirklichung des Tatbestandes;⁷³ dennoch weigern die meisten sich, Fahrlässigkeitstaten im Beteiligungsbereich anzuerkennen.⁷⁴ Die Begründung verweist auf die Rechtslage im Strafrecht: Weil dort nur die Beteiligung an Vorsatztaten strafbar sei, müsse das im weniger einschneidenden Ordnungswidrigkeitenrecht erst recht gelten. Auf der Grundlage der h.M. hat G also nichts zu befürchten.

Beispiel 19: Wie Beispiel 15 (Schlagzeug und Gitarre), nur dass X wegen einer Geisteskrankheit nicht vorwerfbar handelt (§ 12 Abs. 2 OWiG).

Gegen X darf kein Bußgeld ergehen, weil bei ihm nicht alle Voraussetzungen der Ordnungswidrigkeit erfüllt sind. Es fehlt die Vorwerfbarkeit. Den gesunden Y kann die Geisteskrankheit des X nicht entlasten, denn gemäß § 14 Abs. 3 S. 1 OWiG wird die Möglichkeit der Ahndung bei ihm nicht ausgeschlossen, wenn sein Mitbeteiligter unvorwerfbar gehandelt hat.

Beispiel 20: Z ist Betreiber einer Abfallbeseitigungsanlage, Schwiegersohn W ist sein Assistent. Weil sich in der Anlage mehrere Unfälle ereignet haben, hat die zuständige Überwachungsbehörde einen Besuch angekündigt. Z

formalen Vollendung der Tat, in dem alle Tatbestandsvoraussetzungen verwirklicht sind. S. dazu BGHSt 3, 40 (43 f.); Lackner/Kühl (Fn. 30), Vor § 22 Rn. 2.

⁷¹ S. Rengier (Fn. 33), § 14 Rn. 25.

⁷² S. auch Mitsch (Fn. 2), § 13 Rn. 53.

⁷³ Dies betont – m.E. kaum angreifbar – Mitsch (Fn. 2), § 13 Rn. 53 ff. und NZV 2011, 281 (284), der für eine Einbeziehung plädiert.

⁷⁴ Dazu zählen beispielsweise BGHSt 31, 309; Kleszczewski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2010, Rn. 423; Rengier (Fn. 3), § 14 Rn. 5 ff.

ist sich darüber im Klaren, dass nicht alle Sicherheitsstandards eingehalten wurden. Er fragt W, was man unternehmen soll, der ihm den Rat gibt, die Betriebsunterlagen zu manipulieren. Z befolgt den Rat.

Z hat die Voraussetzungen der Ordnungswidrigkeit des § 61 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG erfüllt, denn wegen der Manipulation der Betriebsunterlagen hat er als Betreiber einer Abfallbeseitigungsanlage eine Auskunft vorsätzlich, rechtswidrig und vorwerfbar nicht richtig erteilt. Ihm droht ein Bußgeldbescheid. Bei W ist die Sachlage nicht ganz so einfach. Zwar hat er mit der „Anstiftung“ einen tauglichen Beitrag erbracht. Jedoch fehlt ihm eine Eigenschaft, die man als tauglicher Täter der §§ 61 Abs. 2 Nr. 3, 40 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG haben muss: das Merkmal „Betreiber einer Verwertungs- oder Abfallbeseitigungsanlage“. W allein kann die Ordnungswidrigkeit also nicht begehen. Merkmale wie „Betreiber“, also besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände, nennt das Gesetz in § 9 Abs. 1 OWiG besondere persönliche Merkmale.⁷⁵ Dass auch Personen Beteiligte einer Ordnungswidrigkeit sein können, denen ein solches persönliches Merkmal fehlt, steht in § 14 Abs. 1 S. 2 OWiG. Also kann auch Nichtbetreiber W mit einem Bußgeldbescheid belegt werden.

b) Handeln für einen anderen

Beispiel 21 wandelt Beispiel 20 ab:

Beispiel 21: Z ist offiziell Betreiber der Abfallbeseitigungsanlage. Faktisch kümmert er sich aber nicht mehr darum, sondern macht sich ein schönes Leben auf Mallorca. Sein Schwiegersohn ist mit der Geschäftsleitung beauftragt und manipuliert die besagten Unterlagen.

Wieder ist das persönliche Merkmal der Anlagenbetriebschaft Dreh- und Angelpunkt des Falles: § 61 Abs. 2 Nr. 3 und § 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG richten sich eigentlich an Z. Der hat aber nichts gemacht, weil er auf Mallorca sein Leben genießt. Es bleibt W als möglicher Bußgeldadressat, dem aber das Merkmal „Betreiber“ fehlt. Der in dem vorigen Beispiel einschlägige § 14 Abs. 1 S. 2 OWiG greift nicht, weil er voraussetzt, dass mindestens eine beteiligte Person alle Voraussetzungen der Ordnungswidrigkeit erfüllt. Somit scheint eine Lücke zu klaffen. Das hat der Gesetzgeber gesehen und § 9 OWiG eingerichtet, der im Falle von Vertretung oder Beauftragung die besonderen persönlichen Merkmale des Vertretenen oder Auftraggebers dem Vertreter oder Beauftragten zurechnet. In dem Beispiel passt § 9 Abs. 2 Nr. 1 OWiG, denn W ist beauftragt, die Abfallbeseitigungsanlage zu leiten. § 61 Abs. 2 Nr. 3 KrW-/AbfG ist damit auf W anzuwenden, weil das Merkmal „Betreiber einer Abfallbeseitigungsanlage“ zwar nicht bei ihm, wohl aber bei Z vorliegt. Weil W Auskünfte vorsätzlich, rechtswidrig und vorwerfbar nicht richtig erteilt hat, kann gegen ihn ein Bußgeldbescheid ergehen.

⁷⁵ Zur Parallelproblematik des § 14 StGB instruktiv Schmucker, ZJS 2011, 30.

Die verschiedenen Sperrklauseln im Wahlrecht auf dem Prüfstand

Von Prof. Dr. Urs Kramer, cand. iur. Vanessa Bahr, Passau*

Das deutsche Wahlrecht kennt Sperrklauseln auf der Bundes-, Landes- und auf kommunaler Ebene sowie bei der (deutschen Teil-)Wahl zum Europäischen Parlament. Grund für die Einführung dieser Klauseln waren negative Erfahrungen in der Weimarer Republik, wo das Fehlen eines solchen Korrektivs¹ zum Einzug zahlreicher teilweise extremer Parteien und damit zur Zersplitterung der Volksvertretung führte. Diese behinderte wiederum die Bildung stabiler Mehrheiten und schränkte die Funktionsfähigkeit des Parlamentes ein.² Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Sperrklauseln bedarf nach den jüngsten Verfassungsgerichtsentscheidungen allerdings einer differenzierten Beantwortung.

I. Die Sperrklausel auf Bundes- und Landtagsebene

Für die Wahlen zum Deutschen Bundestag gemäß § 6 Abs. 6 Bundeswahlgesetz (BWahlG) – und in ähnlicher Weise zu den einzelnen Landtagen, auf die wegen dieser Parallelität nachfolgend nicht sehr viel näher eingegangen wird – gilt eine Fünf-Prozent-Sperrklausel. Diese Hürde, die durch die so genannte Grundmandatsklausel des § 6 Abs. 5 BWahlG überwunden werden kann und Parteien nationaler Minderheiten nicht erfasst, wird grundsätzlich für verfassungsgemäß erachtet.³ Das Gleiche gilt für entsprechende Sperrklauseln auf Landesebene. So verstößt beispielsweise die in Art. 14 Abs. 4 Bayerische Verfassung (BV) normierte Sperrklausel für Landtagswahlen nicht gegen andere Normen der BV.⁴ Dabei kommt es durch die Sperrklauseln zu folgender Durchbrechung der Wahlrechtsgleichheit: Vergleicht man die abgegebenen Stimmen für die letztlich in der Sitzvergabe nicht berücksichtigten Parteien mit den Stimmen, die für die berücksichtigten Parteien abgegeben wurden, so haben sie zwar den gleichen Zählwert, erstere jedoch keinen Erfolgswert. Für die Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung wird dann aber darauf abgestellt, dass die Abwehr staatspolitischer

Gefahren als zwingender sachlicher Grund dient. Insbesondere bestünde anderenfalls die Gefahr, dass die Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung bedroht wäre, wenn zu viele kleine und kleinste Parteien zu einer Zersplitterung des Legislativorgans führten und damit die Regierungsbildung (die so genannte „Kreationsfunktion“ der Volksvertretung) sowie die Mehrheitsfindung im Parlament gefährdeten. Letztlich gelingt mit dieser Argumentation dann auch im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit als „Schranken-Schranke“ die Rechtfertigung der Sperrklausel für Wahlen zum Bundes- oder Landtag.

Anders fielen allerdings die jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) bezüglich der Sperrklauseln auf kommunaler und auf „europäischer“ Ebene aus. Aus welchen Gründen die Verfassungsmäßigkeit gerade dieser Sperrklauseln zu verneinen ist, soll daher im Folgenden anhand der betreffenden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen nachvollzogen werden.

II. Die kommunale Sperrklausel⁵

Das Gemeinde- und Kreiswahlgesetz Schleswig-Holstein (GKWG)⁶ enthielt eine Sperrklausel in § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG. Dieser Paragraph lautete: „An dem Verhältnisausgleich⁷ nimmt jede politische Partei oder Wählergruppe teil, für die ein Listenwahlvorschlag aufgestellt und zugelassen worden ist, sofern für sie mindestens eine unmittelbare Vertreterin oder ein unmittelbarer Vertreter gewählt worden ist oder sofern sie insgesamt mindestens 5 v.H. der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erzielt hat.“

Die Landtagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen brachte im Jahr 2006 einen Gesetzentwurf zur Abschaffung der Fünf-Prozent-Sperrklausel in § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG in den Landtag ein, der dort jedoch am 13.12.2006 mit Stimmenmehrheit abgelehnt wurde.

Mit ihrem beim BVerfG eingelegten Antrag auf Durchführung eines Landesorganstreitverfahrens rügte die Partei Bündnis 90/Die Grünen die Verletzung ihrer Rechte aus Art. 3 Abs. 1 Verfassung Schleswig-Holstein (SHV) und aus Art. 21 Abs. 1 Grundgesetz (GG). Art. 3 Abs. 1 SHV bestimmt ähnlich wie Art. 38 Abs. 1 S. 1 und in Übereinstim-

* Der *Erstautor* ist Lehrprofessor für Öffentliches Recht am Institut für Rechtsdidaktik der Universität Passau. Die *Zweitautorin* ist stud. Hilfskraft des *Erstautors*.

¹ Zwar gab es im Reichstagswahlssystem Hürden („lokale Sperrhürden“), nach denen Sitze nur an solche Parteien verteilt wurden, die in einem Wahlkreis bzw. in einem Wahlkreisverband eine gewisse Zahl an Stimmen erhalten hatten; vgl. §§ 30, 31 Reichswahlgesetz v. 27.4.1920, abrufbar unter <http://www.verfassungen.de/de/de19-33/reichswahl20.htm> (zuletzt abgerufen am 20.3.2012). Diese faktische Sperrklausel reichte jedoch nicht aus, um eine hohe Anzahl von Parteien im Reichstag zu verhindern (zur Parteienvielfalt im Reichstag vgl. *Falter u.a.*, Wahlen und Abstimmungen in der Weimarer Republik, 1986).

² S. dazu *Schreiber*, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl. 2002, § 6 Rn. 16.

³ So die ständige Rechtsprechung des BVerfG seit BVerfGE 1, 208 (247 ff.), zuletzt bestätigt in BVerfG, Beschl. v. 18.10.2011 – 2 BvC 8/11.

⁴ BayVerfGH, Entsch. v. 18.7.2006 – Vf. 9-VII-04.

⁵ BVerfG NVwZ 2008, 407 = BVerfGE 120, 82; dazu *Groth*, NordÖR 2008, 117; *Krajewski*, DÖV 2008, 345.

⁶ Diese Sperrklausel fand sich in der alten Fassung des GKWG (v. 19.3.1997, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1.2.2005, GVBl. S. 57). Nach der hier vorgestellten Entscheidung des BVerfG wurde das Gesetz angepasst, so dass § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG nun keine Sperrklausel mehr enthält (vgl. hierzu GKWG v. 19.3.1997, zuletzt geändert durch Gesetz v. 16.9.2009, GVBl. S. 572).

⁷ Der so genannte Verhältnisausgleich tritt in Schleswig-Holstein bei Kommunalwahlen (als eine Art Korrektiv) neben die nach dem System der Mehrheitswahl vergebene größere Zahl der Mandate und wird nach dem d'Hondt'schen Höchstzahlenverfahren aus den Listenwahlvorschlägen ermittelt.

mung mit Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG: „Die Wahlen zu den Volksvertretungen im Lande, in den Gemeinden und Gemeindeverbänden und die Abstimmungen sind allgemein, unmittelbar, frei, gleich und geheim“.

Zu klären waren vom BVerfG die Erfolgsaussichten des am 4.4.2007 gestellten Antrages der Partei Bündnis 90/Die Grünen,⁸ der dazu zulässig und begründet sein musste.

1. Zulässigkeit des Antrages auf ein Landesorganstreitverfahren

Der Antrag auf Durchführung eines Landesorganstreitverfahrens war zulässig, wenn die entsprechenden Vorgaben erfüllt waren. Maßgeblich waren bzw. sind insoweit die Art. 59c SHV, 93 Abs. 1 Nr. 5,⁹ 99 GG, die §§ 13 Nr. 10, 73 ff. BVerfGG sowie ergänzend die §§ 64 ff. BVerfGG für das Bundesorganstreitverfahren, die in Ermangelung speziellerer (landes-)rechtlicher Vorgaben sinngemäß auch für Organstreitigkeiten innerhalb eines Landes, über die das BVerfG zu befinden hat, gelten.¹⁰

a) Zuständigkeit des BVerfG

Die Zuständigkeit des BVerfG als Landesverfassungsgericht (LVerfG) folgte damals als Unikat aus Art. 59c SHV – „Für Landesverfassungsstreitigkeiten verbleibt es bis zur Errichtung des LVerfG bei der Zuständigkeit des BVerfG“ – und Art. 99 GG. Die Errichtung eines eigenen LVerfG für Schleswig-Holstein ist nämlich erst zum 1.5.2008 und damit nach der Entscheidung dieses Falles erfolgt.¹¹

⁸ Im konkreten Fall war dem Antrag die nicht im Landtag vertretene Partei Die Linke beigetreten. Deren Antrag war analog § 65 Abs. 1 BVerfGG (vgl. BVerfGE 20, 18 [24]) als Verfahrensbeirrit einer von der Norm künftig möglicherweise ebenfalls betroffenen Partei (dazu noch näher im Folgenden) zulässig und letztlich auch begründet, demnach also ebenfalls erfolgreich; er bleibt hier aber unberücksichtigt. Diese Partei hatte übrigens zuvor bereits selbst einmal ein derartiges Verfahren angestrengt, war damals jedoch an der Frist des § 73 Abs. 2 BVerfGG (s. insoweit noch unten) gescheitert: BVerfGE 107, 286.

⁹ Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG ist auch gegenüber der nachfolgenden Nr. 5 subsidiär und kommt nur zur Anwendung, wenn keine andere Norm (also etwa auch nicht Art. 99 GG) eingreift; vgl. nur Maunz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Stand: 2011, Art. 93 Rn. 60.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 27, 44 (51); 60, 53 (63).

¹¹ Vgl. Art. 44 SHV i.d.F. des Gesetzes v. 17.10.2006, GVOBl. S. 220. Dort sowie – in Ausführung der Verfassungsaufträge nach Art. 3 Abs. 4 sowie nach Art. 41 Abs. 4 und Art. 42 Abs. 5 SHV – im Landeswahlgesetz und im Volksabstimmungsgesetz sind die Zuständigkeiten des LVerfG geregelt. Dazu gehört nun auch das Organstreitverfahren über die Auslegung der Landesverfassung aus Anlass von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten des Landtages oder der Landesregierung oder anderer Beteiligten, die durch die Landesverfassung oder die Geschäftsordnung des Landtages mit eigenen Rechten ausgestattet sind (Art. 44 Abs. 2

b) Beteiligtenfähigkeit

Beteiligtenfähig in Organstreitverfahren sind laut § 73 Abs. 1 BVerfGG „die obersten Organe des Landes und ihre durch die Landesverfassung oder die Geschäftsordnung eines obersten Landesorgans mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile“.

aa) Hier ist kein klassisches oberstes Landes(-staats-)organ oder ein Teil davon als Antragstellerin aktiv geworden, sondern die Partei Bündnis 90/Die Grünen.¹² Die Beteiligtenfähigkeit der Parteien ist in Organstreitverfahren grundsätzlich problematisch. Ebenso wie beim Bundesorganstreit (vgl. dort § 63 BVerfGG) zählen sie nach Ansicht des BVerfG jedoch im Hinblick auf die Vorgaben der Verfassung zur Zusammensetzung der Parlamente zu den insoweit antragsberechtigten und hier ungenannten „anderen Beteiligten“, da ihnen das Grundgesetz in Art. 21 Abs. 1 GG als „am Verfassungsleben Beteiligten“ eigene Rechte (auf Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes) einräumt.¹³ Aus Art. 3 Abs. 1 SHV folgt zudem das auch zu ihren Gunsten wirkende Recht auf Gleichheit der Wahl.¹⁴

bb) Der Partei Bündnis 90/Die Grünen stand hier im kontradiktorischen Organstreit als Antragsgegner der Landtag von

Nr. 1 SHV). Demgegenüber gibt es mangels Grundrechten in der SHV weiterhin keine Verfassungsbeschwerde zum LVerfG Schleswig-Holstein; hier bleibt der Weg zum BVerfG wegen eines Aktes der deutschen öffentlichen Gewalt in Schleswig-Holstein offen.

Zum Zeitpunkt der Anhängigkeit dieses Falles stellte sich mangels (damals) eigener Landesverfassungsgerichtsbarkeit auch das Problem der Konkurrenz bzw. Subsidiarität bundes- und landesverfassungsrechtlicher Rechtsbehelfe nicht. Existieren sie dagegen beide, gilt Folgendes (etwa für die konkrete Normenkontrolle durch das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG und die entsprechende Verfahrensart nach Landesrecht): Soweit sowohl ein Verfahren vor dem LVerfG als auch vor dem BVerfG in Betracht kommt, ist mangels spezieller Regelung wie etwa in § 91 S. 2 BVerfGG für die Kommunalverfassungsbeschwerde auch die Vorlage an das BVerfG zulässig; dazu näher *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 100 Rn. 17; vgl. auch *Schlaich/Korioth*, BVerfG, 8. Aufl. 2010, Rn. 162.

¹² Das ist eine Besonderheit, denn die Parteien stehen „in der Gesellschaft“; sie gehören zu ihr.

¹³ Diese schon alte Rechtsprechung hat sich bis heute gehalten; alle Kritik prallte an ihr ab. Das BVerfG geht im vorliegenden Fall bezeichnenderweise nicht einmal auf den „nicht passenden“ § 73 Abs. 1 BVerfGG ein, sondern verweist lediglich beim Beitritt (vgl. Fn. 8) auf BVerfGE 20, 18 (24), zum GG. Vgl. insgesamt *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 7 Rn. 9, 12; *Hebeler*, 40 Probleme im Staatsrecht, 2. Aufl. 2008, S. 178 ff., beide m.w.N.

¹⁴ Notwendige Kehrseite der Chancengleichheit der Parteien ist nämlich die Gleichheit der Wahl aus der Sicht der Wähler und umgekehrt (s. noch näher unten im Text). Die Besonderheit ist hier allerdings, dass Art. 3 Abs. 1 SHV die Gleichheit aller – also auch der kommunalen – Wahlen im Land anordnet und somit Art. 38 Abs. 1 S. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gleichsam „zusammenfasst“.

Schleswig-Holstein in der Rolle des Gesetzgebers und damit eines obersten Landesorgans nach § 73 Abs. 1 BVerfGG gegenüber, der die Regelung des § 10 Abs. 1 S. 1 GWKG zur Fünf-Prozent-Klausel trotz entsprechender Anträge nicht geändert hatte.

c) Antragsgegenstand

Tauglicher Antragsgegenstand war nach dem hier sinngemäß heranzuziehenden § 64 Abs. 1 BVerfGG eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners gegenüber der Antragstellerin. Eine Maßnahme ist dabei – wegen der geforderten rechtlichen Beeinträchtigung der Antragstellerin – nur ein rechtserhebliches (oder zumindest potenziell rechtserhebliches) Tun, also keine bloße Ausführungs- oder Vorbereitungshandlung. Dagegen setzt die Unterlassung als tauglicher Gegenstand eine (mögliche, denn um sie wird gerade gestritten) Rechtspflicht des Antragsgegners zum Handeln – ähnlich der Garantenpflicht im Strafrecht – voraus.¹⁵

Außenwirkung entfaltete hier der negative Landtagsbeschluss zum Änderungsantrag der Bündnis 90/Die Grünen-Fraktion durch die Festschreibung des Fortbestandes des Status quo. Damit hatte der Antragsgegner die von der Fraktion der Antragstellerin beantragte Änderung des § 10 Abs. 1 S. 1 GWKG endgültig abgelehnt und so nach außen die Rechtsfolge „gesetzt“, dass beim Wahlrecht auf kommunaler Ebene alles beim Alten bleibt. Während bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden ist, ob ein schlichtes Unterlassen gesetzgeberischer Maßnahmen tauglicher Gegenstand eines Organstreites sein kann,¹⁶ handelte es sich hier jedenfalls um ein „qualifiziertes“ Unterlassen, wenn nicht sogar um ein positives Tun. Das „qualifizierte“ Unterlassen liegt nämlich in der expliziten Ablehnung des entsprechenden Gesetzesänderungsantrages der Fraktion der Antragstellerin nach intensiven – inhaltlichen – Beratungen (wie bei einem klassischen Gesetzgebungsverfahren) durch den Antragsgegner.¹⁷

¹⁵ So BVerfGE 57, 1 (4 f.); 60, 374 (381); 97, 408 (414).

¹⁶ Vgl. zuletzt BVerfGE 103, 164 (168 f.); 107, 286 (294), jeweils mit dem Streit um ein schlichtes Unterlassen. In der Sache geht es dabei noch deutlicher (vgl. aber auch noch die folgende Fn.) um die Frage, ob insoweit eine Rechtspflicht des Gesetzgebers zum Handeln besteht.

¹⁷ Faktisch führt dann aber diese „Konstruktion“ bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen ebenfalls zu einem Anspruch der Antragstellerin auf Änderung der bestehenden Gesetzeslage und damit zu einer Handlungspflicht des Antragsgegners, sofern die Antragstellerin nur über ihre Fraktion einen entsprechenden Änderungsantrag ins Parlament einbringt. Insgesamt kritisch – die Parteien sollten zwar Gesetze auf eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit prüfen können; die Normenkontrolle sei hierfür jedoch ungeeignet; außerdem bestehe die Gefahr einer Überdehnung des Anwendungsbereiches des Organstreites – Groth, NordÖR 2008, 117.

d) Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis setzte nach dem insoweit ebenfalls sinngemäß heranzuziehenden § 64 Abs. 1 BVerfGG voraus, dass die Antragstellerin geltend machen konnte – so genannte Möglichkeitstheorie –, dass sie selbst (oder bei dem Antrag eines Organteils: das Organ, dem sie angehört) durch den Antragsgegenstand in ihren Rechten oder Pflichten aus der Landesverfassung verletzt bzw. zumindest unmittelbar gefährdet war.¹⁸ Erforderlich war dabei nicht, dass die Partei als Antragstellerin selbst am Gesetzgebungsverfahren beteiligt oder direkte Adressatin bzw. „Zielperson“ des angegriffenen Legislativaktes war. Es genügte vielmehr, dass (auch) sie zwangsläufig von der angegriffenen Maßnahme betroffen war.¹⁹ Das ließ sich für die Partei Bündnis 90/Die Grünen, die an den Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein teilnahm und dabei ebenfalls unter der Fünf-Prozent-Hürde „litt“, bejahen.²⁰

Die Fünf-Prozent-Klausel in § 10 Abs. 1 S. 1 GWKG hatte zur Folge, dass die Stimmen für Parteien, die an dieser Hürde scheiterten, im Gegensatz zu den Stimmen für die größeren Parteien oder Wählergruppen im Hinblick auf die Zusammensetzung der kommunalen Vertretungskörperschaften keine Wirkung entfalteten. Insoweit erschien eine Verletzung der eigenen Rechte der Antragstellerin aus der Gleichheit der Wahl (Art. 3 Abs. 1 SHV) und – spiegelbildlich – der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG) zumindest als möglich.²¹

¹⁸ Dieser Aspekt bestimmt dann auch den Prüfungsumfang des BVerfG; es erfolgt hier also keine allgemeine verfassungsrechtliche Überprüfung: BVerfGE 68, 1 (65).

¹⁹ Vgl. BVerfGE 62, 1 (32).

²⁰ Ein Organstreitverfahren der Bündnis90/Die GRÜNEN-Landtagsfraktion stieß an dieser Stelle dagegen auf Probleme: Schon die mögliche Rechtsverletzung (die Fraktion selbst fällt nicht unter den Schutz von Art. 21 Abs. 1 GG und wohl auch nicht von Art. 3 Abs. 1 SHV) ließe sich nur schwer begründen; vor allem aber wäre sie von der Fünf-Prozent-Klausel im kommunalen Bereich überhaupt nicht berührt.

²¹ Zu beachten ist insoweit aber die prozessuale Differenzierung trotz inhaltlicher Ähnlichkeit durch die neue Sichtweise des BVerfG (s. BVerfGE 99, 1; BVerfG, DVBl. 2008, 236) bei einer Verfassungsbeschwerde gegen die kommunale Fünf-Prozent-Klausel wegen Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG (so die bis dahin h.M.): Nur Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG (so die bis dahin h.M.): Nur Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG enthalte ein verfassungsbeschwerdefähiges Recht, Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG wegen des föderalen Staatsaufbaus dagegen nicht. Eine nicht unter diese Vorschriften fallende Wahl sei zwar (weiterhin) grundsätzlich an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen, nicht jedoch die hiesige, die allgemeinpolitisch sei und die Ausübung unmittelbarer Staatsgewalt betreffe. Insoweit täten sich keine Rechtsschutzlücken auf, da es landesverfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe gebe. Kritisch Krajewski, DÖV 2008, 345 (346 ff.), der eine „Schieflage“ gegenüber anderen Wahlen befürchtet.

e) Antragsform und Frist

aa) Bei der Form des Antrages war neben der stets zu wählenden Schriftform des § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG auch noch die sinngemäß anwendbare Vorschrift des § 64 Abs. 2 BVerfGG zu beachten, die das allgemeine Begründungserfordernis des § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG erweitert.

bb) Die Frist für den Antrag auf Einleitung eines Landesorganstreitverfahrens betrug nach §§ 73 Abs. 2, 64 Abs. 3 BVerfGG in Ermangelung abweichender landesrechtlicher Bestimmungen²² sechs Monate ab Bekanntwerden der Maßnahme bzw. Unterlassung. Sie begann im vorliegenden Fall mit der endgültigen Ablehnung der Gesetzesänderung im Landtag am 13.12.2006 zu laufen (die konkrete Berechnung der Fristdauer erfolgte mangels spezieller Regeln nach den Vorgaben der ZPO und des BGB) und ist daher durch den Antrag vom 4.4.2007 gewahrt worden.

Der Antrag auf Durchführung eines Landesorganstreitverfahrens der Partei Bündnis 90/Die Grünen war demzufolge insgesamt zulässig.

2. Begründetheit des Antrages auf ein Landesorganstreitverfahren

Der Antrag auf Durchführung eines Landesorganstreitverfahrens war begründet, wenn die angegriffene Maßnahme bzw. Unterlassung des Antragsgegners – hier: die Ablehnung einer Änderung des § 10 Abs. 1 S. 1 GWKG ohne zureichenden Grund – die Antragstellerin tatsächlich in ihren (Organ-)Rechten aus Art. 3 Abs. 1 SHV, 21 Abs. 1 GG verletzt hat.

a) Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl, Art. 3 Abs. 1 SHV

Eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 SHV verlangt (wie bei Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung bei der Wahl.

aa) Ungleichbehandlung

Die Gleichheit der Wahl i.S.d. Art. 3 Abs. 1 SHV (bzw. deckungsgleich²³ der Art. 38 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 S. 2 GG) umfasst zweierlei: den gleichen Zähl- und den gleichen Erfolgswert einer jeden abgegebenen Stimme. Gleicher Zählwert bedeutet, dass jede Stimme gleich gezählt („one man, one vote“) und nicht etwa wie früher im preußischen Dreiklassenwahlrecht nach dem Steueraufkommen etc. differenziert²⁴ wird. Ein gleicher Erfolgswert ist demgegenüber nur dann gegeben, wenn sich jede Stimme in gleicher Weise auf das Wahlergebnis auswirkt, also mit dem gleichen „Gewicht“ darin abgebildet wird. Eine Wahlrechtsungleichheit durch Sperrklauseln kommt im Hinblick auf den dann ungleichen Erfolgswert der Stimmen in Betracht (der gleiche Zählwert

ist hingegen gegeben): Bei strenger Betrachtung ist der gleiche Erfolgswert zwar ohnehin nur im reinen Verhältniswahlsystem gewährleistet.²⁵ Insofern erfolgt jedoch eine „systemimmanente“ Betrachtung; das heißt, die Gleichheit muss innerhalb des vorliegenden Systems gewährleistet sein. Bei dieser Sichtweise zeigt sich, dass durch eine (Fünf-Prozent-)Sperrklausel den Stimmen für die Parteien, die an dieser Hürde scheitern, im Unterschied zu denen für größere Parteien oder Wählergruppen von vornherein (also quasi „von Systems wegen“) keinerlei Erfolgswert mehr zukommt, so dass solche Sperrklauseln bei jeder Wahl zu einer Erfolgswertungleichheit und damit Ungleichbehandlung führen.²⁶

bb) Rechtfertigung

Im Rahmen der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Wahlrechtsgleichheit keinem absoluten Differenzierungsverbot, sondern vielmehr nur einer Schranke unterliegt.²⁷ Seinen Tribut fordert dabei allerdings der strenge und formale Charakter der Wahlrechtsgleichheit, der Einschränkungen nur in einem eng bemessenen Spielraum zulässt und für diese immer einen zwingenden Grund verlangt.²⁸

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffes wurde bislang bei Wahlen auf allen Ebenen (also bei Europa-, Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen) immer auf die Erforderlichkeit der Sperrklausel zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Parlamente gerade vor dem Hintergrund der bereits eingangs erwähnten Erfahrungen der (zeitweise unregierbaren) Weimarer Republik abgestellt. Die Funktionsfähigkeit gelte es im Hinblick auf die ungestörte Parlamentsarbeit und die Regierungsbildung zu sichern, denn bei einer zu starken Zersplitterung der Volksvertretung bestünde keine klare Mehrheit, welche die „Regierung“ bilden könnte. Außerdem lähmten zu viele Kleingruppen durch eigene Anträge usw. den ordnungsgemäßen Geschäftsgang.²⁹ Das BVerfG hat mit diesen Überlegungen zur „Gewährleistung des störungsfreien Funktionierens der kommunalen Selbstverwaltung“ bisher auch die kommunale Sperrklausel „gehal-

²² Das entsprechende Organstreitverfahren vor dem Hessischen Staatsgerichtshof ist beispielsweise an keine Frist gebunden; vgl. dazu § 42 Hessisches Staatsgerichtshofgesetz. Näher zur Fristberechnung BVerfGE 107, 286.

²³ So das BVerfG NVwZ 2008, 407 (408) m.w.N.

²⁴ Dazu näher *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 10. Aufl. 2011, Rn. 380 ff.

²⁵ Beim Mehrheitswahlrecht kommt den Stimmen für die Minderheit überhaupt kein Erfolgswert zu. Das ist aber systemimmanent und damit verfassungskonform; die Stimmen müssen nur den gleichen Erfolgswert haben *können* (was unter anderem durch gleich große Wahlkreise gewährleistet wird).

²⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden nur BVerfGE 107, 286; NRWVerfGH NVwZ 2000, 666; MVVerfGH NVwZ 2001, 799 (nur LS); BremWahlPrüfG NordÖR 2000, 68; OVG Schleswig NVwZ 2003, 161; *Kramer*, JuS 2003, 966.

²⁷ Das BVerfG spricht das nicht so deutlich aus, betont aber immer wieder (so zuletzt NVwZ 2008, 407 [409]), dem *Gesetzgeber* verbleibe bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein letztlich recht eng bemessener Spielraum.

²⁸ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 1, 208 (249).

²⁹ So zuletzt etwa für das bayerische Landtagswahlrecht BayVerfGH BayVBl. 2007, 13 = NVwZ-RR 2007, 73.

ten“.³⁰ Insofern wurde allerdings gerade auf kommunaler Ebene zuletzt schon die Frage, in welcher Höhe eine solche Hürde liegen dürfe – bei zehn, fünf oder gar nur drei Prozent? –, unterschiedlich beantwortet.³¹

Bei der weiteren Prüfung ist nunmehr jedoch mit dem BVerfG ein differenzierter Blick auf die verschiedenen Wahlen – insbesondere auf die in den letzten Jahren gewandelte rechtliche oder tatsächliche Situation auf kommunaler Ebene – angezeigt:

(1) Schranke der Wahlrechtsgleichheit ist hier die betreffende Norm des GKWG. Dabei handelt es sich um ein Landesgesetz, das formell verfassungsgemäß ist. Das ergibt sich daraus, dass nach Art. 30, 70 Abs. 1 GG grundsätzlich die Länder die Gesetzgebungskompetenz haben, sofern nicht dem Bund durch die Art. 73, 74 GG enumerativ ein Kompetenztitel für die betreffende Materie zugewiesen wird, was jedoch für das hier sachlich betroffene Kommunalrecht nicht der Fall ist. Auch hinsichtlich des Gesetzgebungsverfahrens gibt es vorliegend keine Bedenken.³²

(2) In materieller Hinsicht unterliegt die Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit aber ihrerseits wiederum Beschränkungen, den so genannten materiellen Schranken-Schranken, zu denen insbesondere der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört.³³ Er lässt Einschränkungen des grundrechtsgleichen Rechts der Wahlrechtsgleichheit nur zu, wenn sie einem – gemessen an der Verfassung – legitimen Zweck dienen, zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich sowie gegebenenfalls dann auch noch angemessen sind.

(a) Als verfassungsrechtlich legitime Zwecke der Fünf-Prozent-Klausel auf kommunaler Ebene lassen sich wie schon in der Vergangenheit das Funktionieren der kommunalen Selbstverwaltung und die Arbeitsfähigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaften anführen. Nicht abgestellt werden kann hingegen auf den Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien oder deren fehlende Gemeinwohlorientierung.³⁴

(b) Die Eignung der Sperrklausel zur Erreichung dieser Zwecke liegt darin begründet, dass durch die Hürden beim

Mandatserwerb die Zersplitterung der „Kommunalparlamente“ und damit ihre Blockade bzw. Lähmung verhindert werden kann.

(c) Probleme tun sich jedoch bei der Frage nach der Erforderlichkeit der Sperrklausel auf: Im Zuge der weiteren Demokratisierung der Kommunalverwaltung durch mehr Direktwahlen (und im Übrigen eine Ausdehnung direktdemokratischer Einwirkungsmöglichkeiten) werden die hauptamtlichen Bürgermeister und Landräte nun auch in Schleswig-Holstein nicht mehr von der Vertretungskörperschaft der Gemeinde bzw. des Landkreises, sondern direkt von den Bürgern gewählt. Dadurch ist das bisher zentrale Argument der „Regierungsstabilität“, die durch die Sperrklausel geschützt wird, auf kommunaler Ebene entfallen;³⁵ die kommunale Vertretungskörperschaft hat seitdem keine wesentliche „Kreationsfunktion“ (zur Bildung eines weiteren Organs wie etwa bei der Wahl des Bürgermeisters oder der „Regierung“) mehr. Hinzu kommt, dass angesichts der im Regelfall doch recht kleinen „Parlamente“ die Arbeitsfähigkeit der Kommunalvertretungen im Übrigen auch auf andere Weise geschützt werden kann.³⁶ Eine bloße Arbeiterschwerung auf Grund eines größeren Meinungsspektrums reicht für die Erforderlichkeit jedenfalls nicht aus; sie ist vielmehr typischer und notwendiger Bestandteil einer Demokratie. Wechselnde Mehrheiten sind anders als beim Bundes- oder Landtag zudem im Kommunalverfassungsrecht angelegt.

Wichtig ist insoweit überdies, dass es auf kommunaler Ebene gar nicht um wirkliche Parlamente, sondern um einen Teil der Landesverwaltung geht.³⁷ Deren Funktionieren kann

³⁰ BVerfGE 6, 104 (114 ff.) Vgl. auch schon BVerfGE 1, 208 (256 ff.), wonach eine Fünf-Prozent-Klausel auf Landesebene zulässig sei, eine 7,5 %-Klausel hingegen nicht mehr. Anders dagegen schon im Jahr 1952 BayVerfGHE 5, 66 (76 f.), letztlich mit denselben Argumenten wie heute.

³¹ Vgl. etwa *Frotscher*, DVBl. 1985, 917 (927), mit der Forderung nach einer Drei-Prozent-Hürde.

³² Das BVerfG würde die Einhaltung der entsprechenden Vorgaben der Landesverfassung ohnehin nicht im Einzelnen prüfen, sondern das Landesgesetz allenfalls an der „Homogenitätsklausel“ des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG messen.

³³ Der schon oben erwähnte formale Charakter der Wahlrechtsgleichheit setzt hier dem Gesetzgeber laut BVerfG NVwZ 2008, 407 (409), enge Grenzen und zwingt ihn überdies zu einer regelmäßigen Überprüfung, ob die Verhältnismäßigkeit tatsächlich immer noch gegeben ist. In diese Richtung zuletzt auch ThürVerfGH NVwZ-RR 2009, 1 (2).

³⁴ Dem stehen das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG und die Freiheit der Wähler entgegen.

³⁵ In diesem Sinn bereits NRWVerfGH NVwZ 1995, 579 (581); BVerfG NVwZ 2000, 666; *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Art. 28 GG Rn. 69. *Krajewski*, DÖV 2008, 345 (351) m.w.N., betont, es gebe in jedem Fall eine Verwaltungsspitze. In Bayern war das schon im Jahr 1952 der Fall und Grund für die damalige Entscheidung BayVerfGHE 5, 66 (76 f.), gegen die Verfassungsmäßigkeit der dortigen Sperrklausel.

³⁶ Die Entscheidungen auf kommunaler Ebene werden meist mit relativer Mehrheit getroffen, so dass keine Lähmung der „Volksvertretung“ möglich ist. Zu denken ist insoweit auch an die Aufstellung anderer Hürden wie die Fraktionsmindeststärke, deren Überspringen erst weitere Privilegien für die Fraktionsmitglieder begründet. In sehr großen „Parlamenten“ (etwa dem „Gemeinderat“ von Frankfurt am Main mit 105 Mitgliedern) besteht das Problem aber offenbar dessen ungeachtet bei zu vielen kleinen „Splittergruppen“ in gewissem Maße fort. Gerade in kleineren Gemeinden gibt es im Übrigen eine Art „faktische Sperrklausel“ durch die für ein Mandat überhaupt benötigten Stimmen, die oft mehr als 5 % ausmachen. Dazu auch *Krajewski*, DÖV 2008, 345 (351). Als problematisch sieht demgegenüber *Groth*, NordÖR 2008, 117 (118), den Schutz hier durch Normen der gleichen Hierarchieebene an.

³⁷ Vgl. BVerfGE 65, 283 (289); ähnlich auch schon BayVerfGHE 5, 66 (76); ferner *Müller-Franken*, Bürgerentscheid und kommunale Finanzhoheit, in: *Gornig/Kramer/Volkman* (Hrsg.),

auch noch anders, insbesondere durch das der Legislative fremde Institut der Kommunalaufsicht mit ihren recht weitgehenden Befugnissen gewährleistet werden, weshalb der Schutz über die Sperrklausel hier gar nicht in gleicher Weise erforderlich ist.³⁸ Praktische Erfahrungen in vergleichbaren Bundesländern ohne solche Sperrklauseln bestätigen schließlich die Praxistauglichkeit des Verzichtes auf derartige Hürden.³⁹ Bezeichnenderweise belegen das selbst die Ergebnisse der letzten Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein, die erstmals ohne die Sperrklausel des § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG (a.F.) stattfanden.⁴⁰ Damit ist schon die Erforderlichkeit der Sperrklausel auf kommunaler Ebene nicht mehr gegeben.

(d) Wollte man hingegen die Erforderlichkeit noch bejahen und den folgenden Aspekt gesondert ansprechen,⁴¹ so ist schließlich noch die Angemessenheit der Einschränkung der Wahlrechtsgleichheit durch eine Sperrklausel auf kommunaler Ebene zu prüfen. Hier stellen sich dann wieder die schon oben bei der Erforderlichkeit aufgeworfenen Fragen, wobei im Rahmen der anzustellenden Abwägung zwischen „Gefahrenabwehr“ und Wahlrechtsgleichheit angesichts der allenfalls latenten Gefahren die Verhältnismäßigkeit i.e.S. der Sperrklausel-Regelung zu verneinen ist. Darum erweist sich die Nichtänderung des § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG dann auch als Verletzung der verfassungsrechtlichen Rechte der Antragstellerin aus Art. 3 Abs. 1 SHV.

Staat – Wirtschaft – Gemeinde, Festschrift für Werner Frottscher, 2007, 657 (665 ff.) m.w.N.

³⁸ Als weiterer Aspekt könnte hier noch angeführt werden, dass angesichts der lokalen Einbindung der Mandatsträger in die örtliche Gemeinschaft und der deutlich „lebensnäheren“ Entscheidungsgegenstände letztlich auch ein sehr viel höherer Konsensdruck als auf der „abstrakten“ Ebene der Landesparlamente oder des Bundestages besteht. Die Bereitschaft zur Kompromissbildung dürfte gerade in kleineren Gemeinden, wo im Regelfall auch persönliche oder gar familiäre Bindungen bestehen, sehr viel ausgeprägter, eine rein destruktiv orientierte Verhinderungspolitik hingegen kaum praktikabel sein.

³⁹ Die Heranziehung solcher „Indizien“ war früher umstritten, ist heute angesichts der Angleichung der Kommunalrechtsregime der Länder aber weitgehend anerkannt; vgl. *Krajewski*, DÖV 2008, 345 (352).

⁴⁰ Laut Frankfurter Rundschau v. 26.3.2008, S. 5, und S. 4 haben landesweit die „Wählergruppen“ ihren Stimmenanteil von 2,6 auf 5,1 % gesteigert, während die „Sonstigen“ unverändert bei 0,5 % verharrten. Weitere Besonderheiten wurden nicht berichtet. Vgl. ferner den statistischen Bericht über die Ergebnisse der Kommunalwahlen 2008 unter http://www.statistik-nord.de/uploads/tx_standdocuments/B_VII_3_5_08_T1_S.pdf (zuletzt abgerufen am 20.3.2012). Auf S. 8 ff. dieses Berichtes finden sich die Ergebnisse aus einigen repräsentativen Gemeinden, wonach es den Klein- oder Kleinstparteien nicht gelungen ist, flächendeckend einzelne Mandate für sich zu erringen.

⁴¹ Vgl. dazu schon oben im Text mit Fn. 33.

b) Verletzung der Chancengleichheit der Parteien, Art. 21 Abs. 1 GG

In Betracht kommt darüber hinaus noch ein Verstoß gegen das Recht der Antragstellerin auf Gleichbehandlung bzw. Chancengleichheit der Parteien nach Art. 21 Abs. 1 GG durch die Weigerung des Landtages, die Sperrklausel in § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG zu streichen. Das BVerfG wurde hier zwar nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 5, 99 GG als LVerfG tätig, so dass sein Prüfungsumfang an sich auf die SHV beschränkt war. Eine Ausnahme besteht allerdings, wenn einzelne GG-Normen etwa als Teil der demokratischen Grundordnung (s. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) ungeschriebene Bestandteile der Landesverfassung sind,⁴² was auch für Art. 21 Abs. 1 GG anzunehmen ist.⁴³

Wie oben schon kurz erwähnt wurde, ist die Chancengleichheit der Parteien die notwendige „Kehrseite“ der in Art. 3 Abs. 1 SHV, 38 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 1 S. 2 GG für den Bürger gewährleisteten Wahlrechtsgleichheit,⁴⁴ so dass sich insoweit kein anderes Ergebnis als zuvor ergeben kann. Auch diesbezüglich verletzte die Nicht-Änderung von § 10 Abs. 1 S. 1 GKWG mithin die Antragstellerin in ihren verfassungsrechtlichen Rechten, weshalb ihr Antrag auf Durchführung eines Landesorganstreitverfahrens nicht nur zulässig, sondern auch begründet und erfolgreich war.⁴⁵

III. Die Sperrklausel bei der (deutschen) Wahl zum Europaparlament⁴⁶

Das Europawahlgesetz (EuWG)⁴⁷ enthält eine dem Vorgenannten vergleichbare Sperrklausel in § 2 Abs. 7 EuWG. Er lautet: „Bei der Verteilung der Sitze auf die Wahlvorschläge werden nur Wahlvorschläge berücksichtigt, die *mindestens 5 vom Hundert der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Stimmen erhalten haben*.“ Auch bei der Europawahl 2009 (7.

⁴² BVerfGE 103, 332 (357 f.) Vgl. ferner ThürVerfGH NVwZ-RR 2009, 1 (4): Das Bundesverfassungsrecht „wirkt“ in die Landesverfassung „hinein“.

⁴³ BVerfGE 1, 208 (227). Offen bleiben kann hier bei der Partei Bündnis 90/Die Grünen als Antragstellerin, ob sich die so genannten Rathausparteien überhaupt auf Art. 21 GG berufen können: So zwar *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 11), Art. 21 GG Rn. 7; a.A. aber BVerfGE 6, 367 (372 f.).

⁴⁴ Die Demokratie beruht auf der freien Konkurrenz der Meinungen und setzt damit die Chancengleichheit aller Parteien als Bestandteil der demokratischen Grundordnung voraus. Daraus erklärt sich, dass in diesem Kontext häufig auch eine Verletzung des Demokratieprinzips erörtert wird; vgl. BayVerfGH BayVBl. 2007, 13 = NVwZ-RR 2007, 73.

⁴⁵ Der Tenor der Entscheidung beschränkt sich gemäß §§ 74, 72 Abs. 2 BVerfGG in diesem Fall allerdings auf die Feststellung des Verstoßes gegen die Landesverfassung; die Nichtigkeit der angegriffenen Norm wird nicht gesondert festgestellt.

⁴⁶ BVerfG DVBl. 2011, 1540 m. Anm. *Eilert*, DVBl. 2012, 234 = EuGRZ 2011, 621 = NVwZ 2012, 33.

⁴⁷ V. 8.3.1994, zuletzt geändert durch Gesetz v. 17.3.2008, BGBl. I 2008, S. 394.

Wahlperiode) galt diese Fünf-Prozent-Sperrklausel. Nach Durchführung der Wahl erhoben drei Wähler vor dem BVerfG Wahlprüfungsbeschwerden, in denen sie die Verfassungswidrigkeit der Sperrklausel rügten.⁴⁸ Ihrer Ansicht nach verstößt die Fünf-Prozent-Sperrklausel gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) und der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 GG). Zu klären sind die Erfolgsaussichten der Wahlprüfungsbeschwerden, d.h.: deren Zulässigkeit und Begründetheit.

1. Zulässigkeit der Wahlprüfungsbeschwerden

Die Wahlprüfungsbeschwerden sind zulässig, wenn die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 5, 41 Abs. 2 GG, §§ 26 Abs. 3 EuWG, 13 Nr. 3, 48 BVerfGG normierten Voraussetzungen erfüllt sind.⁴⁹

a) Zuständigkeit des BVerfG

Die Zuständigkeit des BVerfG zur Entscheidung über Wahlprüfungsbeschwerden ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 5, 41 Abs. 2 GG i.V.m. § 13 Nr. 3 BVerfGG.

b) Beschwerdeführer

Gemäß § 26 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 EuWG können als Beschwerdeführer „der Abgeordnete, dessen Mitgliedschaft bestritten ist, ein Wahlberechtigter, dessen Einspruch vom Deutschen Bundestag verworfen worden ist, wenn ihm mindestens einhundert Wahlberechtigte beitreten, oder eine Gruppe von wenigstens acht Abgeordneten des Europäischen Parlamentes aus der Bundesrepublik Deutschland“ auftreten. Hier haben drei Wähler die Beschwerden erhoben. Sie sind als berechtigte Beschwerdeführer in der Norm genannt. Welche Anforderungen an die ihrer Beschwerde beitretenen je 100 Wahlberechtigten⁵⁰ zu stellen sind, ergibt sich aus dem nach § 26 Abs. 3 S. 3 EuWG entsprechend heranzuziehenden § 48 Abs. 2 BVerfGG.

c) Beschwerdegegenstand

Tauglicher Beschwerdegegenstand ist nach Art. 41 Abs. 2 GG und §§ 26 Abs. 3 EuWG, 48 Abs. 1 BVerfGG eine für die Beschwerdeführer negative, d.h.: ablehnende Entschei-

dung des Bundestages bezüglich der vorangegangenen Wahlprüfung.⁵¹ Das setzt natürlich voraus, dass die jetzigen Beschwerdeführer zuvor bereits erfolglos Einsprüche beim Bundestag eingelegt haben. Entsprechende Anträge wurden vorliegend beim Bundestag eingereicht, von diesem jedoch die Einsprüche gegen die Gültigkeit der Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlamentes aus Deutschland zurückgewiesen.⁵²

d) Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdebefugnis setzt nach §§ 26 Abs. 3 S. 2 EuWG, 48 Abs. 1 BVerfGG lediglich ein erfolgloses Wahlprüfungsverfahren beim Deutschen Bundestag voraus. Die Beschwerdeführer müssen somit weder geltend machen, dass sie an der Wahl teilgenommen haben noch dass sie durch die Entscheidung des Wahlprüfungsausschusses materiell beschwert sind; vielmehr genügt ihre Eigenschaft als „Wahlberechtigte“.⁵³

e) Frist und Form

Neben der Wahrung der Schriftform (§ 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) ist das Begründungserfordernis (§§ 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG, 26 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 EuWG) einzuhalten. Die Begründung kann dabei auch nicht nachgereicht werden; für sie gilt vielmehr die gleiche Frist wie für die Erhebung der Beschwerde.⁵⁴ Diese Frist ergibt sich aus § 26 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 EuWG und beträgt zwei Monate ab der Beschlussfassung des Bundestages. Die Beschwerden mit dem Begehren, die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlamentes für ungültig zu erklären, die Wahl zu wiederholen und die Sperrklausel des § 2 Abs. 7 EuWG für verfassungswidrig zu erklären, wurden ordnungsgemäß begründet und fristgerecht eingereicht.

f) Rechtsschutzbedürfnis

Von besonderem Interesse ist hier die Frage, ob ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Bereits 1979⁵⁵ hatte sich nämlich das

⁴⁸ Darüber hinaus rügte einer der Beschwerdeführer auch noch die „starren“ Listen bei der Europawahl (§ 2 Abs. 5 EuWG). Die festgelegte Reihenfolge der Abgeordneten greift seiner Ansicht nach in die Unmittelbarkeit und Freiheit der Wahl ein. Dieser Sichtweise ist das BVerfG jedoch nicht gefolgt. Dazu *Morlok*, JZ 2012, 76 (79 f.).

⁴⁹ Dabei ist es unschädlich, dass die drei Wähler unabhängig voneinander tätig geworden sind. Die Verfahren wurden dann jedoch vom BVerfG zur gemeinsamen Entscheidung verbunden, da es jeweils um Wahlprüfungsbeschwerden ging und die Begehren überwiegend deckungsgleich waren.

⁵⁰ Hier ist zu beachten, dass jeder der erhobenen Beschwerden jeweils mindestens 100 Wahlberechtigte beigetreten sein müssen; vgl. in Bezug auf den parallelen § 48 BVerfGG *Schmidt-Bleibtreu*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: 2011, § 48 Rn. 31.

⁵¹ Ein alternatives Vorgehen direkt gegen das EuWG mittels eines Normenkontrollantrages nach Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG oder Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG war den Wählern hier mangels Antragsfähigkeit nicht möglich. Zu denken wäre allenfalls noch an eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde, die jedoch von der spezielleren Wahlprüfungsbeschwerde verdrängt wird; vgl. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 50), § 90 Rn. 448a m.w.N.

⁵² BVerfG NVwZ 2012, 33 (34); hier konkret BT-Drs. 17/2200, Anlagen 13, 15 und 24.

⁵³ Die relativ niedrigen Anforderungen an die Beschwerdebefugnis erklären sich mit dem objektiven Charakter der Wahlprüfungsbeschwerde: Sie soll das objektive Wahlrecht schützen und nicht Verletzungen von subjektiven Wahlrechten verfolgen; vgl. *Schmidt-Bleibtreu*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 50), § 48 Rn. 26.

⁵⁴ S. hierzu auch *Schmidt-Bleibtreu*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 50), § 48 Rn. 36 f.

⁵⁵ Die letzte Entscheidung des BVerfG zu § 2 Abs. 7 EuWG aus dem Jahr 2009 (Beschl. v. 11.3.2009 – 2 BvR 378/09)

BVerfG mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Unionsrecht beschäftigt und sie damals für verfassungsgemäß erachtet.⁵⁶ Insofern ist an eine Bindungswirkung dieser alten Entscheidung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG zu denken. Dagegen spricht jedoch, dass sich das BVerfG selbst nicht mit voller Strenge an diese Norm hält, um nicht auf Dauer an eine eigene Entscheidung gebunden zu sein (sonst bestünde die Gefahr der „Versteinerung“). Vielmehr unterzieht es bei veränderten Tatsachen oder Begleitumständen seine Entscheidungen im Interesse eines keineswegs statischen Rechtsverständnisses erneut einer Überprüfung. Seit der Entscheidung aus dem Jahre 1979 ist es im konkreten Fall zu neuen Entwicklungen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gekommen. Insbesondere hat sich die EU zwischenzeitlich deutlich vergrößert, es wurden zahlreiche parlamentarische Erfahrungen gesammelt und die Bedeutung sowie Rechtsstellung des Parlamentes hat sich stark gewandelt.⁵⁷ Demnach durfte sich das BVerfG hier trotz seiner alten Entscheidung und § 31 Abs. 1 BVerfGG der Thematik erneut annehmen, so dass die Zulässigkeit der Wahlprüfungsbeschwerden insgesamt zu bejahen ist.

2. Begründetheit der Wahlprüfungsbeschwerden

Die Wahlprüfungsbeschwerden sind begründet, wenn der Beschluss des Bundestages über die Gültigkeit der Wahl zum Europaparlament 2009 falsch war. Das ist der Fall, wenn die Wahl wegen eines erheblichen und ordnungsgemäß gerügten Wahlfehlers vollumfänglich oder zumindest zum Teil für ungültig zu erklären war. Dementsprechend sind Wahlfehler unbeachtlich, wenn sie sich nicht auf das Wahlergebnis ausgewirkt haben (Erheblichkeitsprüfung). Dagegen prüft das BVerfG explizit auch Regelungen, die sich auf die Wahl beziehen, sowohl auf die Einhaltung ihrer Tatbestandsvoraussetzungen als auch auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht.⁵⁸

a) Prüfungsmaßstab

Zunächst muss nun herausgearbeitet werden, an welchen Normen die Regelungen des EuWG zu messen sind. Mangels ausdrücklicher oder impliziter Bestimmungen zur Wahlgleichheit im Unionsrecht⁵⁹ kommt nur eine Prüfung am Maßstab des GG in Betracht. Im vorliegenden Fall ist dementsprechend zu fragen, ob § 2 Abs. 7 EuWG die Bestimmungen der Art. 38 Abs. 1 S. 1 oder Art. 21 Abs. 1 GG verletzt. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG passt für die Wahl zum Europaparlament jedoch nicht direkt, stellt er doch nur auf die Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages ab. Zu erwägen

wäre aber seine analoge Anwendung. Das BVerfG zieht jedoch stattdessen – ohne dass es dadurch in der Sache zu Unterschieden käme – Art. 3 Abs. 1 GG „in seiner Ausprägung als Gebot formaler Wahlgleichheit“⁶⁰ heran.

b) Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl

Eine Verletzung der Wahlgleichheit verlangt wiederum eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Wählerstimmen.

aa) Ungleichbehandlung

Die Gleichheit der Wahl gebietet, wie bereits oben zu Art. 3 Abs. 1 SHV erläutert wurde, dass der Stimme jedes Wahlberechtigten grundsätzlich der gleiche Zähl- und Erfolgswert zukommt, jede Stimme also insbesondere den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung des zu wählenden Parlamentes hat. Auch hier gilt (wie oben), dass die Sperrklausel zu einem ungleichen Erfolgswert der verschiedenen Stimmen führt. So wurde errechnet, dass bei der Europawahl 2009 ungefähr 10 % der abgegebenen Stimmen ohne Erfolgswert geblieben sind, nachdem die Parteien, denen sie galten, an der Fünf-Prozent-Sperrklausel gescheitert waren.⁶¹

bb) Rechtfertigung

Auch bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung gilt wieder, dass kein absolutes Differenzierungsverbot herrscht, jedoch an die Rechtfertigungsprüfung ein strenger Maßstab zu legen ist. Die Rechtfertigung kann nur gelingen, wenn ein besonderer, sachlich legitimierter, zwingender Grund vorliegt.⁶² Wie auf kommunaler Ebene (s.o.) wird insoweit häufig auch beim Europäischen Parlament damit argumentiert, dass eine Sperrklausel zur Sicherung seiner Funktionsfähigkeit – vor allem zur Verhinderung von Zersplitterung, zur Unterstützung der Bildung handlungsunfähiger Fraktionen sowie zur Ermöglichung der Mehrheits- und der Regierungsbildung – benötigt werde. Ob dieser Grund allerdings tatsächlich ein zwingender ist, muss nun noch genauer am konkreten Fall untersucht werden.

(1) Als Schranke der Wahlgleichheit dient hier § 2 Abs. 7 EuWG. Natürlich unterliegt auch diese Schranke den so genannten Schranken-Schranken, was bedeutet, dass § 2 Abs. 7 EuWG seinerseits verfassungsmäßig sein muss. In formeller Hinsicht gilt dabei, dass sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für dieses Bundesgesetz nicht aus dem eindeutig auf die Bundestagswahl beschränkten Art. 38 Abs. 3 GG ergibt. Sie folgt vielmehr als ungeschriebene Ausnahme vom Grundsatz der Art. 30, 70 Abs. 1 GG aus der vom BVerfG über den Katalog der Art. 70 ff. GG hinaus entwickelten Zuständigkeit des Bundes kraft Natur der Sache. Diese erfasst alle die Rechtsmaterien, die sinnvollerweise nur

betraf hingegen nur die Unzulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf die abgelaufene Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG und damit lediglich prozessuale Fragen.

⁵⁶ BVerfGE 51, 222.

⁵⁷ BVerfG NVwZ 2012, 33 (37).

⁵⁸ So BVerfG NVwZ 2012, 33 (34); *Schmidt-Bleibtreu*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 50), § 48 Rn. 39a. Unionsrechtlich a.A. *Schönberger*, JZ 2012, 80 (81 ff.).

⁵⁹ Hierzu ausführlich *Roßner*, NVwZ 2012, 22.

⁶⁰ BVerfG NVwZ 2012, 33 (34) m.w.N.; *Morlok*, JZ 2012, 76 (77), der sich auch für eine „Gesamtanalogie“ ausspricht.

⁶¹ Vgl. BVerfG NVwZ 2012, 33 (35).

⁶² S. dazu bereits oben II. 2. a) bb) zur kommunalen Ebene. Für hier auch BVerfG NVwZ 2012, 33 (35); kritisch (aber nicht überzeugend) *Schönberger*, JZ 2012, 80 (83 ff.).

vom Bund einheitlich für das gesamte Bundesgebiet geregelt werden können. Das gilt gerade auch für die Wahl zum Europäischen Parlament, in das die Bundesrepublik naturgemäß nur bundeseinheitlich ermittelte Vertreter entsenden kann.

(2) Bezüglich der materiellen Verfassungsmäßigkeit der Schranke ist wiederum speziell auf die Verhältnismäßigkeit der Norm einzugehen. Zu untersuchen ist, ob die Differenzierung beim Erfolgswert der Stimmen im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller relevanten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte zur Verfolgung ihres Zweckes geeignet, erforderlich und gegebenenfalls auch angemessen ist. Dabei ist insbesondere darauf zu achten, dass die aktuelle politische Lage analysiert und nicht etwa eine „vergangene Wirklichkeit“ zu Grunde gelegt wird.⁶³

(a) Der Schutz der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlamentes kann insoweit als legitimer Zweck der Fünf-Prozent-Sperrklausel angeführt werden.

(b) Die Sperrklausel ist auch durchaus geeignet, diesen Zweck zu verfolgen, wird doch durch sie die Zunahme der Parteien, die nur mit einem oder zwei Abgeordneten vertreten sind, verhindert⁶⁴ und damit einer Zersplitterung des Europaparlamentes entgegengewirkt.

(c) Fraglich ist jedoch die Erforderlichkeit der Differenzierung. Die Fürsprecher der Fünf-Prozent-Klausel stellen sich auf den Standpunkt, dass eine Zersplitterung des Europäischen Parlamentes zu einer Schwächung der Fraktionen bei ihrer Integrationskraft und Absprachefähigkeit führen werde. Demgegenüber hebt das BVerfG darauf ab, dass durch eine steigende Heterogenität der Abgeordneten die Funktionsfähigkeit des Gesamtgremiums nicht gefährdet sei, sondern lediglich unerheblich erschwert werde.⁶⁵ Diese drohende „Verkomplizierung“ der Parlamentsarbeit genüge jedoch nicht, um den schwerwiegenden Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit zu rechtfertigen. Zudem betont das BVerfG, dass es den Fraktionen bisher schon gelungen sei, verschiedenste nationale Parteien „unter einem Dach“ zu vereinen, was das Argument der drohenden Funktionsgefährdung des Parlamentes deutlich schwäche.

Des Weiteren ist der Erforderlichkeit der Sperrklausel entgegenzuhalten, dass die Aufgabenerfüllung im Europäischen Parlament auch ohne eine entsprechende Norm nicht gefährdet ist.⁶⁶ Während nämlich auf der Bundestagebene darauf abgestellt werden kann, dass das Parlament für die Erfüllung seiner Aufgaben – insbesondere für die Wahl einer handlungsfähigen Regierung und die Unterstützung derselben, also für seine so genannte Kreationsfunktion – eine stabile Mehrheit benötigt, kommen gerade diese Aufgaben dem Europäischen Parlament nicht zu. Vielmehr wird Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1, 3 EUV so verstanden, dass das EU-Parlament gar keine klassische Kreationsfunktion hat und die europäische „Regierung“ nicht (alleine) wählt. Auch für das

Rechtssetzungsverfahren der EU ist eine stabile Mehrheit im Parlament nicht essenziell nötig.⁶⁷

Im Ergebnis ist damit die Erforderlichkeit der Sperrklausel im EuWG nicht (mehr) gegeben. Das belegt (und kommt schließlich auch noch als weiteres Argument gegen derartige „Gefahren“ für das Parlament hinzu) die Tatsache, dass fast alle anderen europäischen Mitgliedstaaten für „ihre“ Europawahl keine Sperrklauseln haben und auch das Europäische Unionsrecht sie nicht vorschreibt (sondern nur zulässt).⁶⁸ Es bleibt demgemäß festzustellen, dass die Differenzierung beim Erfolgswert der „deutschen“ Stimmen und der daraus resultierende Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind.

c) Verletzung der Chancengleichheit der Parteien, Art. 21 Abs. 1 GG

§ 2 Abs. 7 EuWG könnte zudem gegen die in Art. 21 Abs. 1 GG normierte Chancengleichheit der Parteien verstoßen. Wie oben bereits gesehen, ist zur Wahrung einer solchen Chancengleichheit sicherzustellen, dass jede Partei grundsätzlich die gleichen Chancen im gesamten Wahlverfahren und bei der Sitzverteilung hat. Eine Sperrklausel sorgt für eine Ungleichbehandlung der kleineren Parteien, die trotz eigener Wählerstimmen bei der Sitzvergabe unberücksichtigt bleiben. Tatsächlich wurde festgestellt, dass bei der Europawahl 2009 ohne die deutsche Fünf-Prozent-Sperrklausel weitere sieben Parteien Einzug in das Europäische Parlament gehalten hätten.⁶⁹

Auf Grund des engen Zusammenhanges zwischen der Wahlrechts- und der Chancengleichheit – Stichwort: „Kehrseite“ bzw. „zwei Seiten derselben Medaille“ oder: das aktive und das passive Wahlrecht als jeweiliger Bezugspunkt der Gleichheit – gestaltet sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung hier ebenso und scheitert unter Berücksichtigung der aktuellen Verhältnisse daher wie oben bei der Wahlrechtsgleichheit.

Letztlich kann demgemäß festgehalten werden, dass die Wahlprüfungsbeschwerden der Wähler gegen die letzte Wahl zum Europäischen Parlament nicht nur zulässig, sondern auch begründet und somit erfolgreich sind.

⁶³ Vgl. hierzu auch *Roßner*, NVwZ 2012, 22 (24).

⁶⁴ So auch BVerfG NVwZ 2012, 33 (37).

⁶⁵ BVerfG NVwZ 2012, 33 (37); zustimmend *Morlok*, JZ 2012, 76 (78).

⁶⁶ Ebenso BVerfG NVwZ 2012, 33 (40).

⁶⁷ Hier wird darauf abgestellt, dass die im hauptsächlich genutzten ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 289 Abs. 1 AEUV zu verabschiedenden europäischen Rechtsakte auch ohne die von der Mehrheit getragene Unterstützung des Europäischen Parlamentes zu Stande kommen könnten; vgl. dazu auch BVerfG NVwZ 2012, 33 (40).

⁶⁸ So Art. 3 des Direktwahlaktes (Beschluss und Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlamentes v. 20.9.1976, zuletzt geändert durch Beschlüsse des Rates v. 25.6. und 23.9.2002, BGBl. II 2003, S. 810 bzw. II 2004, S. 520). Diesen deutschen „Sonderweg“ übersieht *Schönberger*, JZ 2012, 80 (83 ff.), in seiner Kritik an der verneinten Erforderlichkeit.

⁶⁹ BVerfG NVwZ 2012, 33 (35).

d) *Annex: Urteilsfolgen*

Mit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Fünf-Prozent-Sperrklausel des § 2 Abs. 7 EuWG ist die Norm in analoger Anwendung der §§ 78 S. 1, 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG für nichtig erklärt worden.⁷⁰ Obwohl sich der Wahlfehler durchaus ausgewirkt hat (s.o.: so genannte Erheblichkeitsprüfung), führte er hier allerdings nicht auch noch zur Ungültigerklärung und Wiederholung der Europawahl 2009.⁷¹ Dieses Ergebnis ergibt sich laut BVerfG aus einer Abwägung zwischen dem Interesse am Bestandsschutz der gewählten Volksvertretung und den Auswirkungen des festgestellten Wahlfehlers. Dabei ist eine Neuwahl nur in den Fällen anzuordnen, in denen der Fortbestand des „falsch gewählten“ Parlamentes unerträglich erscheint.⁷² Eine solche „unerträgliche Situation“ ist hier jedoch angesichts der Geringfügigkeit der Folgen (noch) nicht anzunehmen.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Ungleichbehandlung von Wählerstimmen durch eine Sperrklausel auf Kommunal- und Europaebene nicht mehr mit der Abwehr staatspolitischer Gefahren als zwingendem sachlichem Grund rechtfertigen lässt. Die bei Bundes- und Landtagswahlen angeführte Gefahr, die Funktionsfähigkeit des Parlamentes könne durch eine Zersplitterung bedroht sein, besteht weder für die Vertretungskörperschaften der Gemeinden oder Landkreise noch für das Europaparlament. Beiden Einrichtungen kommt nämlich weder eine (substanzuelle) Kreationfunktion zu, noch ist ihre Mehrheitsfindung durch eine Zunahme der dort vertretenen Parteien ernsthaft bedroht. Schließlich ist auch noch zu beachten, dass die „Kommunalparlamente“ Teile der Landesverwaltung sind und – anders als die typischerweise durch Sperrklauseln geschützten „echten“ Parlamente – der Kontrolle und „Gefahrenabwehr“ durch die Kommunalaufsicht mit ihrem Instrumentarium unterliegen.

Schon die Entscheidung des BVerfG zur kommunalen Sperrklausel hatte über den konkreten schleswig-holsteinischen Fall hinaus Bedeutung auch für Wahlen auf anderen Ebenen: Sie verlangte keine Rechtsänderung,⁷³ sondern stärkte im Gegenteil sogar die dortige Argumentation, indem sie zwischen den verschiedenen „Parlamenten“ differenzierte und ihre unterschiedlichen Rollen bzw. Stellungen berücksichtigte. Damit wirkte dieses Urteil auch der allgemein verbreiteten die Gewaltenteilung übersehenden Gleichsetzung der „Kommunalparlamente“ mit anderen Legislativorganen entgegen.

⁷⁰ Vgl. BVerfG NVwZ 2012, 33 (42).

⁷¹ So die ständige Rechtsprechung; vgl. zuletzt BVerfG NVwZ 2012, 33 (42).

⁷² BVerfG NVwZ 2012, 33 (42). Auch eine rechnerische Korrektur des Wahlergebnisses wird vom BVerfG mangels Berücksichtigungsmöglichkeit des strategischen Wahlverhaltens abgelehnt; vgl. a.a.O. (42); kritisch dazu allerdings Roßner, NVwZ 2012, 22 (24); Morlok, JZ 2012, 76 (79).

⁷³ Insofern sind vielmehr gerade die Unterschiede zu beachten. So auch explizit BayVerfGH BayVBl. 2007, 13 = NVwZ-RR 2007, 73.

Die nächstliegende Folge war allerdings die Auswirkung auf andere Kommunalwahlgesetze, wo in der Folgezeit dann auch einige Bewegung zu verzeichnen war:⁷⁴ Teilweise gab es dort nie eine Sperrklausel, teilweise wurde sie vom Gesetzgeber abgeschafft, teilweise aber auch erst durch die Verfassungsgerichte „gekippt“.⁷⁵

In der weiteren Konsequenz dieses ersten Urteils wurde dann auch die deutsche Fünf-Prozent-Klausel bei der Europawahl in Zweifel gezogen, die weder in allen (nicht einmal in vielen) europäischen Mitgliedstaaten gilt noch eine vom Parlament kreierte europäische Regierung stützt.⁷⁶ Mit seinem neuen Urteil zur Verfassungswidrigkeit auch dieser Sperrklausel wird das BVerfG seinen vorher formulierten eigenen Ansprüchen gerecht: Zur Rechtfertigung einer differenzierenden Regelung genügt nicht der allgemeine Zweck der Funktionssicherung des Parlamentes. Vielmehr müssen die aktuellen Verhältnisse vollumfänglich ermittelt werden, um die Erforderlichkeit der Sperrklausel beurteilen zu können. Die klare Betonung der Stellung des Europäischen Parlamentes durch „Karlsruhe“ verdeutlicht nochmals die Kriterien, die für die Rechtfertigung einer Sperrklausel ausschlaggebend sind: Mangels tatsächlicher Bedrohung der Funktionsfähigkeit und angesichts der lediglich befürchteten Arbeitserschwerung sowie der fehlenden Kreationfunktion des Europaparlamentes gelingt die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von „dessen“ Sperrklausel nicht (mehr).

Abzuwarten sind nun zum einen die Auswirkungen dieser weiteren Entscheidung auf die Parteienlandschaft Deutschlands. Die neu geschaffene Möglichkeit für kleinere Parteien, durch eigene Abgeordnete im Europäischen Parlament vertreten zu sein, könnte langfristig insbesondere zu einer Etablie-

⁷⁴ Derzeit gibt es auf kommunaler Ebene die Sperrklausel nur noch in den Stadtstaaten Berlin, Hamburg und (mit gewissen Besonderheiten) Bremen. Nie eine Sperrklausel hatten Baden-Württemberg, Niedersachsen, Brandenburg, Sachsen und Sachsen-Anhalt. Ihre Geltung verlor eine ursprünglich vorhandene Sperrklausel in Bayern bereits 1952, in Hessen 1999, in Mecklenburg-Vorpommern 2000 sowie in Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Schleswig-Holstein und Thüringen schließlich 2008. Dazu insgesamt die Übersicht im Internet unter <http://www.wahlrecht.de/kommunal> (zuletzt abgerufen am 20.3.2012).

⁷⁵ So in Bayern (s. dazu Fn. 30; übrigens mit nahezu der gleichen Begründung des BayVerfGH wie jetzt das BVerfG), Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein und Thüringen (vgl. Fn. 33).

⁷⁶ Es ist damit sowohl die Eignung der Sperrklausel zur „Gefahrenabwehr“ als auch ihre Erforderlichkeit zum Schutz der Regierungstabilität zu verneinen. Bereits vor der entsprechenden Entscheidung des BVerfG im Ansatz so schon Pieroth/Schlink, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 500, unter Hinweis auf Murswiek, JZ 1979, 48, der allerdings auf die (damals) hauptsächlich beratende Funktionen des Europaparlamentes abhob; ferner Kramer, JuS 2003, 966 (968, 970). Mit überzogener Kritik am BVerfG dagegen Schönberger, JZ 2012, 80.

rung bisher wenig beachteter Parteien auch auf der durch eine Sperrklausel bislang vor ihnen „geschützten“ Bundes- oder Landesebene führen.⁷⁷

Zum anderen bleibt es jedoch weiterhin dabei, dass die Situation für Sperrklauseln bei Wahlen zum Bundes- oder Landtag differenziert zu beurteilen ist. Es wird zwar angesichts der Festigung der Demokratie in der mittlerweile über sechzigjährigen Geschichte der Bundesrepublik immer wieder in Zweifel gezogen, ob derartige Gefahren – nochmals: die Bedrohung der Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung durch zu viele kleine und kleinste Parteien, die Zersplitterung des Legislativorgans und die Verhinderung der Regierungsbildung sowie der Mehrheitsfindung im Parlament – ohne ein Mindestquorum für den Einzug in den Bundestag heute tatsächlich überhaupt noch bestünden bzw. ob eine Sperrklausel jedenfalls in dieser Höhe erforderlich sei. In einem stark von dem Funktionieren des Parlamentes abhängigen Staatswesen wie der Bundesrepublik Deutschland kann die Notwendigkeit dieses „Schutzwalles“ aber nach wie vor bejaht werden. Die Sperrklausel soll sicherstellen, dass die schlechten Erfahrungen ohne sie und die Gründe für ihre Einführung gar nicht erst wieder entstehen können. Dieser legitime Zweck kann die Ungleichheiten, die mit der Fünf-Prozent-Klausel verbunden sind, bei den „echten“ deutschen Parlamentswahlen immer noch rechtfertigen.⁷⁸

⁷⁷ So auch *Roßner*, NVwZ 2012, 22 (24).

⁷⁸ S. hierzu auch *Ipsen*, Staatsrecht I, 23. Aufl. 2011, Rn. 95 ff.

Gewahrsam – ein Begriff, der es nicht leicht macht

Von Rechtsanwalt Alexander Jüchser, Koblenz

I. Einleitung

Was Besitz ist, ist in den §§ 854 ff. BGB detailliert beschrieben und Gegenstand des bürgerlichen Rechts. Der Begriff des Gewahrsams hingegen taucht in diversen, vor allem älteren, Gesetzbüchern auf. Was Gewahrsam ist und vor allem wie dieser sich zum Besitz verhält, ist Gegenstand dieser Untersuchung.

In der strafrechtlichen Rechtsprechung und dem Schrifttum wird der Gewahrsamsbegriff vertieft diskutiert, handelt es sich doch um eines der Kernprobleme des Diebstahls. Ein Blick in das BGB enttäuscht. Im dritten Buch, dem Sachenrecht, ist von Gewahrsam nicht die Rede. Auch in § 242 StGB findet sich der Begriff nicht. Er wird erst im Wege der Auslegung des Wortes „Wegnahme“ in das Gesetz hineingelesen, wenn die Wegnahme als „Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams“¹ definiert wird. Erst mittels Auslegung wird ermittelt, dass auf den Gewahrsam abzustellen ist und nicht etwa auf den (heute) vertrauteren, weil im BGB ebenfalls verwendeten und definierten Begriff des Besitzes. An anderer Stelle, § 168 Abs. 1 StGB, wird im Strafgesetzbuch explizit der Begriff des Gewahrsams verwendet, aber nicht für eine Zuordnung von „klassischen“ Sachen. § 168 StGB stellt die Störung der Totenruhe unter Strafandrohung.

Auch in den §§ 808 f. ZPO wird auf den Gewahrsam abgestellt. Danach ist Voraussetzung für die Pfändung, dass sich die zu pfändende Sache im Gewahrsam des Schuldners befindet. Die Pfändung erfolgt dadurch, „dass der Gerichtsvollzieher sie in Besitz nimmt“ (§ 808 Abs. 1 ZPO). Indem der Gesetzgeber in der gleichen Vorschrift neben Gewahrsam auch Besitz verwendet, kommt zum Ausdruck, dass Gewahrsam und Besitz nicht identisch sein sollen, da sonst aus Gründen der Klarheit das gleiche Wort verwandt würde.

Sowohl in der ZPO als auch im StGB findet sich der Begriff des Gewahrsams nur im Zusammenhang mit beweglichen Sachen.

Ein drittes Mal stolpert man in der Rechtsordnung im Polizeirecht² über den Gewahrsam, doch geht es hier nicht um die Zuordnung von Sachen zu Personen. Geregelt ist die Freiheitsentziehung einer Person zur Gefahrenabwehr.³ Werden Personen in Gewahrsam genommen, werden sie in die Obhut oder unter die Aufsicht des Staates verbracht. Gewahrsam hat dort also etwas mit Obhut über jemanden zu tun.

Sucht man weiter, so findet man die Verwendung des Gewahrsamsbegriffs im Handelsrecht⁴, in der Abgabenordnung⁵ und in vielen weiteren Gesetzen.⁶ Dies verwundert

zunächst, da man meinen könnte, mit der im BGB verwendeten Kategorie Besitz auskommen zu können.

Hier werden nur die Gewahrsamsbegriffe des StGB und der ZPO im Vergleich zum Besitz des BGB untersucht. Dabei wird zunächst die sprachliche Bedeutung des Wortes Gewahrsam (II.) und die historische Entwicklung dargestellt (III.), um dann die Bedeutung nach Sinn und Zweck im jeweiligen Zusammenhang zu untersuchen (IV., V.). Im Anschluss daran wird vom Besitzbegriff ausgehend untersucht, wie sich der Gewahrsam beim Diebstahl und im Sinne der ZPO zu den Besitzformen verhält (VI.).

II. Gewahrsam etymologisch

Gewahrsam ist zumindest heute ein Rechtsbegriff. Umgangssprachlich wird das Wort im Gegensatz zu „Eigentum“ oder „Besitz“ kaum benutzt. Gewahrsam ist eine Ableitung von „gewahr“, was im althochdeutschen so viel wie „zur Sippe von Wahren gehörend“ bedeutete.⁷ Im mittelhochdeutschen stand gewahr dann schon für Obhut.⁸ So kann man aus der Wortbedeutung von „gewahr“ ableiten, dass Gewahrsam hat, wer eine Sache in seiner Obhut hat.

Gewahrsam stammt gerade nicht vom Begriff der „Gewere“ ab, dem mittelalterlichen deutschrechtlichen Besitzbegriff.⁹ Unter „Gewere“ verstand man ein äußeres Verhältnis von Personen zu Sachen, welches von der Rechtsordnung als Erscheinungsform eines formalen Herrschaftsrechtes an der Sache anerkannt und gewährleistet wurde.¹⁰

III. Gewahrsam historisch

Sowohl das Strafgesetzbuch als auch die ZPO sind älter als das BGB.¹¹ Der historische Gesetzgeber der ZPO und des StGB konnten nicht die Begrifflichkeiten des BGB zu Grunde legen, was jedoch nicht daran gehindert hätte, in späteren Reformen an den Besitzbegriff anzuknüpfen. Weder in der ZPO noch im StGB findet sich eine Legaldefinition des Gewahrsams. Im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 (ALR) wird Gewahrsam im siebenten Titel des ersten Teils definiert: „Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam, und wird Inhaber“¹² genannt.“¹³

⁶ Zum Beispiel § 9 AsylVfG; § 19 AWW; § 9 BeamtVG; § 20 ErbStG u.a.

⁷ Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011, Stichwort gewahr.

⁸ Kluge (Fn. 7), Stichwort gewahr.

⁹ Hierzu Bund, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2007, Vorbem. zu §§ 854 ff. Rn. 2.

¹⁰ v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, Sachenrecht, 1905, § 113 I (S. 187 f.).

¹¹ Die ZPO ist am 1.10.1879, das StGB am 1.1.1872 in Kraft getreten, das BGB erst am 1.1.1900.

¹² Auch der Inhaber findet sich noch im BGB: Nach § 793 BGB kann der Inhaber der Schuldverschreibung die Leistung verlangen. Inhaber ist, wer die tatsächliche Gewalt über das

¹ Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 242 Rn. 22.

² Zum Ganzen: Stoermer, Der polizeirechtliche Gewahrsam unter besonderer Berücksichtigung des Unterbindungsge-
wahrsams, 1998, passim.

³ So auch in Art. 104 Abs. 2 GG.

⁴ § 616 Abs. 3 S. 2 HGB.

⁵ Zum Beispiel § 76 AO.

Schon die Überschrift des siebenten Titels „Von Gewahrsam und Besitz“ macht deutlich, dass auch das ALR diese Begriffe unterschied. ¹⁴ § 111 ALR stellte auf das physische Vermögen ab, auf die Sache einzuwirken. Darüber hinaus war Gewahrsamsinhaber auch, wer von der Sache nichts wusste (§ 138 ALR). Auf einen Gewahrsamswillen oder auf ein Bewusstsein kam es demnach nicht an. ¹⁵ Da es sich um etwas Tatsächliches handelte, ging der Gewahrsam nicht mit dem Erbfall auf den Erben über. ¹⁶

Nach *Wolf/Raiser* beziehen sich ZPO und StGB (und auch HGB) auf die Begriffsbestimmung des Gewahrsams im ALR. ¹⁷ Der Gesetzgeber des BGB sah nicht die Notwendigkeit, den Begriff des Gewahrsams in der ZPO durch denjenigen des Besitzes zu ersetzen, da „der Ausdruck ‚Gewahrsam‘ zu begründeten Zweifeln keinen Anlaß gebe.“ ¹⁸ Um 1900 war Gewahrsam ein üblicher Begriff und die Definition des ALR bekannt. Hinzu kommt, dass mit der Schaffung des BGB die ZPO an das BGB nur formal angepasst wurde und materielle Änderungen gerade vermieden werden sollten. ¹⁹ Dem Gewahrsamsbegriff der ZPO lag folglich der Gewahrsamsbegriff von vor 1900 zugrunde, ²⁰ wie er im ALR definiert war.

Auch dem Gewahrsamsbegriff des Diebstahls liegt ursprünglich die Definition des ALR zugrunde. ²¹ Jedoch war schon bei Schaffung des BGB anerkannt, dass der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams nicht aus zivilistischer Sicht ausgelegt werden könne. ²²

Papier hat (*Kober/Engelmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 5./6. Aufl. 1910, § 793 IV. a); vgl. auch *Habersack*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 793 Rn. 25). Hier wurde wegen des damals üblichen Sprachgebrauchs am Inhaber festgehalten (*Kober*, in: Staudinger [a.a.O.], Vorbem. zu Besitz VIII. [S. 15]) und nicht zum Besitzer gewechselt. Der Begriff des Inhabers ist nicht deckungsgleich mit dem des Besitzers (vgl. *Habersack* [a.a.O.], § 793 Rn. 25).

¹³ ALR I 7 § 1.

¹⁴ Vgl. auch *Leske*, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Preussischen Allgemeinen Landrechts, Erste Hälfte, 1900, S. 354.

¹⁵ *Leske* (Fn. 14), S. 355.

¹⁶ *Leske* (Fn. 14), S. 358.

¹⁷ *Wolf/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 6 V (S. 29).

¹⁸ Prot. 6, 717.

¹⁹ *Kober* (Fn. 12), Vorbem. zu Besitz VIII (S. 15).

²⁰ *Wolf/Raiser* (Fn. 17), § 6 V (S. 29); *Siber*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts 67 (1917), 81 (204).

²¹ *Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 1883, § 242 Rn. 15.

²² *Kober* (Fn. 12), Vorbem. zu Besitz VIII. (S. 15 f.).

IV. Systematische und teleologische Einordnung des Gewahrsams im StGB

§ 242 StGB schützt das Eigentum. ²³ Dies wird aus dem Merkmal „fremd“ deutlich. Der Eigentümer macht sich eines Diebstahls nicht strafbar, wenn er dem Gewahrsamsinhaber die Sache wegnimmt. Eine ältere Auffassung sah auch den Gewahrsam als Rechtsgut des § 242 StGB an. ²⁴

Aus der Voraussetzung des Gewahrsamsbruchs wird deutlich, dass von § 242 StGB nicht jede Eigentumsstörung erfasst wird, sondern nur solche, bei der jemandem gegen oder ohne seinen Willen die tatsächliche Herrschaft an einer Sache genommen wird. Dieser nach außen erkennbare Bruch der Rechtsordnung ist, was den Diebstahl im Vergleich zur Unterschlagung ausmacht. Wegen des weiteren Merkmals „beweglich“ schützt § 242 StGB nur den Gewahrsam an beweglichen Sachen. Das heißt aber nicht, dass der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff nur bewegliche Sachen erfasst, vielmehr kommt es beim Schutz unbeweglicher Sachen, wie z.B. § 123 StGB zeigt, auf den Gewahrsam nicht an.

V. Systematische und teleologische Einordnung des Gewahrsams in der ZPO

Im Zuge der Zwangsvollstreckung sollen nur Sachen des Eigentümers gepfändet werden. Die Eigentumsverhältnisse an beweglichen Sachen kann der mit der Pfändung beauftragte Gerichtsvollzieher jedoch nur schwer feststellen. Der Gewahrsam hat für den Gerichtsvollzieher somit die gleiche Bedeutung wie der Besitz für die Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB. ²⁵ Die Prüfung des Gerichtsvollziehers beschränkt sich auf die erste Sicht, ²⁶ er kann mithin nur auf äußerlich leicht Erkennbares abstellen, dies ist die tatsächliche Sachherrschaft.

Anders als im Strafrecht erfolgt im Schrifttum hier relativ pauschal der Hinweis, dass regelmäßig Gewahrsam vorliege, wenn unmittelbarer Besitz zu bejahen ist. ²⁷

Systematisch finden sich die §§ 808, 809 ZPO im Abschnitt über die „Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen“. Aus dem Sinn und Zweck, leicht auf das Eigentum schließen zu können, wird deutlich, warum auf den Gewahrsam an Immobilien nicht abgestellt werden muss: hier kann jedermann durch einen Blick ins Grundbuch sehen, wer Eigentümer ist. Der Gewahrsamsbegriff der ZPO schließt mithin einen Gewahrsam an Immobilien nicht aus, es kommt auf einen solchen nur nicht an.

²³ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 242 Rn. 2.

²⁴ Vgl. BGHSt. 10, 400 (401).

²⁵ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 12; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 51 Rn. 12.

²⁶ *Stöber*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 29. Aufl. 2012, § 808 Rn. 3.

²⁷ Vgl. *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungsrecht, 23. Aufl. 2010, § 17 Rn. 7; *Münzberg*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 7, 22. Aufl. 2002, § 808 Rn. 14.

VI. Möglichkeit des Rückschlusses von Besitzformen auf den Gewahrsam

Von den bürgerlich-rechtlichen Kategorien ausgehend wird im Folgenden untersucht, ob in diesen Fällen Gewahrsam nach dem StGB bzw. der ZPO besteht. Im bürgerlichen Recht wird folgendermaßen unterschieden:

- Unmittelbarer und mittelbarer Besitz (§ 868 BGB)
- Eigenbesitz und Fremdbesitz (§ 872 BGB)
- Vollbesitz und Teilbesitz (§ 865 BGB)
- Alleinbesitz oder Mitbesitz (§ 866 BGB)
- Sowie die Sonderformen:
 - Erbenbesitz (§ 857 BGB)
 - Besitzdiener (§ 855 BGB)
 - der Organbesitz

1. Unmittelbarer Besitz

Unmittelbarer Besitzer ist gem. § 854 BGB, wer rein tatsächlich die Herrschaft über die Sache inne hat und diese tatsächliche Herrschaft kraft seines Besitzwillens unmittelbar (ohne Dritte Personen) ausübt.²⁸

Gewahrsam im Strafrecht wird als „die von einem Herrschaftswillen getragene faktische Sachherrschaft“²⁹ definiert. Bei dem strafrechtlichen Gewahrsam handelt es sich um ein rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis, das sich dadurch auszeichnet, dass der Inhaber dieser Herrschaft rein faktisch auf die Sache einwirken kann.³⁰ Das Herrschaftsverhältnis wird sozial-normativ bzw. nach der Verkehrsauffassung ausgeweitet. Demnach besteht auch Gewahrsam, wenn Sachen aufgrund einer normativen Zuordnung zum Herrschaftsbereich einer Person gehören, z.B. der Pflug, den der Bauern auf dem Felde zurückgelassen hat.³¹ Gewahrsam besteht damit aber auch dann, wenn eine tatsächliche Herrschaftsausübung aufgrund räumlicher Trennung gar nicht (mehr) möglich ist. Dies ist beim unmittelbaren Besitz nicht anders, er geht insbesondere nicht dadurch verloren, dass man im konkreten Augenblick nicht auf die Sache zugreifen kann.³² Um beim Beispiel des Pfluges auf dem Felde zu bleiben: auch hier würde man unmittelbaren Besitz des Bauern im Sinne des BGB annehmen.

Im Strafrecht wird für den Gewahrsam grundsätzlich ein mindestens genereller Gewahrsamswille verlangt, an den jedoch keine hohen Anforderungen gestellt werden.³³ Daher besteht Gewahrsam auch an denjenigen Sachen, von denen die Person gar nicht weiß, dass sie die tatsächliche Sachherrschaft über diese ausübt, z.B. wenn die Person etwas als Geschenk zugesteckt bekommt. Die Anforderungen an den

Besitzwillen im BGB sind ähnlich, so dass auch in diesem Beispiel unmittelbarer Besitz bejaht wird.³⁴

Unter Gewahrsam im Sinne der §§ 808, 809 ZPO wird die tatsächliche Sachherrschaft verstanden.³⁵ Danach befinden sich alle Sachen im Gewahrsam einer Person, „die in äußerlich erkennbarer Weise seinem Machtbereich (seiner Herrschaft) unterliegen, durch den sie nach der Verkehrsauffassung als sein Vermögen ausgewiesen sind.“³⁶ Eine nur kurzzeitige Verhinderung der tatsächlichen Sachherrschaft ändert auch hier am Gewahrsam nichts,³⁷ der Bauer auf dem Felde bleibt auch Gewahrsamsinhaber im Sinne der ZPO. Auch in der ZPO wird für die genaue Bestimmung, wann Gewahrsam besteht, auf die Lebensauffassung verwiesen.³⁸

Verkürzt lässt sich sagen, dass, wenn unmittelbarer Besitz im Sinne des BGB besteht, auch Gewahrsam im Sinne des StGB und der ZPO anzunehmen ist.

2. Mittelbarer Besitz

Mittelbarer Besitzer gem. § 868 BGB ist derjenige, der die tatsächliche Sachherrschaft kraft eines Besitzkonstituts durch einen Dritten (der dann unmittelbarer Besitzer ist) ausübt. Mehrstufige mittelbare Besitzverhältnisse sind möglich.

Der mittelbarer Besitzer im Sinne von § 868 BGB ist grundsätzlich nicht Gewahrsamsinhaber im Sinne des StGB.³⁹ Eine Ausnahme kraft Verkehrsanschauung gelte jedoch bei der Vermietung möblierter Zimmer, wo Mitgewahrsam des Vermieters nicht nur am Wohnraum, sondern auch an den Möbeln besteht.⁴⁰ Ob dies auch für unmöblierte Zimmer gilt, muss im Strafrecht nicht entschieden werden, da Zimmer als unbewegliche Sachen nicht Gegenstand des Diebstahls sein können.

In der ZPO hat der mittelbare Besitzer ebenfalls mangels tatsächlicher Sachherrschaft keinen Gewahrsam,⁴¹ da Besitzmittlungsverhältnisse als rechtliche Beziehung für den Gerichtsvollzieher nicht sichtbar sind, es aber auf diese Erkennbarkeit gerade ankommt. Indes soll auch in der ZPO bei der Miete eines Hotelzimmers der Vermieter Mitgewahrsam an den beweglichen Sachen im Zimmer haben, anders als bei der dauerhaften Vermietung eines möblierten Zimmers, selbst wenn sich der Vermieter Betretungsrechte eingeräumt hat, um die Sachen zu pflegen.⁴² Diese Unterscheidung leuchtet vom Sinn und Zweck her ein: in ein Hotelzimmer bringt der

²⁸ Wolf, Sachenrecht, 18. Aufl. 2002, Rn. 161.

²⁹ Bund (Fn. 9), Vorbem. zu § 854 ff. Rn. 58.

³⁰ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 34. Aufl. 2011, Rn. 82.

³¹ BGHSt 16, 271 (273).

³² Prütting, Sachenrecht, 34. Aufl. 2010, Rn. 52.

³³ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 13 Rn. 49; Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 87.

³⁴ Vgl. Joost, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 5. Aufl. 2009, § 854 Rn. 10.

³⁵ Vgl. Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Aufl. 2011, Rn. 235.

³⁶ Stöber (Fn. 26), § 808 Rn. 5.

³⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 70. Aufl. 2012, § 808 Rn. 10 mit Verweis auf § 856 Abs. 2 BGB.

³⁸ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 25), § 51 Rn. 4.

³⁹ RGSt 37, 198 (199).

⁴⁰ Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 93.

⁴¹ Baur/Stürmer/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006, Rn. 285.

⁴² Stöber (Fn. 26), § 808 Rn. 6.

Mieter in der Regel keine eigenen Möbel ein, in (vor-)möblierte Zimmer unter Umständen schon.

3. Eigenbesitz und Fremdbesitz (§ 872 BGB)

Das BGB unterscheidet gem. § 872 BGB den Fremdbesitzer vom Eigenbesitzer. Eigenbesitzer ist, wer die Sache als ihm gehörend besitzt. Auch der Dieb kann Eigenbesitzer im Sinne des BGB sein.⁴³

Im StGB kommt es nicht darauf an, ob der Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft die Sache als ihm gehörend ausübt. Auch in der ZPO spielt die Unterscheidung keine Rolle, sowohl Fremd- als auch Eigenbesitzer sind Gewahrsamsinhaber.⁴⁴ Auch dies ist teleologisch begründet. Ob der Inhaber einer Sache die tatsächliche Sachherrschaft als ihm gehörend ausübt, kann der Gerichtsvollzieher nicht erkennen.

4. Vollbesitz und Teilbesitz (§ 865 BGB)

Teilbesitzer ist derjenige, der nur einen Teil einer Sache besitzt. § 865 BGB führt als Beispiele „abgesonderte Wohnräume oder andere Räume“ auf. Teilbesitz ist auch an beweglichen Sachen möglich, soweit es sich um einzelne Sachteile handelt.

Sowohl für den Gewahrsam des StGB als auch für den Gewahrsam der ZPO ist diese Unterscheidung nicht von besonderem Interesse. Beim Diebstahl des § 242 StGB kommt es darauf an, dass die Sache beweglich ist und somit weggeschafft werden kann. Ob sie ein Bestandteil von etwas anderem ist, ist nicht relevant. Der unmittelbare Teilbesitzer ist Gewahrsamsinhaber, auch wenn er nur über diesen (Bestand-)Teil die tatsächliche Sachherrschaft ausübt.

Das gleiche gilt für die ZPO. Hier muss die Sache pfändbar sein. Ein Teil einer Sache ist grundsätzlich nicht pfändbar. Unter Umständen lässt sich der Miteigentumsanteil pfänden. Dabei handelt es sich aber um eine Pfändung nach § 857 ZPO,⁴⁵ bei der es auf Gewahrsam nicht ankommt.

5. Alleinbesitz und Mitbesitz (§ 866 BGB)

Mitbesitz in Abgrenzung zum Alleinbesitz gem. § 866 BGB liegt vor, wenn mehrere gemeinschaftlich eine Sache besitzen. Mittelbarer Mitbesitz ist ebenfalls möglich.⁴⁶

Im Strafrecht wird Mitgewahrsam angenommen, wenn mehrere Personen die tatsächliche Verfügungsgewalt über eine Sache ausüben. Je nach Rangverhältnis sind mehrstufige Gewahrsamsverhältnisse anerkannt.⁴⁷ Voraussetzung bleibt die tatsächliche Sachherrschaft jedes Mitgewahrsamsinhaber.

bers. Hingegen sind mittelbare Mitbesitzer grundsätzlich keine Gewahrsamsinhaber im Sinne des StGB; hier gilt das oben beim mittelbaren Besitz Gesagte.⁴⁸

Auch der Gewahrsamsbegriff der ZPO kennt den Mitgewahrsam, wie schon aus § 809 Alt. 2 ZPO deutlich wird.⁴⁹ Darüber hinaus gilt auch hier das oben zum mittelbaren Besitz Gesagte. Ein mittelbarer Mitbesitzer ist nicht Gewahrsamsinhaber im Sinne der ZPO.⁵⁰

6. Erbenbesitz (§ 857 BGB)

Nach § 857 BGB geht der Besitz mit dem Tode des Besitzers auf seine Erben über, auch wenn sie die tatsächliche Sachherrschaft nicht (gleich) ausüben können.

Der Erbenbesitzer ist nicht Gewahrsamsinhaber im Sinne des StGB, da eine gesetzliche Fiktion die tatsächliche Herrschaftszuordnung nicht ersetzen kann.⁵¹ Somit kommt es im Strafrecht zu einem gewahrsamslosen Besitz im Rahmen des Erbfalls, da der Tote ebenfalls nicht mehr Gewahrsamsinhaber ist. Strafbarkeitslücken sind wegen § 246 StGB nicht zu befürchten.

Der Erbenbesitzer hat nach der ZPO ebenfalls keinen Gewahrsam, weil die Besitzfiktion auch hier keine tatsächliche Sachherrschaft begründen kann.⁵² Dies lässt sich ebenso mit dem Sinn und Zweck der Erkennbarkeit für den Gerichtsvollzieher begründen, da Erbschaftsverhältnisse nicht auf den ersten Blick erkennbar sind.

Sowohl im Rahmen der ZPO als auch im Rahmen des StGB ist der Besitzer nicht Gewahrsamsinhaber, soweit der Besitz auf der Fiktion des § 857 BGB beruht.

7. Besitzdiener (§ 855 BGB)

Nach § 855 BGB ist Besitzdiener derjenige, der zwar die tatsächliche Sachherrschaft inne hat, sie aber für einen anderen Kraft eines Rechtsverhältnisses ausübt, das den dahinter stehenden Besitzer dazu ermächtigt, Weisungen in Beziehung auf die Sache zu geben. Nach dem bislang Gesagten müsste der Besitzdiener dennoch Gewahrsamsinhaber sein, da das die Besitzdienerschaft begründende Rechtsverhältnis gerade nicht unmittelbar erkennbar ist, weil es rechtlicher und nicht tatsächlicher Natur ist.

Der Besitzdiener kann Gewahrsamsinhaber im Sinne des StGB sein, weil er die tatsächliche Sachherrschaft ausübt. Er kann aber auch nur Gewahrsamsgehilfe oder Gewahrsamshüter sein bzw. gar keinen Gewahrsam haben, wenn er aufgrund seiner sozial abhängigen Stellung zu seinem Auftrag- und Arbeitgeber nach der Verkehrsauffassung und auch nach außen erkennbar nur für diesen die Sachherrschaft ausübt. Derjenige, dem dann die Sachherrschaft zugerechnet wird,

⁴³ Berger, in: Jauernig (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 14. Aufl. 2011, § 872 BGB Rn. 1.

⁴⁴ Becker, in: Musielak (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 8. Aufl. 2011, § 808 Rn. 4.

⁴⁵ Gruber, in: Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2, 3. Aufl. 2007, § 808 Rn. 4.

⁴⁶ Joost (Fn. 34), § 866 Rn. 7.

⁴⁷ Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 84.

⁴⁸ Siehe soeben IV. 2.

⁴⁹ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 25), § 51 Rn. 4.

⁵⁰ Siehe soeben IV. 2.

⁵¹ RGSt 34, 252 (254); Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 94.

⁵² Brox/Walker (Fn. 35), Rn. 236.

kann räumlich so von der Sache getrennt sein,⁵³ dass ihm die jederzeitige Ausübung des Herrschaftsrechts faktisch nicht möglich ist. Dies lässt sich aber auch mit dem Herrschaftswillen begründen, da der Besitzdiener ja gerade mangels Besitzwillens nicht selbst Besitzer ist. Da an den strafrechtlichen (Gewahrsams-)Willen indes keine zu großen Anforderungen gestellt werden, ist eine solche differenzierte Betrachtung auf der Willensebene nicht möglich.

Der Besitzdiener hat keinen Gewahrsam im Sinne der ZPO. Die Sachen stehen vielmehr im Gewahrsam desjenigen, für den die tatsächliche Sachherrschaft ausgeübt wird,⁵⁴ unabhängig von einer eventuellen räumlichen Trennung.⁵⁵ Dies lässt sich nur damit begründen, dass das Auftrags- bzw. Arbeitsverhältnis, das die Besitzdienerstellung begründet, für den Gerichtsvollzieher in der Regel erkennbar ist. Insgesamt erscheint der fehlende Gewahrsam des Besitzdieners aber vom Ergebnis her begründet: Wäre der Besitzdiener Gewahrsamsinhaber würde zum einen die Vollstreckung in das Vermögen von Unternehmen schwierig, da sich ein Teil der Vermögenswerte (z.B. Werkzeuge) im Gewahrsam der Arbeitnehmer befänden. Andererseits liefen die Inhaber von Unternehmen ständig Gefahr, dass das Arbeitsmaterial, das ihnen gehört, gepfändet wird, nur weil ihre Arbeitnehmer es mit sich führen.

8. Organbesitz

Juristische Personen (GmbH, AG etc.) üben ihren Besitz durch ihre zur Geschäftsführung berufenen Organe aus.⁵⁶ Übt also die zur Geschäftsführung berufene Person die tatsächliche Sachherrschaft innerhalb ihres Aufgabenbereichs aus, wird diese Sachherrschaft der juristischen Person zugerechnet.⁵⁷ Dies bezeichnet man als Organbesitz. Es gilt auch für die Personengesellschaften, soweit sie rechtsfähig sind (also insb. für OHG und KG, § 124 HGB, nunmehr auch für die Außen-GbR⁵⁸).⁵⁹

Aus der Bezugnahme auf den Gewahrsamswillen folgt, dass juristische Personen keinen Gewahrsam im Sinne des StGB haben können. Gewahrsamsträger können hier nur die Organe sein.⁶⁰ Eine Zurechnung zu den juristischen Personen findet im Strafrecht nicht statt. Die juristischen Personen werden also nicht Gewahrsamsinhaber im Sinne des § 242 StGB.

Anders in der ZPO: Juristische Personen selbst sind im Rahmen der Zwangsvollstreckung Gewahrsamsinhaber; ihnen

wird der Gewahrsam ihrer Organe zugerechnet.⁶¹ Das Gleiche gilt auch für die OHG und KG. Die Zurechnung des Gewahrsams der Geschäftsführer zur GbR sollte anerkannt werden.⁶² Der Außen-GbR wird die Rechts- und Besitzfähigkeit zuerkannt. Es können Titel gegen sie ergehen. Verneinte man die Zurechnung des Gewahrsams der Organe, würde eine Vollstreckung in das bewegliche Eigentum der GbR unnötig erschwert.

VII. Vergleich

Im Ergebnis ist festzustellen, dass immer, wenn unmittelbarer Besitz besteht, auch Gewahrsam zu bejahen ist. Festzustellen ist aber auch, dass Gewahrsam im StGB nicht gleichbedeutend mit Gewahrsam in der ZPO ist, wie das Beispiel des Organbesitzes zeigt. Dahinter steht der Telos der jeweiligen Regelung. Während es der ZPO um den Schutz des Eigentümers vor der Pfändung geht, andererseits aber auch die Pfändung nicht übermäßig erschwert werden soll, besteht dieses widerstreitende Interesse im StGB nicht. Dort ist der Wegnehmende derjenige, der die Rechtsordnung missachtet. Zudem darf sich der strafrechtliche Schutz nicht auf den Eigentümer beschränken, denn es haben auch sonstige die Sachherrschaft Ausübende ein (berechtigtes) Interesse an dieser.

Das Gesetz gibt keine Antwort auf die Frage, ob Gewahrsam auch an Immobilien möglich ist. In der ZPO kommt es auf den Gewahrsam wegen des Grundbuchs nicht an: Hier kann das Eigentum nachgewiesen werden. § 242 StGB schützt nur das Eigentum an beweglichen Sachen. Auch dahinter steht nicht zuletzt die Überlegung, dass der Eigentümer eine dauerhafte Störung seines Eigentums an Immobilien zivilrechtlich leicht beseitigen kann: wer das Eigentum an Immobilien dauerhaft stört, lässt sich – anders als unter Umständen bei Mobilien – leicht feststellen. Für die (kurzfristige) Störung besteht zudem die Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruch (§ 123 StGB).

Zwar besteht historisch die Anknüpfung an die Begrifflichkeit des ALR, aber diese ist, wie das Beispiel des „Organ-gewahrsams“ in der ZPO zeigt, längst in den Hintergrund getreten. Im StGB war schon zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts anerkannt, dass kein Gleichlauf besteht.⁶³

Die nachfolgende Übersicht stellt die gefundenen Ergebnisse zusammenfassend dar:

⁵³ Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 242 Rn. 70; Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 94.

⁵⁴ Baur/Stürner/Bruns (Fn. 41), Rn. 28.5; Brox/Walker (Fn. 35), Rn. 236; Bund (Fn. 9), Vorbem. zu § 854 ff. Rn. 59.

⁵⁵ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (Fn. 37), § 808 Rn. 10.

⁵⁶ Joost (Fn. 34), § 854 Rn. 17.

⁵⁷ Joost (Fn. 34), § 854 Rn. 17.

⁵⁸ Joost (Fn. 34), § 854 Rn. 24.

⁵⁹ Bassenge, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 71. Aufl. 2012, § 854 Rn. 12.

⁶⁰ Wessels/Hillenkamp (Fn. 30), Rn. 88.

⁶¹ Brox/Walker (Fn. 35), Rn. 242.

⁶² Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 25), § 51 Rn. 9.

⁶³ Dazu bereits oben unter III.

Besitzformen nach dem BGB	Gewahrsam i.S.d. § 242 StGB	Gewahrsam nach der ZPO
Unmittelbarer Besitz	Gewahrsam	Gewahrsam
Mittelbarer Besitz	Kein Gewahrsam	Kein Gewahrsam
Eigen- und Fremdbesitz	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant
Voll- und Teilbesitz	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant
Allein- und Mitbesitz	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant	Für die Frage des Gewahrsams nicht relevant
Erbenbesitz	Kein Gewahrsam	Kein Gewahrsam
Besitzdiener	Kann Gewahrsamsinhaber sein	Kein Gewahrsam
Organbesitz	Kein Gewahrsam der juristischen Person und Personengesellschaft	Gewahrsam der juristischen Person und Personengesellschaft (nach hier vertreter Auffassung auch der GbR)

Übungsfall: Später Widerruf und gefährliche Zigarettenpause

Von Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld

Sachverhalt

Kaufmann V betreibt folgendes Geschäftsmodell: Er spricht Studierende auf dem Universitätsgelände an und bietet ihnen neue Computer zum Kauf an. Unterstützt wird er von einem Mitarbeiter der X-Bank, die Darlehensverträge zur Finanzierung solcher Geschäfte anbietet. Erklärt sich ein Student zum Kauf bereit, unterzeichnet er ein Formular, das mit „Verbindliche Bestellung“ überschrieben ist. Gleichzeitig wird ein Termin zum Abschluss eines entsprechenden Darlehensvertrags in den Geschäftsräumen der X-Bank vereinbart.

So geschieht es der Studierenden K am 11.10.2010. Auf dem Campus ihrer Universität wird sie am ersten Vorlesungstag des Wintersemesters von V angesprochen. K entschließt sich zum Kauf eines Computers zum Preis von 1.500 € und unterzeichnet das Bestellformular des V, das sie diesem wieder übergibt. K erhält einen Durchschlag ihrer verbindlichen Bestellung und eine allen gesetzlichen Bestimmungen genügende Widerrufsbelehrung ausgehändigt. Es wird vereinbart, dass K innerhalb der folgenden zehn Tage eine „Auftragsbestätigung“ erhält, durch die der Kaufvertrag geschlossen werden soll. Zur Bezahlung des Computers wird vereinbart, dass K 500 € unmittelbar an V zahlt und 1.000 € nach Abschluss eines entsprechenden Darlehensvertrags unmittelbar von der X-Bank an V überwiesen werden. Die Lieferung des Computers soll innerhalb der kommenden drei Wochen und nach Zahlungseingang erfolgen.

Am 15.10.2010 schließt K in den Geschäftsräumen der X-Bank einen entgeltlichen Darlehensvertrag zur Finanzierung des Computerkaufs. Auch hier wird sämtlichen formalen Anforderungen des Gesetzes genügt. K wird umfassend informiert. Laut Vertrag ist das Darlehen nebst Zinsen in sechs Raten innerhalb eines Jahres zurückzuzahlen. Am selben Tag geht bei K die Auftragsbestätigung von V ein. Von K und der X-Bank erhält V am 18.10.2010 die vereinbarten Zahlungen in Höhe von 500 bzw. 1000 €.

Die Lieferung des Computers an K erfolgt am 26.10.2010 per Paketpost. Nun, der Computer liegt noch originalverpackt in der Wohnung der K, überlegt es sich die Studentin anders.

Am 27.10.2010 wendet sie sich an Rechtsanwältin R mit der Frage, ob sie sich von den Geschäften noch einmal lösen kann, was sie gegebenenfalls zu unternehmen hat und auf welche Gegenansprüche seitens V und der X-Bank sie sich einzustellen hat.

Bei der Gelegenheit schildert K der Rechtsanwältin auch folgenden Vorgang, der schon ein paar Monate zurückliegt: Nach Abschluss des Abiturs hat K im Frühjahr 2010 eine Nebentätigkeit bei dem Meinungsforschungsinstitut des M aufgenommen. Die Büroräume hatte M bereits im Herbst 2008 von V gemietet. Als K sich im Sommer 2010 zu einer Zigarettenpause auf dem Balkon des Büros aufhielt, stürzte der gesamte Balkon ab, wobei sich K den Arm brach. Es stellt sich heraus, dass die Befestigung des Balkons am Mauerwerk des Gebäudes in Folge von Korrosion instabil geworden war. Allein ausschlaggebend dafür war allerdings ein Konstruktionsfehler des Balkons. Zwischenzeitlich ist sowohl

das Unternehmen, das den Balkon im Sommer 2008 hergestellt und moniert hat, als auch M insolvent geworden. An R richtet K nun die Frage, ob sie die Zahlung eines angemessenen Schmerzensgelds womöglich von V verlangen kann.

Formulieren Sie bitte im Anschluss an das Rechtsgutachten jeweils eine Empfehlung der Rechtsanwältin R an die Mandantin K.

Lösungshinweis

Es handelt sich um eine Klausur auf dem Niveau der Ersten Staatsprüfung. Sie besteht aus zwei selbständigen Teilen. Der bedeutend kürzere zweite Teil des Falls ist eng an eine Entscheidung des XII. Zivilsenats zum Mietrecht angelehnt (BGH, Urt. v. 21.7.2010 – XII ZR 189/08). Im ersten Teil spielt ein Urteil des VII. Senats eine Rolle, wobei dies allerdings nur einen Teilaspekt des Falls betrifft (BGH, Urt. v. 23.9.2010 – VII ZR 6/10).

Teil 1

I. Vorbemerkung

K möchte den kreditfinanzierten Kauf eines Computers rückgängig machen. Ernsthaft in Betracht zu ziehen ist allein die Ausübung eines verbraucherprivatrechtlichen Widerrufsrechts, da der Sachverhalt weder einen Anhaltspunkt für die Anfechtbarkeit der Verträge noch für die Mangelhaftigkeit der Ware enthält. Auch die Wirksamkeit der Verträge steht nicht in Zweifel.

II. Widerruflichkeit des Kaufvertrags über den Computer nach § 312 BGB

1. Vertrag über eine entgeltliche Leistung

Zwischen V und K ist ein Vertrag über eine entgeltliche Leistung zu Stande gekommen. Es handelt sich um einen Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB. Den Antrag erklärt K durch Unterzeichnung und Übergabe des Bestellformulars an V am 11. 10.2010. Geschlossen wurde der Vertrag durch Zugang der Auftragsbestätigung bei K am 15.10.2010.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Voraussetzung der Widerruflichkeit eines Vertrags nach § 312 BGB ist ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher. V ist als Einzelkaufmann und Computerhändler Unternehmer i.S.d. § 14 BGB. K ist als Studierende als Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB zu qualifizieren.

3. Haustürsituation

Nach § 312 Abs. 1 BGB muss K in einer Haustürsituation zum Abschluss des Vertrags bestimmt worden sein. In Betracht kommt hier das Ansprechen im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrsflächen nach § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB. V hat K auf dem Campus der Universität angesprochen, woraufhin K die entsprechende Willenserklärung abgegeben hat. Dass der Vertrag erst später, mit Zugang der Annahme durch V, zu Stande kam, ist insoweit unschädlich.

4. Widerrufsrecht

a) Bestehen des Widerrufsrechts

Nach § 312 Abs. 1 BGB steht K hinsichtlich des Kaufvertrags, genauer ihrer Willenserklärung, ein Widerrufsrecht gem. § 355 BGB zu. Ein Ausnahmetatbestand nach § 312 Abs. 3 BGB liegt nicht vor. Nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Verbraucher an seine auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerruft.

b) Widerrufsfrist gem. § 355 Abs. 2, 3 BGB

Zu klären ist, ob K am 27.10.2010 das Widerrufsrecht noch hinsichtlich des Kaufvertrags mit Aussicht auf Erfolg ausüben kann. Nach § 355 Abs. 2 S. 1 BGB beträgt die Widerrufsfrist 14 Tage, wenn der Verbraucher spätestens bei Vertragsschluss ordnungsgemäß belehrt wurde. Maßgeblich für den Fristbeginn ist nach § 355 Abs. 3 S. 1 BGB die Mitteilung der Widerrufsbelehrung in Textform. § 355 Abs. 3 S. 2 BGB (Schriftform) spielt im vorliegenden Fall keine Rolle.

Zu erörtern ist nun, ob die Widerrufsfrist bereits am 11.10.2010 mit der Aushändigung der Widerrufsbelehrung in Gang gesetzt wurde. Zweifel daran können unter zwei Gesichtspunkten bestehen. Zum einen reicht es für eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung nicht aus, wenn der Unternehmer vorab pauschal belehrt.¹ Zum anderen ist am 11.10.2010 noch kein Vertrag geschlossen worden. Es fragt sich also, ob der Abschluss des Vertrags den Beginn der Widerrufsfrist bedingt.

Zum ersten Punkt ist festzustellen, dass es für eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung ausreicht, wenn sie in einem konkreten Zusammenhang zum Abschluss des Vertrags steht und nicht vollkommen losgelöst erteilt wird. Dies ist vorliegend eindeutig der Fall. Die Belehrung erfolgt bei Abgabe des Vertragsantrags durch K.

Die zweite Frage stand im Mittelpunkt einer Entscheidung des VII. Zivilsenats² des BGH. Hier weist der BGH zu Recht darauf hin, dass beim Haustürgeschäft nicht der Abschluss des Vertrags eine Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist darstellt. Bezugspunkt des Widerrufs ist nicht der Vertrag, sondern die Willenserklärung des Verbrauchers. Der Fristbeginn richtet sich nach der ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung. Das Gesetz bestimmt an verschiedenen Stellen allerdings, dass der Abschluss des Vertrags Voraussetzung für den Fristbeginn ist. Zu nennen sind etwa § 312d Abs. 2 BGB hinsichtlich der Dienstleistung und § 495 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. a BGB. Eine entsprechende Regelung gibt es allerdings für das Haustürgeschäft nicht.

Folge dessen ist, dass die vierzehntägige Widerrufsfrist im vorliegenden Fall mit Belehrung am 11.10.2010 in Gang gesetzt wurde und am 27.10.2010 bereits verstrichen war.

Die Erklärung des Widerrufs hinsichtlich des Kaufvertrags wäre somit verspätet und nicht ratsam.

5. Zwischenergebnis

K kann sich von dem Kaufvertrag nicht mehr nach § 312 BGB lösen.

III. Widerruflichkeit des Darlehensvertrags nach § 495 Abs. 1 BGB

1. Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts

Auch beim Abschluss des Darlehensvertrags handelt K als Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB. Die X-Bank ist unzweifelhaft Unternehmerin nach § 14 BGB. Es handelt sich um einen entgeltlichen Verbraucherdarlehensvertrag i.S.d. § 491 Abs. 1 BGB. Bereichsausnahmen nach § 491 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB sind nicht einschlägig.

2. Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB

a) Bestehen des Widerrufsrechts

K steht hinsichtlich des Darlehensvertrags der X-Bank gegenüber nach § 495 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zu.

b) Widerrufsfrist

Wiederum stellt sich die Frage, ob K am 27.10.2010 noch mit Aussicht auf Erfolg von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch machen kann. Auch hier gibt die Information über das Widerrufsrecht Maß. Allerdings bestimmt das am 11.6.2010 in Kraft getretene und mit Wirkung vom 30.7.2010 geringfügig geänderte neue Verbraucherkreditrecht, dass die Information über das Bestehen des Widerrufsrechts als Pflichtangabe im formgebundenen Vertrag zu erfolgen hat, § 495 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB. Es findet keine separate Widerrufsbelehrung mehr statt. Hinzu kommt, dass die Frist nicht vor Abschluss des Vertrags zu laufen beginnt, was sich aus § 495 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. a BGB ergibt.

Im vorliegenden Fall wurde die Widerrufsfrist somit am 15.10.2010 in Gang gesetzt, so dass sie am 27.10.2010 noch nicht verstrichen war.

c) Ausübung des Widerrufsrechts

K hat die Möglichkeit, bis zum Ablauf des 29.10.2010 den Widerruf hinsichtlich des Verbraucherdarlehensvertrags zu erklären.

Hinweis: Die Fristberechnung erfolgt nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 1 BGB, ohne, dass § 193 BGB relevant würde.

Die Ausübung des Widerrufsrechts hat nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB in Textform zu erfolgen und bedarf keiner Begründung. Erklärt werden muss der Widerruf im vorliegenden Fall gegenüber der X-Bank. Nach Maßgabe von § 355 Abs. 1 S. 2 BGB a.E. genügt die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung zur Wahrung der Frist, hier also die Absendung am 29.10.2010.

3. Zwischenergebnis

Von dem Darlehensvertrag kann sich K noch durch die rechtzeitige Ausübung des Widerrufsrechts lösen.

¹ BGH NJW 2002, 3396.

² BGH ZIP 2010, 2052.

IV. Widerruflichkeit des Darlehensvertrags nach § 312 BGB

Selbst wenn man in Erwägung zieht, dass der Darlehensvertrag in einer Haustürsituation angebahnt wurde, würde das Widerrufsrecht aus § 312 BGB nach Maßgabe von § 312a BGB in Anbetracht der Widerruflichkeit des Vertrags aus § 495 BGB zurücktreten.

V. Rechtsfolgen der Ausübung des Widerrufsrechts aus § 495 BGB*1. Auswirkung des Widerrufs auf den Darlehensvertrag*

Unmittelbar wirkt sich die Ausübung des Widerrufsrechts auf den Darlehensvertrag dadurch aus, dass K nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB nicht mehr an ihre Willenserklärung gebunden ist. K muss die fällig werdenden Raten nicht zurückzahlen. Die weiteren Rechtsfolgen richten sich grundsätzlich nach § 357 BGB. Insbesondere hätte K der Bank die empfangenen, respektive an V geleisteten 1.000 € zurückzuerstatten. Im vorliegenden Fall sind allerdings die Besonderheiten des verbundenen Geschäfts zu beachten.

*2. Verbundene Verträge**a) Vorliegen verbundener Verträge*

Der Darlehensvertrag zwischen K und der X-Bank sowie der Kaufvertrag zwischen K und V sind nach Maßgabe von § 358 Abs. 3 S. 1 BGB verbunden, wenn das Darlehen der Finanzierung des Kaufpreises dient und die beiden Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Das Darlehen hat sich K ausschließlich zu dem Zweck gewähren lassen, den Erwerb des Computers zu finanzieren. Auch eine wirtschaftliche Einheit zwischen den beiden Verträgen liegt vor, weil sich die Bank der Mitwirkung des V bei der Vorbereitung des Vertragsabschlusses bedient hat, § 358 Abs. 3 S. 2 BGB.

*b) Rechtsfolgen des Verbunds**aa) Widerrufserstreckung*

§ 358 Abs. 2 S. 1 BGB bestimmt, dass der Verbraucher in Folge des Widerrufs des Darlehensvertrags auch an das finanzierte Geschäft nicht mehr gebunden ist. Die Widerrufserstreckung führt somit dazu, dass K sich trotz der Verfristung des Widerrufsrechts aus § 312 BGB auch noch von dem Kaufvertrag mit V lösen kann.

bb) Rückabwicklung im Verhältnis zwischen K und der X-Bank

Weiterhin beschränkt sich das Rückabwicklungsverhältnis hier nach Ausübung des Widerrufsrechts auf das Verhältnis zwischen der X-Bank und K, was sich aus § 358 Abs. 4 S. 3 BGB ergibt.

Folge dessen ist, dass K von der X-Bank die Rückzahlung des an V geleisteten Teils des Kaufpreises in Höhe von 500 € verlangen kann. Diesbezügliche Anspruchsgrundlage sind die §§ 358 Abs. 4 S. 3, S. 1, 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Der ebenfalls bestehende Anspruch auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen (Zinsen) dürfte in Anbetracht des Zeitraums von wenigen Tagen vernachlässigbar sein.

Auf der anderen Seite trifft die K nach §§ 358 Abs. 4 S. 3, S. 1, 357 Abs. 2 S. 1 BGB die Pflicht zur Rücksendung des Computers an die X-Bank. Die Kosten der Rücksendung trägt wiederum die X-Bank, §§ 358 Abs. 4 S. 3, S. 1, 357 Abs. 2 S. 2 BGB, so dass K das Paket der X-Bank unfrei zusenden kann.

Etwaigen Ansprüchen auf Nutzungsentschädigung seitens der X-Bank sieht sich K in Anbetracht des Zeitraums und des original verpackt gebliebenen Computers nicht ausgesetzt. Insbesondere steht der Bank kein Anspruch gegen K auf Rückzahlung der an V geleisteten 1.000 € zu. Diesbezüglich muss sich die X-Bank an V halten.

VI. Ergebnis und Empfehlung

Der fristgerechte Widerruf des Darlehensvertrags führt nicht nur zur Freistellung der K von der Verpflichtung, das Darlehen nebst Zinsen zurückzuzahlen, sondern eröffnet K auch die Möglichkeit, den Computer wieder zurückzugeben. Die Rückzahlung der an V geleisteten Anzahlung kann K von der X-Bank verlangen. K ist allerdings verpflichtet, den Computer an die X-Bank zu senden. Diesbezügliche Kosten trägt die Bank.

Es ist K daher zu empfehlen, den Darlehensvertrag bis zum 29.10.2010 in Textform zu widerrufen und anschließend die Bank auf Zahlung von 500 € in Anspruch zu nehmen sowie das Paket unfrei an die Bank zu versenden.

Teil 2**I. Vorbemerkung**

K macht gegenüber V einen Schadensersatzanspruch geltend. Dem Sachverhalt ist kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass V ein Verschuldensvorwurf hinsichtlich des Geschehens zu machen sein könnte, so dass sämtliche verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche von vornherein ausscheiden. In Betracht kommt allein eine Schadensersatzhaftung des V aus § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB, der eine Garantiehafung des Vermieters anordnet. Die zentralen Probleme des Falls liegen einmal darin, dass sich eine Leistungspflicht des Vermieters gegenüber seinem Mieter zur Schutzpflicht gegenüber einem Dritten wandelt. Zum anderen ist zu erörtern, ob der vorliegende Mangel bereits anfänglich bestand.

II. Anspruchsvoraussetzungen des § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB*1. Mietvertrag*

Ein Mietvertrag zwischen V und K besteht zweifellos nicht. K kann aber in den Schutzbereich des Mietvertrags zwischen V und M einbezogen sein. Ein solcher Mietvertrag über die Büroräume zwischen V und M besteht laut Sachverhalt.

2. Einbeziehung in den Schutzbereich des Mietvertrags

Als Arbeitnehmerin ist K in den zwischen V und M geschlossenen Mietvertrag über die Büroräume einbezogen. Der XII. Zivilsenat³ hat dies in einer jüngeren Entscheidung, der ein

³ BGH NJW 2010, 3152.

vergleichbarer Fall zu Grunde lag, noch einmal ausführlich begründet:

„Der Klägerin steht ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. zu, obwohl sie selbst nicht Mieterin der Gewerberäume der Beklagten zu 4 ist. Denn sie ist als Angestellte der Mieterin in den Schutzbereich des Mietvertrages mit der Beklagten zu 4 einbezogen.

aa) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass auch dritte, an einem Vertrag nicht unmittelbar beteiligte Personen in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden können. Ihnen gegenüber ist der Schuldner zwar nicht zur Leistung, wohl aber unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtet. Zu den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte gehört insbesondere auch der Mietvertrag (BGHZ 49, 350, 353 = WM 1968, 438, 439 m.w.N.). Die Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung eines Vertrages beruht darauf, dass die dritte Person wie der Mieter selbst mit der Leistung des Vermieters in Berührung kommt, also eine gewisse Leistungsnähe vorliegt. Weiter ist erforderlich, dass der Mieter der dritten Person etwa aufgrund eines Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zu gewährleisten hat, was ein Einbeziehungsinteresse des Dritten begründet und dies für den Vermieter erkennbar ist. Dann entspricht es Sinn und Zweck des Vertrages sowie Treu und Glauben, dass dem Dritten der Schutz des Vertrages in gleicher Weise zugute kommt wie dem Gläubiger selbst (BGHZ 49, 350, 353 f. = NJW 1968, 885, 887; Schmidt-Futterer/Eisenschmid aaO § 536 a Rdn. 77).

bb) Auf der Grundlage dieser ständigen Rechtsprechung ist die Klägerin in den Schutzbereich des Vertrages ihrer Arbeitgeberin mit der Beklagten zu 4 einbezogen. Als Arbeitnehmerin hatte sie zu den angemieteten Büroräumen eine ebenso starke Leistungsnähe wie die Vermieterin selbst. Die Mieterin ist ihr aufgrund des Dienstverhältnisses zu Schutz und Fürsorge verpflichtet, was ein Interesse an der Einbeziehung der Klägerin in die Schutzwirkungen des Vertrages begründet. Schadensersatzansprüche nach § 538 Abs. 1 BGB a.F. stehen somit auch der Klägerin persönlich zu.“

Somit liegen die Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte vor. Gewöhnlich wird dies anhand des folgenden Schemas geprüft:

- Bestimmungsgemäße Leistungsnähe der K
K ist Arbeitnehmerin des M
- Berechtigtes Interesse des M am Schutz der K
„Wohl- und Wehe-Formel“, Verpflichtung zu Schutz und Fürsorge
- Erkennbarkeit von Leistungsnähe und Gläubigerinteresse
Überschaubare Personengruppe
- Schutzbedürftigkeit der K
Kein gleichwertiger Anspruch der K

3. Garantiehaftung des V aus § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB

Ein Schadensersatzanspruch aus § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB besteht, wenn der Mangel der Mietsache bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags vorlag. Hieran könnte man im Vorliegenden zweifeln, da das schädigende Ereignis erst im Herbst 2010 eingetreten ist, während der Mietvertrag zwischen V und M bereits 2008 geschlossen wurde.

Auch zu dieser grundsätzlichen Frage hat sich der BGH in dem aktuellen Urteil ausführlich geäußert. Die überzeugende Argumentation des BGH⁴ wird im Folgenden auf den vorliegenden Fall übertragen:

Der Balkon an den gemieteten Gewerberäumen war mit einem Konstruktionsfehler behaftet, der eine Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der vertraglich vorgesehenen Soll-Beschaffenheit und somit einen Fehler der Mietsache begründet. Weil sich der Fehler der Befestigung des Balkons das Betreten des Balkons unsicher machte und sich somit auf den konkreten Mietgebrauch auswirkte, begründete er einen Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 BGB.⁵ Der Mangel der Mietsache war bereits bei Übergabe der Mietsache sowie bei Abschluss des Mietvertrages vorhanden. Damit handelt es sich um einen anfänglichen Mangel im Sinne des § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB, der eine Garantiehaftung des Vermieters auslöst. Entscheidend für die Einstufung als anfänglicher Mangel ist nicht, wann durch den vorhandenen Mangel ein Schaden entstanden ist, sondern ob der Mangel selbst bereits bei Vertragsschluss vorhanden war. Das ist auch dann der Fall, wenn der Mangel und die daraus folgende Gefahr der Mieterin bei Vertragsschluss noch nicht bekannt waren. Die Abgrenzung zwischen der auf einem anfänglichen Mangel beruhenden Garantiehaftung und der verschuldensabhängigen Haftung aufgrund eines nachträglich entstandenen Mangels kann allerdings schwierig sein, wenn – wie hier – ein Bauteil der Mieträume erst später funktionsuntüchtig geworden ist. Beruht dies allein auf Alterungs- oder Verschleißprozessen, entsteht der Mangel erst später mit dem Verschleiß. Nicht jedes später funktionsuntüchtig werdende Bauteil kann also bereits als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses latent mangelhaft angesehen werden. War ein Bauteil aufgrund seiner fehlerhaften Beschaffenheit bei Vertragsschluss allerdings bereits in diesem Zeitpunkt für die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache ungeeignet und damit unzuverlässig, liegt ein anfänglicher Mangel vor.⁶ Anfänglich ist ein Mangel also dann, wenn sich die Schadensursache in die Zeit vor Vertragsschluss zurückverfolgen lässt. Ein Baufehler ist auch dann ein anfänglicher Mangel, wenn er den Mietgebrauch erst später konkret beeinträchtigt oder für einen Schaden des Mieters ursächlich wird. Ausreichend ist mithin, wenn bei Vertragsschluss die Gefahrenquelle vorhanden war oder die Schadensursache vorlag.⁷ Wenn der Mieter bei Kenntnis des Zustands der Mietsache von dem Vermieter Abhilfe verlangen könnte, liegt bereits in diesem Zeitpunkt ein Mangel vor. Danach lag im vorliegenden Fall ein anfänglicher Mangel vor, weil das spätere Schadensereignis und die Verletzung der K auf einen Konstruktionsmangel zurückzuführen sind, der der Befestigung des Balkons schon bei Vertragsschluss anhaftete. Das Schadensereignis ist nicht etwa auf bloßen Verschleiß zurückzuführen, sondern darauf, dass die Konstruktion zwangs-

⁴ BGH NJW 2010, 3152.

⁵ Vgl. BGH NJW 2009, 664.

⁶ Emmerich, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 536a Rn. 3, 8.

⁷ Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, Rn. 7.

läufig zu dem späteren Schaden führte und lediglich der Schadenseintritt noch ungewiss war.

4. Ergebnis

K kann den ihr in Folge des Absturzes des Balkons entstehenden Schaden aus § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte ersetzt verlangen. Dass K auch einen Anspruch auf Schmerzensgeld hat, ergibt sich aus § 253 Abs. 2 BGB.

III. Empfehlung

K ist der Rat zu geben, V auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes in Anspruch zu nehmen.

Übungsfall: „Des Bürgermeisters frühes Ende“

Die Verkürzung laufender Wahlperioden am Beispiel kommunaler Wahlbeamter

Von Wiss. Mitarbeiterin **Hana Kühr**, Wiss. Mitarbeiter **Sebastian Ziehm**, Düsseldorf*

Der Fall behandelt Probleme aus dem Bereich des Staatsorganisations- und des Kommunalrechts. Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass ein abstraktes Prinzip angewendet und handhabbar gemacht werden muss. Im Gegensatz zu Regeln geben Prinzipien keine konkreten Anweisungen für die Fallbearbeitung und sind daher spezifizierungsbedürftig.¹ Für die Klausurbearbeiter bedeutet dies, dass sie nicht auf ein zwingendes Prüfungsschema zurückgreifen können. Daraus ergibt sich einerseits der Vorteil, den Gang der Argumentation frei entfalten zu können. Andererseits liegt gerade darin eine Herausforderung für Studierende, die es gewohnt sind, eingeübte Schemata anzuwenden. Lehrziel dieses Beitrags ist es, darzulegen, wie man mit abstrakten Prinzipien als Prüfungsmaßstab in einer Klausur umgehen kann.

Sachverhalt

Die Y-Fraktion ist im Landtag des Bundeslandes L vertreten. Sie ist der Meinung, Bürgermeister und Gemeinderat bildeten eine starke Verantwortungsgemeinschaft. Deshalb sollten sie in L stärker gleichgerichtet sein. Nach der aktuellen Rechtslage sind die Wahlperioden der Vertretungsorgane jedoch unterschiedlich: Bürgermeister werden für 7 Jahre, Gemeinderäte für 5 Jahre gewählt. Die Y-Fraktion macht geltend, dass durch die unterschiedlichen Wahltermine die politische Ausrichtung des Bürgermeisters und der Mehrheit im Gemeinderat häufig nicht übereinstimmen. Dies sei jedoch für eine effektive Arbeit in den Gemeinden wichtig, da so gegenseitige Blockaden von Bürgermeister und Gemeinderat verhindert würden. Eine engere politische Zusammenarbeit der Vertretungsorgane soll nach Ansicht der Y-Fraktion dadurch erzielt werden, dass die beiden kommunalen Wahlen schnellstmöglich zugleich und auch für den gleichen Zeitraum stattfinden sollen. Ein Eingriff in die laufenden Amtszeiten sei daher notwendig. Ein willkommener Nebeneffekt sei dabei, dass sich die Kosten für die Durchführung der zukünftigen Wahlen – da am selben Termin – drastisch reduzierten. Zu diesem Zweck hat die Y-Fraktion einen Gesetzesentwurf erarbeitet, den sie in den Landtag einbringen möchte. Danach soll die laufende Amtszeit der Bürgermeister in allen Gemeinden des Landes L von 7 auf 5 Jahre verkürzt werden, also an die Wahlperiode der Gemeinderäte angepasst werden. Auf diese Weise sollen – was zutrifft – bei den zukünftigen Wahlen Bürgermeister und Gemeinderat gleichzeitig neu gewählt werden. Nach Ansicht der Y-Fraktion sei dieses Vorgehen als demokratischer Zugewinn anzusehen: Der neue Volkswille trete an die Stelle des älteren. Es werde also ein „Mehr“ an demokratischer Legitimation erreicht. Die

X-Fraktion, ebenfalls im Landtag vertreten, äußert Bedenken bezüglich der Verfassungsmäßigkeit dieses Vorhabens: Die Amtszeit der aktuell amtierenden Hauptverwaltungsbeamten zu verkürzen, sei nicht mit demokratischen Grundsätzen vereinbar. Der bei der Wahl entäußerte Wählerwille, der ja nun einmal auf 7 Jahre ausgerichtet war, dürfe nicht durch die gesetzliche Verkürzung unterlaufen werden. Hätten die Wähler zum Zeitpunkt der Wahl gewusst, dass der Bürgermeister nicht die gesamten 7 Jahre im Amt bleibt, so wäre ihre Wahlentscheidung womöglich anders ausgefallen. Auch sei Merkmal eines Rechtsstaates, dass bei demokratisch wichtigen Entscheidungen wie dem Wahlakt den Wählern ein gewisser Vertrauensschutz über die „Wahlspielregeln“ gewährt werde. In die laufenden Amtszeiten derart einzugreifen, entspreche insgesamt nicht dem Willen des Kommunalvolkes. Zwar werde durch die Neuwahl der Volkswille aktualisiert, über die Einleitung der Neuwahl entscheide nach dem Vorhaben der Y-Fraktion jedoch nicht originär das Kommunalvolk, sondern der Landtag per Gesetz. Nach alledem könne von einem „Mehr“ an demokratischer Legitimation deshalb nicht gesprochen werden.

Auch seien die Gemeinden in den ihnen durch die Verfassung gewährten Rechten verletzt. Durch die vorzeitige Abberufung der amtierenden Bürgermeister seien ihre Personal- und Organisationshoheit beeinträchtigt. Immerhin sei es ausschließlich den Gemeinden zugestanden, ihr Gemeindepersonal zu entlassen und zu organisieren.

Sie sind Mitglied des parlamentarischen Gutachterdienstes des Landtages. Die Y-Fraktion bittet Sie, den Gesetzesentwurf auf seine Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht zu untersuchen.

Zusatzfrage

Die frühzeitige Zusammenlegung der Wahlen könnte man auch dadurch erreichen, dass die laufenden Wahlperioden der Gemeinderäte entsprechend von 5 auf 7 Jahre verlängert werden. Die Amtszeiten würden also an die der Bürgermeister angepasst werden. Verletzt diese Verlängerung der laufenden Wahlperiode der amtierenden Gemeinderäte das Demokratieprinzip?

Hinweise

Auszug Landesverfassung L (LV-L)

Art. 2 Grundsätze der Verfassung

(1) Das Land L ist ein freiheitliches, rechtsstaatliches, soziales, dem Frieden und der Gerechtigkeit, dem Schutz der natürlichen Umwelt und der Kultur verpflichtetes demokratisches Land.

(2) Das Volk ist Träger der Staatsgewalt.

(3) Die Gesetzgebung wird durch Volksentscheid und durch den Landtag ausgeübt. Die vollziehende Gewalt liegt in den Händen der Landesregierung, der Verwaltungsbehörden

* Die Verf. sind wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Prof. Dr. Martin Morlok) an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Morlok, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 559 (563 f.).

und Selbstverwaltungsorgane. Die Rechtsprechung ist unabhängigen Richtern anvertraut.

(4) Die Gesetzgebung ist an Bundesrecht und Landesverfassung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

Art. 30 Selbstverwaltung der Gemeinden

(1) Die Gemeinden haben das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze eigenverantwortlich zu regeln.

(2) Die Selbstverwaltung nehmen die Gemeinden durch ihre gewählten Organe wahr.

Auszug Gemeindeordnung L (GO-L)

§ 42 Wahl der Ratsmitglieder

(1) Die Ratsmitglieder werden von den Bürgern in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl für die Dauer von fünf Jahren gewählt. Die näheren Vorschriften trifft das Kommunalwahlgesetz.

§ 60 Wahl des Bürgermeisters

(1) Der Bürgermeister wird von den Bürgern in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl auf die Dauer von sieben Jahren nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl gewählt. Die Wahl findet frühestens drei Monate vor und spätestens sechs Monate nach Ablauf der Amtszeit des amtierenden Bürgermeisters statt. Die näheren Vorschriften trifft das Kommunalwahlgesetz.

Lösung

I. Verstoß gegen das Demokratieprinzip

Das Vorhaben der Y-Fraktion, die Wahlzusammenlegung durch die Verkürzung der Amtszeiten der amtierenden Bürgermeister zu erreichen, könnte zunächst gegen das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip aus Art. 2 LV i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG verstoßen.

1. Anwendbarkeit des Demokratieprinzips

Laut Art. 2 Abs. 1 LV ist L ein „demokratisches Land“. Es organisiert die staatliche Willensbildung demzufolge nach Maßgabe des Demokratieprinzips. Kraft Verfassungsrecht des Bundes gilt das Demokratieprinzip überdies nach Art. 20 Abs. 1 GG. Der Gewährleistungsgehalt des Art. 20 Abs. 1 GG strahlt über die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 GG auch auf die Landesverfassungen aus. Art. 28 Abs. 1 GG beschreibt den Grundsatz föderaler Homogenität dahingehend, dass eine grundsätzliche „Gleichgestimmtheit“² demokratischer Grundsätze von Bund und Ländern verlangt wird, nicht jedoch vollständige Identität.³

² *Lerche*, in: VVDStRL 21 (1964), S. 66 (87).

³ *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 62, 64; für Einzelfälle unzulässiger Abweichungen s. *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2011, Art. 28 Rn. 15.

2. Gewährleistungsgehalt des Demokratieprinzips

a) Das Prinzip der Volkssouveränität

Das Demokratieprinzip dient der Ausformung der politischen Ordnung. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG konkretisiert das Demokratieprinzip dahingehend, dass das Volk zum alleinigen Träger aller Staatsgewalt erklärt wird. Der herrschende Souverän ist also das Volk.⁴ Damit ist bereits das tragende Element des Demokratieprinzips angesprochen: das Prinzip der Volkssouveränität, welches die Herrschaft des Volkes fordert.⁵ Es zielt darauf ab, dem Volk möglichst umfassend die Selbstbestimmung und Selbstregierung zu ermöglichen. Die Ausübung aller Staatsgewalt muss sich demnach, wenn auch nur mittelbar, auf eine Entscheidung des Volkes stützen können.⁶ Zwischen der Ausübung der Staatsgewalt und dem Volk muss also – in einem verbreiteten Bild – eine bruchlose Legitimationsskette bestehen.

Es ist jedoch nicht ohne weiteres möglich, den „Volkswillen“ als solchen zu definieren. Er ist vielmehr eine abstrakte Kategorie. Nötig ist daher ein Verfahren, in dem sich dieser Wille artikuliert.⁷ Eine Kundgabe des Volkswillens erfolgt vornehmlich durch Wahlen, vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Im Wahlakt äußert der Wahlberechtigte, wen er in ein politisches Amt, hier das der Gemeindevertretung wählen möchte. Derjenige, auf den die Mehrheit der Stimmen fällt, ist fortan gewählter Volksvertreter. Auf diese Mehrheit kann er sich stützen, seine Macht ist durch sie legitimiert. Wahlen sind daher der „Grundakt demokratischer Legitimation“.⁸

b) Die zeitliche Dimension der Volkssouveränität

Weil das Volk im politischen Alltag nicht als Ganzes handlungsfähig sein kann, bedarf es der Repräsentation. Insofern verzichtet das Volk also auf die Ausübung seiner Herrschaftsgewalt. Dieser „Einflussverlust“ muss kompensiert werden. Gefährdungen des Einflusses sind auf drei unterschiedlichen Ebenen denkbar.⁹ In personeller Hinsicht muss der Einfluss des Volkes dadurch erhalten bleiben, dass die Ausübung staatlicher Macht in einer ununterbrochenen Legitimationsskette auf das Volk zurückgeführt werden kann.¹⁰ Ferner muss das Volk Sachentscheidungen inhaltlich beeinflussen können.¹¹ Eine Gefährdung des Volkeinflusses ist

⁴ Vgl. zum Begriff des „Volkes“ *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 7 Rn. 21 ff. m.w.N.

⁵ *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 27. Aufl. 2011, § 2 Rn. 24; *Maurer* (Fn. 4), § 7 Rn. 20; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 10 Rn. 10 ff.

⁶ *Badura*, Staatsrecht, 4. Aufl. 2010, D Rn. 6.

⁷ *Morlok* (Fn. 1), S. 559 (579).

⁸ BVerfGE 122, 304 (307).

⁹ *Morlok* (Fn. 1), S. 559 (565).

¹⁰ BVerfGE 47, 253 (275); 83, 60 (71 f.); 93, 37 (66 f.); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Kommentar zum GG, 57. EL 2010, Art. 20 (II.) Rn. 121; *Dreier*, Jura 1997, 249 (256); *Degenhart* (Fn. 5), § 2 Rn. 25; *Morlok* (Fn. 1), S. 559 (567).

¹¹ *Morlok* (Fn. 1), S. 559 (565 f.).

schließlich dann zu befürchten, sofern Macht auf unbegrenzte Zeit vergeben wird und so den Bezug zum Volkswillen verliert. Regierung ist daher stets Machtausübung bzw. Entscheidungsgewalt auf Zeit, das bedeutet insbesondere für einen begrenzten Zeitabschnitt. Nur durch regelmäßige Neuwahlen kann das Wahlvolk seinen Willen aktualisieren, den politischen Gegebenheiten anpassen und die demokratische Legitimation der Repräsentanten erneuern.¹² Dass Wahlperioden wiederum einen gewissen Zeitraum überspannen, ist aus praktischen Gründen nötig, schließlich kann nicht täglich gewählt werden. Legitime Herrschaftsausübung ist also auch funktionierende Herrschaftsausübung, in der Legitimation „auf Zeit“ wirksam wird. Die Dauer der Wahlperiode darf jedoch auch nicht zu groß bemessen sein, sonst drohen Volkswille und das Handeln der Volksvertreter auseinanderzufallen. Dieses Verständnis der Volkssouveränität hat etwa zur Folge, dass eine einmal gewählte Volksvertretung die Wahlperiode selbst nicht verlängern kann.¹³ Schließlich vermag sie dort keine Legitimation zu stiften, wo einzig der Wahlentscheidung des Volkssouveräns legitimationsstiftende Wirkung zukommt.

aa) Die Verkürzung der Wahlperiode als Erneuerung der Legitimation

Das Vorhaben der Y-Fraktion betrifft die zeitliche Dimension der Volkssouveränität: Die Bürgermeister der Gemeinden werden vorzeitig aus ihren Ämtern entlassen, ihre laufende Amtszeit verkürzt sich von 7 auf 5 Jahre. Das bedeutet für die Wahlberechtigten der Gemeinden im Land L zunächst, dass sie – früher als es die bisherige Gesetzeslage vorsah – einen neuen Bürgermeister wählen müssen.

Ob darin ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip zu sehen ist, ist allerdings fraglich. Immerhin wird die Wahlperiode nicht über die 7 Jahre hinaus verlängert, sondern – im Gegenteil – auf 5 Jahre verkürzt. Da der vom Kommunalvolk entäußerte Wählerwille die Bürgermeister für 7 Jahre in ihrem Amt legitimiert, ließe sich argumentieren, dass dieser verkürzte Zeitraum von der Legitimationswirkung ebenfalls gedeckt ist.

Dadurch, dass das Verfahren der Neuwahl eingeleitet wird, kann das Kommunalvolk seinem aktuellen Willen erneut Gehör verschaffen, den einmal erteilten Vertretungsauftrag also legitimationsstiftend erneuern. Wenn man die Erneuerung des Volkswillens als dem Gedanken der Legitimation immanent erachtet, stellt die frühere Anhörung des Gemeindevolkes einen Gewinn an Legitimation dar.

Der neu artikulierte Wille tritt bei einer Neuwahl an die Stelle des alten, sodass ein qualitativer Unterschied der Legitimationssituation vor und nach der Wahl verneint werden kann. Das Volk, der Souverän, wird lediglich früher gehört,

als es das Gesetz ursprünglich vorsah. So könnte angenommen werden, dass dadurch kein „Weniger“ an demokratischer Legitimation erzielt wird, sondern ein „Mehr“. Stellt man ausschließlich den Aspekt der legitimierenden Wirkung erneuter Wahlen als Zugewinn in den Vordergrund, lässt sich daraus kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip feststellen.

Zwar hat über die Einleitung der Neuwahlen nicht das Kommunalvolk als Souverän originär entschieden. Vielmehr träge diese Entscheidung bei Verabschiedung des Gesetzesentwurfs der Landtag. Damit entschiede der Repräsentant des Landesvolkes über Veränderungen für das Kommunalvolk, sodass das Gesetz streng genommen nicht vom kommunalen Legitimationsstifter getragen ist. Allerdings ersetzt der Landesgesetzgeber den manifestierten Willen des Kommunalvolkes nicht durch die eigene Wertung. Es ist ihm verfassungsrechtlich zugestanden, das Kommunalwahlrecht einfachrechtlich auszugestalten. Dabei sind erst dann verfassungsrechtliche Bedenken angezeigt, wenn der Landesgesetzgeber seine Ausgestaltungskompetenz überschreitet, also mit geschaffenem Kommunalrecht gegen Landes- oder Bundesverfassungsrecht verstößt. Wie gezeigt war es jedoch geradezu demokratisch wünschenswert, den aktuellen Volkswillen erneut abzufragen, ein Verstoß gegen verfassungsrechtliche Prinzipien kann damit nicht konstatiert werden.

bb) Die Verkürzung der Wahlperiode als Beschneidung des ursprünglichen Wählerwillens

Mit der Verkürzung der Amtsperiode geht allerdings auch eine Verkürzung der Wirkung des ursprünglichen Wahlaktes einher. Die Wähler brachten bei der bereits durchgeführten Wahl immerhin zum Ausdruck, dass die gewählte Person für die festgelegte Zeit von 7 Jahren dieses Amt ausüben soll, sie also für diesen Zeitraum vom Volk als legitimiert gilt. Die Verkürzung wirkt sich auf die Willensäußerung aus, also auch auf die mit dem Wahlakt ausgesprochene Legitimation des Kommunalvolkes.

Der politische Wille des Volkes kann sich nur unter festgelegten Voraussetzungen und für benannte Zeiten aussagekräftig äußern. Bei der Betätigung seines Wählerwillens muss der Einzelne „Klarheit darüber haben, welche Bedeutung seiner Stimmabgabe zukommt, also insbesondere auch wissen, auf welche Zeitdauer er wählt.“¹⁴ Nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Wähler bei Kenntnis der verkürzten Amtsperiode anders gewählt hätten. „Denn die vom Volk hier unmittelbar getroffene Entscheidung hat zum Inhalt, daß die Vertreter unter den im Zeitpunkt der Wahl festliegenden Voraussetzungen, d.h. auf die in diesem Zeitpunkt gesetzlich bestimmte Dauer, gewählt werden.“¹⁵ Das bedeutet: Wer mit-

¹² BVerfGE 18, 151 (154); 44, 125 (139); Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 Rn. 79; Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 34.

¹³ Dreier (Fn. 12), Art. 20 Rn. 79; Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 609; Stern, Staatsrecht II, 1980, S. 70; Maurer, JuS 1983, 45 (47).

¹⁴ BayVerfGH DÖV 1958, 300 (301 f.); vgl. dazu BVerfGE 18, 151 (154): „Es gehört zu den grundlegenden Prinzipien des freiheitlichen demokratischen Rechtsstaates, daß die Volksvertretungen in regelmäßigen, im voraus bestimmten Abständen durch Wahlen abgelöst und legitimiert werden.“ (Herv. durch Verf.); so auch Stern, Staatsrecht II, 1980, S. 70.

¹⁵ BayVerfGH DÖV 1958, 300 (301 f.).

spielt, muss sich auch für die Dauer des Spiels auf die Spielregeln verlassen können.¹⁶

Damit ist der Einwand der X-Fraktion angesprochen, die es als Merkmal eines Rechtsstaates ansieht, dass bei demokratisch wichtigen Entscheidungen wie dem Wahlakt den Wählern ein gewisser Vertrauensschutz über die „Wahlspielregeln“ gewährt werden müsse. So ließe sich das vorliegende Szenario etwa auf die Spitze treiben: Die politische Mehrheit in L könnte stets dann vorgezogene Neuwahlen durchführen lassen, wenn es ihr aus parteitaktischen Gründen – etwa wenn die Regierungspartei gute Umfragewerte hat – erstrebenswert erscheint.

Eine demokratische Ordnung verlangt daher ein gewisses Maß an Fixierung von Organisations- und Entscheidungsregeln. Das folgt auch aus dem Rechtsstaatsprinzip: Es fordert Rechtssicherheit, Normenklarheit und -bestimmtheit und konturiert Inhalt, Umfang und Verfahrensweise staatlicher Tätigkeit und staatlicher Verfahren, zu denen auch die Wahl zählt.¹⁷ Das Rechtsstaatsprinzip schützt demnach die „Verlässlichkeit in die Kommunikationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger“,¹⁸ also auch zwischen Staat und wahlberechtigtem Bürger. Man könnte daher durchaus annehmen, dass der Wähler einen Vertrauensschutz dahingehend genießt, dass die zum Zeitpunkt der Wahl geltenden Voraussetzungen eingehalten werden. Zu diesen gehört insbesondere die Dauer des Bürgermeistermandats von 7 Jahren.

Jedoch ist fraglich, ob ein so vermutetes Vertrauen der Realität entspricht. So ist in Abrede zu stellen, dass der Wähler bei der Abgabe seiner Stimme wirklich in einer für die Ausübung seiner Wahlberechtigung relevanten Weise darauf vertraut, dass sein Wunschkandidat im Falle des Zustandekommens der Mehrheit die volle Wahlperiode im Amt verbleibt. Realistischer ist die Annahme, dass die Wähler zum Zeitpunkt der Wahl lediglich davon ausgingen, dass die Legitimation durch Wahlen regelmäßig wieder hergestellt wird. Gegen die Annahme eines konkreten Vertrauens in die Dauer

der Amtsperiode spricht auch die in einigen Bundesländern mögliche Abwahl des Bürgermeisters.¹⁹ Auch ist denkbar, dass ein Bürgermeister vorzeitig durch Krankheit oder Rücktritt aus seinem Amt scheidet. Das bedeutet, dass die Wähler zum Zeitpunkt der Wahl ohnehin nie absolut sicher sein können, ob der Bürgermeister für die gesamte Wahlperiode in seinem Amt verbleibt. Es kann also nicht als entscheidende Grundlage der Wahlentscheidung angesehen werden, dass die gesetzlich festgelegte Dauer der Wahlperiode zwingend eingehalten wird. Die exakte Dauer des Vertretungsauftrags ist nicht Teil der Vertrauenserwartung des Wählers.

Ein Vertrauensschutz in die „Wahlspielregeln“ ist nach alledem abzulehnen.

cc) Ergebnis

Zwar wird auf der einen Seite durch die Verkürzung der Wahlperiode der Souverän früher gehört als beabsichtigt. Dieser kann damit die Legitimation der Gewählten erneuern. Auf der anderen Seite jedoch geschieht dies dadurch, dass der ursprüngliche Wählerwille – der für den im Voraus festgelegten Zeitraum galt – nicht zur vollständigen Realisierung gelangen kann. Ein Vertrauensschutz der Wähler in Bezug auf die Wahlperiode scheidet allerdings aus. Letztlich lässt sich die Verkürzung der laufenden Wahlperiode nur als ein demokratisches „Mehr“ werten.²⁰

¹⁶ Wenn es darum geht, den Gewährleistungsgehalt des Demokratieprinzips zu bestimmen, drängt sich eine Heranziehung des Rechtsstaatsprinzips nicht auf. Immerhin fordert das Demokratieprinzip auf der einen Seite eine ununterbrochene Legitimationskette zur Realisierung des Volkswillens. Das Rechtsstaatsprinzip auf der anderen Seite mäßigt Art und Weise staatlicher Machtausübung, es setzt also erst nach Erteilung des Vertretungsauftrags an. Letztendlich verfolgen aber beide Prinzipien damit ein ähnliches Ziel: die Beschränkung der Herrschaftsgewalt. Das Demokratieprinzip fordert ihre Legitimierung aus dem Volkswillen und schließt damit andere Legitimationsquellen aus. Das Rechtsstaatsprinzip wiederum begrenzt das „Wie“ der staatlichen Gewaltausübung. Aus diesem Grund ist bei der Konkretisierung des Demokratieprinzips die Berücksichtigung einer rechtsstaatlichen Komponente lohnend.

¹⁷ Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 83; Schmidt-Aßmann, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 2, § 26 Rn. 21 ff.; Dreier (Fn. 12), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 38 ff.; Badura (Fn. 6), D Rn. 45 ff.

¹⁸ Schmidt-Aßmann (Fn. 17), § 26 Rn. 76.

¹⁹ Etwa in § 66 GO NW, so zuletzt in Duisburg am 12.2.2012 bei der Abwahl des Oberbürgermeisters Sauerland geschehen.

²⁰ Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar. So könnte etwa – ausgehend vom Missbrauchspotential dieses Modells – wie folgt argumentiert werden: Denkbar ist, dass die jeweilige Mehrheit im Landtag dann Neuwahlen einleitet, wenn es ihr politische Vorteile einbringt. Auf diese Weise würde der Volkswille lediglich selektiv abgerufen, womit die Ursprünglichkeit des Volkswillens zumindest in Frage gestellt ist. Wichtig für die Bearbeitung ist, dass man sich wertend für die eine oder andere Seite entscheidet und die Gewichtung der Argumente danach ausrichtet. Nur so gelingt ein überzeugender Aufbau des Gutachtens. Sofern eine Beschränkung des Demokratieprinzips festgestellt wird, sollte erörtert werden, ob gewichtige Gegenstände die demokratischen Einbußen ausgleichen. Bei der Bewertung fällt es positiv ins Gewicht, wenn aus der Bearbeitung hervorgeht, dass die Volkssouveränität als Rechtsprinzip (Zur Erläuterung dieses Konzepts *Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 121 ff.) grundsätzlich abwägungsoffen ist und Beschränkungen dessen Gehalts nicht notwendig einen Verstoß begründen.

II. Verstoß gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie

Hinweis: Die in Art. 30 LV gewährleistete kommunale Selbstverwaltung ist eine institutionelle Garantie²¹ und kein Grundrecht.²² Sie gleicht der Verfassungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG, sodass die zu der grundrechtlichen Vorschrift bekannten Strukturen auf die fiktive Norm des Sachverhalts übertragen werden können.

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie dient einer Verteilung von „Kompetenzen“ zwischen Bund, Land und Gemeinde. Den Gemeinden ein Selbstverwaltungsrecht einzuräumen hat nicht zum primären Ziel, ihnen eine subjektiv-öffentliche Rechtsposition einzuräumen, sondern folgt dem objektiven Zweck einer dezentralen Organisation der Verwaltung auf den Verbandsebenen. Dennoch verlangt diese Gewährleistung nach Durchsetzung, die am besten durch ihre Träger zu bewerkstelligen ist. Das aus der Garantie fließende subjektiv-öffentliche Recht ist wehrfähig,²³ nur eben nicht in der Form der Behauptung einer Grundrechtsverletzung.

Dem strukturellen Unterschied zwischen Grundrecht und institutioneller Garantie sollte sich auch das Prüfungsschema anpassen,²⁴ um zu vermitteln, dass dieser Unterschied bekannt ist. Es empfiehlt sich, den von einer grundrechtlichen Prüfung bekannten Aufbau „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung“ wie im Folgenden zu modifizieren.

1. Träger der Gewährleistung

a) Gemeinden

Das Gesetzesvorhaben der Y-Fraktion beinhaltet die Veränderung der laufenden Amtsperioden derjenigen Beamten, die den Spitzenverwaltungsstellen in den Gemeinden des Landes L innehaben. Damit sind gerade diese Gebietskörperschaften von dem Entwurf betroffen.

b) Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

Zunächst müsste die Verkürzung von Amtszeiten der in L amtierenden Bürgermeister in den jeweiligen Gemeinden „Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft“ berühren. Diese Auf-

gaben sind nach der Definition des BVerfG solche Belange und Interessen, die „in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben“.²⁵ Hauptaufgabe des Bürgermeisters als Hauptverwaltungsbeamter einer Gemeinde ist es, die Belange des Gemeindevolkes zu vertreten, zu dieser Aufgabe wird er nach § 60 Abs. 1 GO per allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl berufen. Diese Wahl des Spitzenverwaltungsbeamten ist ur-eigenes Recht des Gemeindevolks und Ausdruck einer gerade örtlichen Angelegenheit. Die Gemeindebürger üben ihr Wahlrecht aus, um für ihre Interessen bezüglich des Zusammenlebens in der örtlichen Gemeinschaft einen Vertreter auszuwählen. Das Bürgermeisteramt dient dazu, dass örtliche Interessen demokratisch repräsentiert werden. Der Bürgermeister trifft in seiner amtlichen Funktion Entscheidungen, die das Kommunalvolk unmittelbar betreffen. Das Amt des Bürgermeisters ist als solches daher grundsätzlich so ausgestaltet, dass es örtliche Belange betrifft, sodass die Gewährleistungsgarantie des Art. 30 LV greift.

2. Verpflichtungsadressat

Adressat des Gebotes, die eigenverantwortliche Verwaltung der Gemeinden zu wahren, sind sowohl der Bund als auch die Länder sowie die jeweils anderen Kommunen. Sie dürfen nicht in den geschützten eigenverantwortlichen Aufgabenbereich einer Selbstverwaltungskörperschaft eingreifen.

Vorliegend handelt es sich um einen Gesetzesentwurf, der durch das Landesparlament verabschiedet werden soll. Dieses hat als Organ des Landes L die Vorgabe des Art. 30 Abs. 1 LV einzuhalten und ist daher tauglicher Verpflichtungsadressat.

3. Berührter Inhalt der Garantie

a) Rechtssubjektgarantie

Als Rechtssubjektgarantie schützt Art. 30 Abs. 1 LV die generelle (nicht individuelle) Existenz von Gemeinden im Bundesgebiet. Die Gebietskörperschaft kann daher als Erscheinungsform nicht abgeschafft werden. Ganz offensichtlich berührt eine Verkürzung der Amtszeiten von Bürgermeistern nicht den Bestand der Gebietskörperschaft „Gemeinde“.

b) Rechtsinstitutionsgarantie

Als objektive Institutsgarantie hat Art. 30 Abs. 1 LV zum Ziel, die kommunale Selbstverwaltung zu schützen. Dieses Anliegen hat zwei Ausprägungen: Zum einen soll ein bestimmter Aufgabenbestand den Gemeinden verbleiben, sie haben auch das Recht, spontan Aufgaben mit örtlichem Bezug an sich zu ziehen. Zum anderen wird die Art und Weise, in der eine Gemeinde Aufgaben nachkommt, ihrer eigenen Einschätzung überantwortet.²⁶

Eine Amtszeitverkürzung müsste jedoch darüber hinaus das Recht der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung berühren. Zur Konkretisierung des Verantwortungsbereichs

²¹ Zur Vertiefung *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003; zu der nur theoretisch bedeutsamen Unterscheidung zwischen den Bezeichnungen Institutsgarantie und institutionelle Garantie s. *Hufen*, Staatsrecht II, 3. Aufl. 2011, § 5 Rn. 17 f.

²² BVerfGE 79, 127 (143); *Nierhaus* (Fn. 3), Art. 28 Rn. 40; *Dreier* (Fn. 3), Art. 28 Rn. 87; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), Kommentar zum GG, Art. 28 Rn. 56; *Magen*, JuS 2006, 404 (405); kritisch *Maurer*, DVBl. 1995, 1037 (1041 f.).

²³ *Dreier* (Fn. 3), Art. 28 Rn. 103.

²⁴ *Clemens*, NVwZ 1990, S. 834 (835); vgl. die Übersicht bei *Burgi*, in: *Dietlein/Burgi/Hellermann* (Hrsg.), Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl. 2011, § 2 Rn. 75; *Schmidt-Aßmann*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 803 (807 f.).

²⁵ BVerfGE 79, 127 (151 f.).

²⁶ *Burgi*, Kommunalrecht, 3. Aufl. 2010, § 6 Rn. 25 ff.

der Gemeinden²⁷ hat sich ein Katalog von sogenannten Gemeindehoheiten etabliert, der die Personalhoheit, Organisationshoheit, Rechtsetzungshoheit, Finanz- und Planungshoheit sowie Regelungen zur Daseinsvorsorge umfasst.²⁸ Vorliegend könnte durch das Gesetzesvorhaben die Selbstverwaltungsgarantie in ihrer spezifischen Ausprägung der Personal- und Organisationshoheit betroffen sein.

aa) Personalhoheit

Der Inhalt der Personalhoheit ist in seiner Reichweite nicht abschließend und einheitlich definiert. Mit den Worten des BVerfG umfasst die Personalhoheit zumindest das Recht, kommunale Beamte auszuwählen, einzustellen, zu befördern und zu entlassen.²⁹ Die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden in Personalfragen ist nur gewährleistet, wenn die Gemeinde nicht nur in ihrer Willensbildung frei ist, sondern ihr auch die Entscheidung über die Mittel, zu denen die gemeindlichen Dienstkräfte gehören, zur Realisierung ihres Willens überlassen wird.³⁰ Dabei geht es vor allem um die Frage, inwieweit der Gemeinde normative Befugnisse zustehen, etwa bei der Festlegung von Besoldungsordnungen. Die Dienstherrenfähigkeit, also die Möglichkeit, *eigenes* Personal zu haben, wird den Gemeinden jedoch nahezu einhellig zugestanden.³¹

Mit einer Entscheidung des Gesetzgebers, die Amtszeit der aktuellen Bürgermeister zu verkürzen, bestimmt er und nicht die Gemeinde über den Verbleib eines Exponenten des Gemeindepersonals. Die Gemeinde selbst hat es dann nicht in der Hand, die dienstliche Stellung des Hauptverwaltungsbeamten zu steuern, sondern muss sich der gesetzlichen Anordnung beugen, nach der die Amtszeit frühzeitig beendet wird. Legitimationsstifter des Landtages – welcher das noch als Entwurf vorliegende Gesetz verabschieden könnte – ist außerdem das *Landesvolk*, welches nicht mit demjenigen Kreis der zur Wahl des Bürgermeisters Berechtigten identisch ist. Diese „Legitimationsasymmetrie“ lässt die Vermutung zu, die Entscheidung über die Amtszeitverkürzung qua Gesetz sei letztendlich nicht von der Gemeinde gewollt.

Allerdings ist der Bürgermeister, wie bereits beschrieben, ein besonderer Bediensteter der Gemeinde. Als kommunaler Wahlbeamter wird er nicht wie der übliche Laufbahnbeamte in den Beamtendienst berufen, sondern gelangt in sein Amt durch eine demokratische Wahl der Gemeindebürger in ihrer Gesamtheit. Nicht „die Gemeinde“, also die Gebietskörperschaft vertreten durch ihre gewählten Organe (vgl. Art. 30 Abs. 2 LV), entscheidet über die Verleihung des Amtes,

sondern wegen § 60 Abs. 1 GO einzig das Gemeindevolk, welches nicht ausdrücklich Träger der Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 30 Abs. 1 LV ist. Die besondere Legitimation des Bürgermeisteramtes führt dazu, dass dessen Gestaltung nicht in gleichem Maße wie die anderen kommunalen Ämter der Personalhoheit der Gemeinde unterliegt. Ohnehin ist der Bereich der Personalhoheit durch die Anordnung einer Vielzahl von Rechtsnormen „fremdbestimmt“.³² Daraus ergibt sich bereits grundsätzlich, dass nicht die Gemeinde allein über die Modalitäten der Personalbesetzung gemeindlicher Posten entscheiden kann und ihre Hoheit insoweit Einwirkungen ausgesetzt ist. Die demokratische Wahl des Bürgermeisters gem. § 60 Abs. 1 GO führt ebenso zu einer Abschwächung der kommunalen Personalhoheit. Der Gewährleistungsgehalt der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist bezüglich der Personalhoheit der Gemeinden in L nicht eröffnet.

bb) Organisationshoheit

Möglicherweise schmälert der Gesetzesentwurf durch die Amtszeitverkürzung die Organisationshoheit der Gemeinden. Danach haben die Gebietskörperschaften die Befugnis, zur Bewältigung der eigenen Aufgaben selbständig die Verwaltungsorganisation in Aufbau und Verfahren zu gestalten.³³ Das bedeutet, dass es der Entscheidungsfreiheit der Gemeinde überlassen ist, wie sie die mit öffentlichen Aufgaben betrauten Stellen strukturiert und welche Ämter einzurichten sind. In den Bereich der Organisationshoheit fällt zum Beispiel die Frage, ob Gemeinden ab einer bestimmten Größe einen Gleichstellungsbeauftragten einstellen müssen.³⁴

Mit der einmaligen Verkürzung der Amtsperiode der aktuellen Bürgermeister wird nicht deren Position als solche innerhalb der gemeindeinternen Verwaltung beeinträchtigt oder gar beseitigt. Die kommunale Ämterstruktur berührt der hier in Rede stehende Gesetzesentwurf nicht, insbesondere soll ja unmittelbar ein neuer Bürgermeister gewählt werden. Wie die örtlichen Aufgaben durch den gemeindlichen Verwaltungsapparat bewältigt werden, erlegt der Entwurf den Gemeinden nicht auf. Sie können nach wie vor Verwaltungsabläufe nach eigenem Ermessen strukturieren. Das Gesetzesvorhaben unterfällt somit bereits nicht dem Gehalt der kommunalen Organisationshoheit.

Daher ist auch nicht der organisatorische Aspekt des Selbstverwaltungsrechts aus Art. 30 Abs. 1 LV durch die von der Y-Fraktion geplante Amtszeitverkürzung beeinträchtigt.

cc) Ergebnis

Der Gewährleistungsgehalt des Art. 30 Abs. 1 LV ist daher insgesamt nicht betroffen, sodass die Amtszeitverkürzung des Gesetzesvorhabens die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gar nicht erst beeinträchtigt und daher auch nicht verletzt.

²⁷ Dreier (Fn. 3), Art. 28 Rn. 130.

²⁸ S. hierzu die Nachweise Schoch, Jura 2001, 121 (131 ff.).

²⁹ BVerfGE 17, 172 (181 f.); 91, 228 (245); Löwer, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Kommentar zum GG, 6. Aufl. 2012, Bd. 1, Art. 28 Rn. 76 m.w.N.

³⁰ Vgl. BVerfGE 17, 172 (181 f.); BVerwGE 6, 19 (24); Böckenförde, Die personalrechtlichen Bindungen der kommunalen Selbstverwaltung, 1959, S. 26 ff.; Gemein, Die Personalhoheit der Gemeinden, 1998, S. 12; Löwer (Fn. 29), Art. 28 Rn. 76 ff.; Ipsen, ZG 9 (1994), 194 (202).

³¹ S. die Nachweise bei Gemein (Fn. 30), S. 17 ff.

³² Schoch, Jura 2001, 121 (131).

³³ Burgi (Fn. 26), § 6 Rn. 33.

³⁴ BVerfGE 91, 228 (236 ff.).

III. Zusatzfrage

Fraglich ist, ob die Verlängerung der laufenden Wahlperiode der amtierenden Gemeinderäte das Demokratieprinzip verletzt.

Es ist Ausdruck des Demokratieprinzips, dass die Selbstverlängerung einer laufenden Wahlperiode durch die legitimierte Volksvertretung ausgeschlossen ist, da es insofern an der demokratischen Autorisation durch den Wählerwillen fehlt.³⁵ Die gewählten Vertreter können demnach keine Legitimation stiften, sondern einzig und allein das Wahlvolk als Souverän.

Etwas anders liegen die Dinge jedoch im vorliegenden Fall. Es sind nicht die kommunalen Vertretungsorgane, die über die Verlängerung ihrer laufenden Amtsperioden entscheiden. Dies ist ihnen schon aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht möglich. Auch verlängert der Landtag nicht durch das beabsichtigte Gesetz seine eigene Legislaturperiode. Der Fall einer Selbstverlängerung liegt also nicht vor.

Vielmehr greift der Landesgesetzgeber ausgestaltend ein. Damit modifiziert er jedoch den bei den Kommunalwahlen entäußerten Willen des Kommunalvolkes. Schließlich sollte dieser sich auf den vorher festgelegten Zeitraum erstrecken. Dies wird an dieser Stelle nicht dadurch relativiert, dass der Souverän früher gehört wird als beabsichtigt (s. oben I.). Im Gegenteil – durch die Verlängerung der Amtszeiten wird die ursprüngliche Legitimation in zeitlicher Hinsicht verlängert – aber eben ohne Legitimation durch das Wahlvolk.

Der Landesgesetzgeber kann dies nicht ersetzen. Er vermag keine zusätzliche Legitimation auf kommunaler Ebene zu stiften. Diese Autorität steht – nach dem Grundsatz der Volkssouveränität – einzig und allein dem jeweiligen Souverän zu, also hier dem Kommunalvolk. Es gilt daher das Gleiche wie für die bereits angesprochene Selbstverlängerung der Legislaturperiode bei gewählten Volksvertretungen. Auch hier sind die Vertreter auf die Legitimation durch den (jeweiligen) Wähler als das zuständige Legitimationssubjekt angewiesen.

Die Verlängerung der laufenden Wahlperiode der amtierenden Gemeinderäte verstößt daher gegen das Demokratieprinzip.³⁶

³⁵ Dreier (Fn. 12), Art. 20 (Demokratie) Rn. 79; Stern, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 609; Stern (Fn. 14), S. 70; Maurer, JuS 1983, 45 (47); vgl. BVerfGE 1, 14 (18 Ls. 29).

³⁶ Ein weiterer Anhaltspunkt für die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit könnte auch das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot in Gestalt der unechten Rückwirkung bzw. tatbestandlichen Rückanknüpfung sein. Im Ergebnis lässt sich dazu aber die obige Argumentation zur Beschneidung des Wählerwillens (I. 2. b) bb) übertragen. Ebenfalls hätte die Verkürzung der Amtszeiten unter dem Aspekt des passiven Wahlrechts der betroffenen kommunalen Wahlbeamten beleuchtet werden können. Allerdings betrifft das passive Wahlrecht in erster Linie Fragen des Zugangs, nicht des Verbleibs in einem öffentlichen Wahlamt. Schließlich kommt auch noch eine Untersuchung des Gesetzesentwurfs auf die Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 5 GG in Betracht, was der Sachverhalt mit den Hinweisen der X-Fraktion aber nicht

nahe legt. Will man mit allen Angaben des Sachverhaltes angemessen arbeiten, bleibt für zusätzliche Untersuchungen der Verfassungsmäßigkeit kein Raum. Daher sind für die vorliegende Fallbearbeitung das Rückwirkungsverbot, das passive Wahlrecht der Bürgermeister sowie deren beamtenrechtliche Rechtsposition eher fernliegende Prüfungsgegenstände.

Übungsklausur Europarecht: „Ohne Risiken und Nebenwirkungen?“

Von Prof. Dr. Cornelia Manger-Nestler, LL.M., Dipl.-Jur. Gregor Noack, Leipzig*

Die den beiden „Doc Morris“-Urteilen des EuGH¹ nachgebildete Schwerpunktbereichsklausur verknüpft zwei „Klassiker“ der Grundfreiheiten. Prozessual eingekleidet in ein Vertragsverletzungsverfahren liegt der Schwerpunkt in der Behandlung von Grundfragen der Niederlassungs- (Fremdbesitzverbot für Apotheken) sowie der Warenverkehrsfreiheit (Internetversandhandelsverbot).

Sachverhalt

Die in den Niederlanden ansässige „Pillbox“ NV (P), eine Aktiengesellschaft niederländischen Rechts, betreibt seit dem Jahre 2000 in den Niederlanden die staatlich genehmigte Apotheken-Kette Pillbox NV mit angeschlossenem Internet-Versandhandel.

Da das Geschäft seit Jahren stetige Zuwachsraten verzeichnet, beabsichtigt die Geschäftsleitung für 2012 die Eröffnung einer Filiale in Deutschland. Dazu will P in Leipzig eine seit mehreren Jahrzehnten bestehende Apotheke übernehmen und beantragt bei der Gewerbeaufsichtsbehörde die Erlaubnis zum Betrieb. Nach eingehender Prüfung lehnt die zuständige Stadt Leipzig die Erteilung der Erlaubnis mit Verweis auf §§ 2, 7, 8 ApoG ab. Danach könne nur eine natürliche Person eine Apotheke eröffnen; juristischen Personen sei dies generell verwehrt. Die Regelungen des ApoG sollen die Verwurzelung des Apothekers in seinem Patientenkreis und die Herstellung einer persönlichen Beziehung zwischen Apotheker und Patienten gewährleisten. Der Apotheker solle unausweichlich mit den Folgen seines Handelns konfrontiert werden. Schließlich sei der Apothekerberuf vorrangig Heilberuf, wirtschaftliches Gewinnstreben stehe dagegen nicht im Vordergrund. Die Beschränkung auf natürliche Personen diene auch der persönlichen Haftung, was ein besonders sorgfältiges Vorgehen durch die Beteiligten gewährleisten soll. Der Schutz der Gesundheit der deutschen Bevölkerung sei oberstes Ziel der restriktiven Regelung des ApoG.

Nach diesem „Rückschlag“ will P den in den Niederlanden sehr erfolgreichen Internethandel mit Medikamenten auf Deutschland ausweiten. Die dazu in deutscher Sprache abgefasste, verbraucherfreundliche Homepage von P offeriert das komplette Sortiment von P: verschreibungsfreie und verschreibungspflichtige Humanarzneimittel, die entweder in Deutschland oder in den Niederlanden zum Verkauf zugelassen sind. Auf Bestellung des Verbrauchers werden ihm die gewünschten Präparate zugesandt. Bei verschreibungspflichtigen Präparaten muss vorher eine Kopie des Rezepts per Fax oder auf dem Postwege geschickt werden. Wünscht der Verbraucher

Hinweise und Beratung, wird ein solcher Service via Email angeboten. Die Arzneimittel sind teilweise bedeutend billiger als beim Kauf in einer deutschen Apotheke.

Bereits kurz nach Freischaltung des Internet-Angebots in Deutschland erreicht P erneut ein Bescheid der zuständigen Gewerbeaufsicht. Darin wird P untersagt, Arzneimittel jedweder Art über das Internet in Deutschland zu vertreiben. Die zuständige Behörde begründet ihre Entscheidung mit einem Verstoß gegen §§ 73 Abs. 1, 43 Abs. 1 AMG, wonach der Versandhandel mit Arzneimitteln verboten sei. Nach Auffassung der Behörde verwehre das Versandhandelsverbot nicht den Vertrieb von Arzneimitteln in Deutschland; das Unternehmen müsse dafür lediglich ein Ladenlokal in Form einer Apotheke eröffnen, um Arzneimittel anzubieten. Das Versandhandelsverbot solle den persönlichen Kontakt mit den Kunden gewährleisten und so die Gesundheit der Verbraucher schützen. Der „unpersönliche“ Handel über das Internet könne einen Verbraucher dazu verleiten, ohne entsprechende ärztliche Untersuchungen für ihn unpassende Arzneimittel zu erwerben und damit seine Gesundheit schwer zu schädigen. Für in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel existiere zudem mit Art. 6 Abs. 1 RL 2001/83/EG eine unionsrechtliche Regelung, die insoweit innerstaatliche Schutzvorschriften erlaube.

P ist mit dem harten Vorgehen der deutschen Behörden in beiden Fällen nicht einverstanden: einerseits sei die im deutschen ApoG vorgesehene Beschränkung auf natürliche Personen für eine niederländische Gesellschaft wie P unbeachtlich. Zum anderen liege der Hinweis, wonach die P eine Filiale in Deutschland eröffnen könne, neben der Sache. Da P über eine entsprechende Infrastruktur in Form einer Apotheke gerade nicht verfügen dürfe, werde ihm durch das Verbot der Zugang zum deutschen Markt komplett verwehrt. Jedenfalls das deutsche Verbot für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel sei nicht zu rechtfertigen.

In seiner Not wendet sich die P an die Europäische Kommission, schildert den Sachverhalt und bittet darum, mit „Druck aus Brüssel“ die deutschen Behörden zum Einlenken zu bewegen.

Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten des bei der Kommission angeregten Verfahrens!²

* Die Erstautorin ist Inhaberin einer Professur für Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Hochschule für Technik, Wirtschaft und Kultur (HTWK) Leipzig. Der Zweitautor ist Lehrkraft für Wirtschaftsrecht und Doktorand ebenda.

¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 = Slg. 2003, I-14887 – Doc Morris I; EuGH, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171 – Doc Morris II.

² In der Originalklausur wurde zudem die Zusatzfrage gestellt, ob und wenn ja in welcher Form, die P gegen die Untersagungsbescheide der deutschen Gewerbeaufsicht vorgehen könne. Erwartet wurde, dass die Bearbeiter die Möglichkeit des Verpflichtungswiderspruchs (§ 42 Abs. 1 2. Fall VwGO) gegen die Untersagung der Apothekeneröffnung bzw. des Anfechtungswiderspruchs (§ 42 Abs. 1 1. Fall VwGO) gegen das Versandhandelsverbot erkennen. Auf die weiteren Probleme im Rahmen der Beteiligten-/Prozessfähigkeit ausländischer juristischer Personen (§§ 61 Nr. 1 2. Alt., 62 Abs. 3 VwGO) sowie eine mögliche Berufung derselben auf deutsche Grundrechte (dazu jüngst BVerfG, Beschl. v. 19.7.2011 – 1 BvR 1916/09, Rn. 57 f. = JZ 2011, 1112 m. Anm. Hillgruber) im Rahmen der Widerspruchsbefugnis

Gesetz über das Apothekenwesen (ApoG) – Auszug

§ 1 (1) Den Apotheken obliegt die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung.

(2) Wer eine Apotheke und bis zu drei Filialapotheken betreiben will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde.

§ 2 (1) Die Erlaubnis ist auf Antrag zu erteilen, wenn der Antragsteller

1. Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes, Angehöriger eines der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum [...] ist;

3. die deutsche Approbation als Apotheker besitzt;

4. die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Zuverlässigkeit besitzt; [...]

§ 7 Die Erlaubnis verpflichtet zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung.

§ 8 Mehrere Personen zusammen können eine Apotheke nur in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft betreiben; in diesen Fällen bedürfen alle Gesellschafter der Erlaubnis.

Arzneimittelgesetz (AMG) – Auszug

§ 43 (1) Arzneimittel [...] dürfen berufs- oder gewerbsmäßig für den Endverbrauch nur in Apotheken und ohne behördliche Erlaubnis nicht im Wege des Versandes in den Verkehr gebracht werden; das Nähere regelt das Apothekengesetz. Außerhalb der Apotheken darf mit den nach Satz 1 den Apotheken vorbehaltenen Arzneimitteln kein Handel getrieben werden.

(2) Die nach Absatz 1 Satz 1 den Apotheken vorbehaltenen Arzneimittel dürfen von juristischen Personen, nicht rechtsfähigen Vereinen und Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts an ihre Mitglieder nicht abgegeben werden.

(3) Auf Verschreibung dürfen Arzneimittel nur von Apotheken abgegeben werden.

§ 73 (1) Arzneimittel, die der Pflicht zur Zulassung oder zur Registrierung unterliegen, dürfen in den Geltungsbereich dieses Gesetzes [...] nur verbracht werden, wenn sie zum Verkehr im Geltungsbereich dieses Gesetzes zugelassen oder registriert sind [...].

Art. 6 Abs. 1 RL 2001/83/EG – Auszug

Ein Arzneimittel darf in einem Mitgliedstaat erst dann in den Verkehr gebracht werden, wenn die zuständige Behörde dieses Mitgliedstaats nach dieser Richtlinie eine Genehmigung für das Inverkehrbringen erteilt hat [...].

Lösungshinweise

Die von P gerügte Vertragsverletzung durch die Bundesrepublik Deutschland könnte von der Europäischen Kommission (KOM) im Wege einer Aufsichtsklage (Vertragsverletzungsverfahren, Art. 258 AEUV) verfolgt werden. Um Aussicht auf Erfolg zu haben, müsste eine solche zulässig und begründet sein.

I. Zulässigkeit

1. Zuständiges Gericht

Zuständig für die Vertragsverletzungsklage ist der Gerichtshof (Art. 258 Abs. 2, 256 Abs. 1 S. 1 AEUV).

2. Klageberechtigung

Die KOM ist – neben den Mitgliedstaaten (Art. 259 AEUV) – berechtigt, eine Aufsichtsklage vor dem Gerichtshof (EuGH) einzuleiten (Art. 258 Abs. 2 AEUV). Die Bundesrepublik ist als betroffener Mitgliedstaat (MS) im Verfahren passivlegitimiert (Art. 258 Abs. 1 AEUV).

3. Klagegegenstand

Die Klage ist statthaft, wenn der beklagte MS „gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen“ hat (Art. 258 Abs. 1 AEUV). In Betracht kommen dabei sämtliche Verstöße gegen unionale Verpflichtungen aus dem Primär- und Sekundärrecht.³ Die Verletzung kann durch Tun oder Unterlassen begangen werden, wobei dem MS Verstöße sämtlicher nationaler Staatsgewalten als eine Folge der Pflicht zum unionstreuen Verhalten (Art. 4 Abs. 3 EUV) zuzurechnen sind. Die deutsche Gewerbeaufsicht könnte durch ihre beiden Bescheide Grundfreiheiten missachtet haben: die Untersagung der Apothekeneröffnung könnte gegen die Niederlassungs- (Art. 49 ff. AEUV), das Versandhandelsverbot gegen die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV) verstoßen. Die Gewerbeaufsicht ist Teil der Exekutive. Ihre möglichen primärrechtswidrigen Handlungen sind der deutschen Staatsgewalt zurechenbar und mithin zulässige Klagegegenstände.

4. Vorverfahren

a) Ordnungsgemäße Durchführung

Vor Klageerhebung verlangt Art. 258 Abs. 1 AEUV die Durchführung eines Vorverfahrens in Gestalt eines Mahnschreibens der KOM an den betroffenen MS. In dem Mahnschreiben muss die KOM den Sachstand und den Vorwurf des Vertragsverstosses erläutern⁴ und dem MS Gelegenheit zur schriftlichen und mündlichen Äußerung innerhalb einer von ihr gesetzten Frist einräumen (Art. 259 Abs. 3 AEUV). Ein solches Vorverfahren wäre zunächst zwingend durchzuführen. Beharrt die Bundesrepublik auf ihrer Rechtsauffassung oder äußert sich nicht fristgemäß, gibt die KOM eine

³ Hobe, Europarecht, 6. Aufl. 2011, § 11 Rn. 136.

⁴ Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 13 Rn. 35.

(§ 42 Abs. 2 VwGO analog) kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden.

begründete Stellungnahme ab (Art. 259 Abs. 3 AEUV, sog. *avis motivé*⁵).

b) Pflicht zum Einschreiten

Bezüglich des Zeitpunktes der Verfahrenseinleitung steht der KOM unstreitig ein Beurteilungsspielraum zu.⁶ Fraglich ist jedoch, ob die KOM bei jedem ihr bekannt gewordenen, potentiellen Vertragsverstoß eine Rechtspflicht zum Einschreiten im Sinne von Art. 258 Abs. 2 AEUV trifft. Für eine generelle Pflicht⁷ zur Einleitung einer Aufsichtsklage könnte der Sinn und Zweck des Verfahrens angeführt werden, der darin besteht, vertragswidriges Verhalten der Mitgliedstaaten prinzipiell zu verhindern. Gegen eine solche Pflicht spricht jedoch der Wortlaut von Art. 258 Abs. 2 AEUV („kann“), wonach der KOM lediglich ein Entschließungsermessen⁸ eingeräumt ist, welches sie als „Hüterin der Verträge“ pflichtgemäß ausüben hat (Art. 17 Abs. 1 S. 2, 3 EUV). Die Rechtsprechung hat sich gegen eine generelle Pflicht zum Einschreiten entschieden.⁹ Allerdings wird sich der Ermessensspielraum regelmäßig zu einer Rechtspflicht verdichten und damit auf Null reduzieren, sofern die KOM von einem Vertragsverstoß durch einen Mitgliedstaat überzeugt ist.¹⁰

5. Klagfrist und Rechtsschutzbedürfnis

Prinzipiell sehen Art. 258, 259 AEUV keine Klagfrist vor. Um dem Mitgliedstaat Gelegenheit zur Behebung des Vertragsverstoßes zu geben, dürfte eine Klage jedoch nicht vor Ablauf der von der KOM gesetzten Frist (Art. 258 Abs. 2 AEUV) erhoben werden.

Das Rechtsschutzbedürfnis entfielen, wenn der beklagte MS den Vertragsverstoß innerhalb der gesetzten Frist unstrittig behoben hat.¹¹ Dies ist nicht der Fall.

6. Zwischenergebnis

Sofern die beiden Vertragsverstöße nach vorheriger Anhörung der Bundesrepublik nicht behoben werden und eine begründete Stellungnahme der KOM vorliegt, ist das Vertragsverletzungsverfahren zulässig.

II. Begründetheit

Die Aufsichtsklage ist begründet, wenn das deutsche Fremdbesitzverbot gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff.

AEUV) sowie das Versandhandelsverbot gegen die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV) verstoßen.

1. Fremdbesitzverbot als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

a) Anwendungsbereich von Art. 49 ff. AEUV

Zunächst müssten der sachliche und der persönliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet sein (Art. 49, 54 AEUV). Der EuGH sieht eine Niederlassung an als die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit.¹² Art. 49 AEUV gewährt dieses Recht allen Staatsangehörigen eines MS. Beabsichtigt der Unionsbürger die Gründung einer Zweigniederlassung, ist zudem seine Ansässigkeit im MS unabdingbar (Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV). Art. 54 Abs. 1 erstreckt den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit auch auf Gesellschaften (Art. 54 Abs. 2 AEUV), die ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der Union haben.

Indem die P mit Sitz in den Niederlanden in Deutschland eine Apotheke als Filiale betreiben will, beabsichtigt sie die nicht nur vorübergehende Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Wege einer Zweigniederlassung. Die P ist eine in den Niederlanden rechtmäßig gegründete und dort ansässige Gesellschaft (Art. 54 Abs. 2 AEUV), weshalb der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist.

b) Verbotene mitgliedstaatliche Maßnahme

Das deutsche Fremdbesitzverbot (§§ 2, 7, 8 ApoG) könnte eine verbotene Maßnahme darstellen, die einer Grundfreiheit entgegensteht oder ihre Ausübung erschwert. Erfasst werden dabei sowohl diskriminierende als auch beschränkende nationale Maßnahmen.¹³

aa) Qualität der mitgliedstaatlichen Maßnahme

(1) Diskriminierung

Die Vorschriften des ApoG könnten eine Ungleichbehandlung in- und ausländischer Staatsangehöriger beinhalten und mithin gegen das Diskriminierungsverbot¹⁴ der Art. 49, 54 AEUV verstoßen. Die §§ 2, 7, 8 ApoG erlauben den Betrieb einer Apotheke nur natürlichen Personen und Personengesellschaften, wobei jeder Gesellschafter einer Erlaubnis bedarf. Das ApoG unterscheidet nicht zwischen deutschen und (EU-)ausländischen juristischen Personen, sondern verbietet in beiden Fällen die Erlaubniserteilung. Somit werden In- und Ausländer nicht ungleich, sondern gleichermaßen „schlecht“ behandelt.

⁵ Vgl. Borchardt, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 258 AEUV Rn. 18.

⁶ Vgl. Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 258 AEUV Rn. 40.

⁷ Däubler, NJW 1968, 325 (329).

⁸ So Haratsch/König/Pechstein, Europarecht, 7. Aufl. 2010, 2. Kap. VI. Rn. 497; Borchardt (Fn. 5), Art. 258 AEUV Rn. 19.

⁹ EuGH, Beschl. v. 23.5.1990 – C-72/90 = Slg. 1990, I-2181 – Asia Motor France/Kommission.

¹⁰ Cremer (Fn. 6), Art. 258 AEUV Rn. 42.

¹¹ Ehricke, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2011, Art. 258 AEUV Rn. 29.

¹² EuGH, Rs. C-221/89 = Slg. 1991, I-3905 – Factortame, Rn. 20; EuGH, Rs. C-196/04 = Slg. 2006, I-7995 – Cadbury Schweppes, Rn. 54.

¹³ Streinz, Europarecht, 8. Aufl. 2010, § 12 Rn. 793, 795; Herdegen, Europarecht, 12. Aufl. 2010, § 14 Rn. 3 ff.; Hobe (Fn. 3), § 13 Rn. 9 ff., 30 ff.

¹⁴ Zur Definition EuGH, Rs. C-383/05 = Slg. 2007, I-2555 – Talotta, Rn. 18.

(2) *Beschränkung*

Das Fremdbesitzverbot könnte sich als Beschränkung darstellen. Als solche ist jede mitgliedstaatliche Maßnahme anzusehen, die zwar für In- und Ausländer rechtlich und faktisch unterschiedslos gilt, aber dennoch geeignet ist, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit wesentlich zu erschweren oder weniger attraktiv zu machen.¹⁵

Das deutsche Fremdbesitzverbot benachteiligt in- und ausländische juristische Personen gleichermaßen, da es die Ausübung der Niederlassungsfreiheit ohne Bezug zur Staatsangehörigkeit und somit unterschiedslos erschwert. Es handelt sich daher um eine Beschränkung.

bb) *Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung*

Obwohl vom EuGH bislang nicht entschieden,¹⁶ ist strittig, ob die Grundsätze der Keck-Rechtsprechung¹⁷ auf die Niederlassungsfreiheit übertragbar sind. Würde man die Keck-Formel, die einen Eingriff bei bloßen Absatz-/Verkaufsmodalitäten verneint, auf die Niederlassung übertragen, wären äquivalent zu produktbezogenen Regelungen nur sog. Marktzutrittschranken erfasst. Das Fremdbesitzverbot stellt sich aus Sicht von (EU-ausländischen) Gesellschaften als komplette Versagung des deutschen Marktzutritts dar, denn der Markteintritt wird infolge der Gesellschaftsform verwehrt. Eine Streitentscheidung ist daher entbehrlich, da selbst bei Anwendung der Keck-Formel eine Beschränkung vorläge.

cc) *Rechtfertigung*

Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit können unter den Voraussetzungen der vom EuGH entwickelten Gebhard-Formel¹⁸ gerechtfertigt werden. Demnach ist eine Beschränkung zulässig, wenn vier Voraussetzungen vorliegen: Die nationalen Regelungen müssten (1) in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, (2) sie dienen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, (3) sind geeignet, die Verwirklichung des Allgemeinwohlziels zu gewährleisten und gehen nicht über das Maß hinaus, das zur Zielerreichung erforderlich ist und (4) sie sind schließlich angemessen

(1) *Nichtdiskriminierung*

Das deutsche Fremdbesitzverbot stellt nicht auf die Staatsangehörigkeit der Marktteilnehmer ab und wird folglich in nicht diskriminierender Weise angewandt.

¹⁵ EuGH, Rs. C-55/94 = Slg. 1995, I-4165 – Gebhard; EuGH, Rs. C-140/03 = Slg. 2005, I-3177 – KOM/Griechenland (Optiker); *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 6), Art. 34 AEUV Rn. 57.

¹⁶ Offen lassend für die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) EuGH, Rs. C-384/93 = Slg. 1995, I-1141 – Alpine Investment.

¹⁷ EuGH, Rs. C-267/91 u. C-268/91 = Slg. 1993, I-6097 – Keck und Mithouard.

¹⁸ EuGH, Rs. C-55/94 = Slg. 1995, I-4165 Rn. 37 – Gebhard; *Pache/Knauff*, Fallhandbuch Europäisches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, § 5 Rn. 56.

(2) *Allgemeinwohlgründe*

Die nationale Regelung müsste zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen.¹⁹ Die Cassis-Rechtsprechung übertragend hat der EuGH für die Niederlassungsfreiheit u.a. den Schutz der öffentlichen Gesundheit als Allgemeinwohlgrund anerkannt.²⁰ §§ 2, 7, 8 ApoG stellen sicher, dass ein approbierter Apotheker die Ausgabe der Medikamente überwacht, wodurch Medikamentenmissbrauch verhindert und die sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gewährleistet werden sollen. Insofern kann sich die Bundesrepublik beim Fremdbesitzverbot auf zwingende Allgemeinwohlgründe berufen.²¹

(3) *Verhältnismäßigkeit*

Die zwingenden Allgemeininteressen müssten ihrerseits verhältnismäßig angewendet werden.

(a) An der Eignetheit eines vollständigen Verbots für bestimmte Marktteilnehmer zum Schutze der Gesundheit der Bevölkerung bestehen keine Zweifel. Der EuGH betont den mitgliedstaatlichen Wertungsspielraum, wonach nicht zuletzt wegen der Gefahren für das „finanzielle Gleichgewicht der Sozialversicherungssysteme“ der Verkauf von Arzneimitteln im Einzelhandel grundsätzlich Apothekern vorbehalten bleiben könne.²²

(b) Das Fremdbesitzverbot müsste erforderlich sein. Fraglich ist, ob der Gesundheitsschutz der Bevölkerung nicht durch ebenso wirkungsvolle, aber mildere Mittel erzielt werden könnte (Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs), wodurch gleichzeitig die Ausübung der Grundfreiheit gewährleistet wäre. Der EuGH verneint dies, da nur Berufsapotheker „über tatsächliche berufliche Unabhängigkeit verfügen“ und „die Apotheke nicht nur aus rein wirtschaftlichen Zwecken [betreiben], sondern auch unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel“. „Ein medizinisch nicht gerechtfertigter Verkauf von Arzneimitteln“ könne sich als gesundheitsschädlich erweisen. Auch eine „Pflicht zum Abschluss einer [...] zivilen Haftpflichtversicherung [sei] weniger wirksam“.²³ Insofern setzt sich der EuGH – ohne nähere Begründung – über

¹⁹ Da es sich um eine Beschränkung handelt, die in nicht diskriminierender Weise angewandt wird, kommen ungeschriebene Rechtfertigungsgründe, die ihrerseits verhältnismäßig sein müssen, als Schranken-Schranken in Betracht. Die Prüfung von Art. 52 AEUV wäre mangels einer Diskriminierung verfehlt.

²⁰ EuGH, Rs. 120/78 = Slg. 1979, 649 – Cassis de Dijon; EuGH, Rs. C-55/94 = Slg. 1995, I-4165 – Gebhard; EuGH, Rs. C-167/01 = Slg. 2003, I-1015 – Inspire Art; EuGH, Rs. C-140/03 = Slg. 2005, I-3177 – KOM/Griechenland (Optiker).

²¹ So auch EuGH, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171 – Doc Morris II, Rn. 34.

²² EuGH, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171 – Doc Morris II, Rn. 34 ff.

²³ EuGH, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171 – Doc Morris II, Rn. 35 ff.

seine bisherige Rechtsprechung²⁴, insbesondere im „Optiker“-Urteil²⁵, hinweg, wonach Kapitalgesellschaften nicht systematisch wegen ihrer Rechtsform von einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Binnenmarkt ausgeschlossen werden dürften. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden.²⁶

Zuzustimmen ist dem EuGH darin, dass „in Anbetracht des besonderen Charakters der Arzneimittel und ihres Marktes [...] ein medizinisch nicht gerechtfertigter Verkauf von Arzneimitteln“²⁷ erhebliche Gesundheits- und Lebensgefahren bergen kann. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum nur der selbständige Berufsapotheker als Garant für die Qualität einer hochwertigen Arzneimittelversorgung stehen soll. Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Vertragsgestaltungen könnten die Unabhängigkeit des Apothekers sichern und zugleich übermächtige Fremdinteressen zurückdrängen. Zudem wäre eine Haftpflichtversicherung geeignet, potentielle Gesundheitsschäden abzudecken, die durch Falschberatung des – angestellten wie selbständigen – Apothekers entstehen können. Der Gefahr des Medikamentenmissbrauchs könnte dadurch begegnet werden, dass die Medikamentenausgabe durch einen angestellten approbierten Apotheker erfolgt sowie dessen obligatorische Anwesenheit in jeder Filialapotheke zwingend vorgeschrieben wäre. Die Einhaltung solcher Vorgaben kann durch regelmäßige, auch unangekündigte Kontrollen sichergestellt werden. Schließlich wird die Kohärenz des Fremdbesitzverbots bereits durch die im ApoG vorgesehenen Ausnahmen beeinträchtigt,²⁸ wonach im Falle der Erbschaft einer Apotheke (§ 13 Abs. 1 ApoG), bei Krankenhausapotheken (§ 14 ApoG) sowie beim Betrieb von Filialapotheken durch natürliche Personen (§ 2 Abs. 4 ApoG)²⁹ das Bild vom „Apotheker in seiner Apotheke“³⁰ durchbrochen wird.

c) Ergebnis

Somit ist das deutsche Fremdbesitzverbot (§§ 2, 7, 8 ApoG) nicht erforderlich und verstößt als unverhältnismäßige Beschränkung gegen die Niederlassungsfreiheit, Art. 49 ff. AEUV.

2. Versandhandelsverbot als Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit

a) Anwendungsbereich von Art. 28 ff. AEUV

aa) Kein vorrangiges Sekundärrecht

Zunächst dürfte kein vorrangiges Sekundärrecht existieren, das den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ausschließt. In Betracht kommt Art. 6 Abs. 1 RL 2001/83/EG, der durch § 73 AMG umgesetzt wurde. Demnach dürfen in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel, unabhängig vom Verkaufsmodus, nicht eingeführt werden. Das Versandhandelsverbot für in Deutschland *nicht* zugelassene Arzneimittel ist daher rechtmäßig.

bb) In Deutschland zugelassene Medikamente

Bei den vom behördlichen Versandhandelsverbot erfassten, in Deutschland zugelassenen Medikamenten müsste es sich um Waren handeln (Art. 28 Abs. 2, 29 AEUV). Waren sind körperliche Gegenstände, die einen Geldwert besitzen und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.³¹ Arzneimittel sind Waren und sollen im Wege des Versandes von den Niederlanden nach Deutschland, also grenzüberschreitend gehandelt werden.

b) Verbotene mitgliedstaatliche Maßnahme

Das Versandhandelsverbot könnte als verbotene mitgliedstaatliche Maßnahme gleicher Wirkung (wie eine Einfuhrbeschränkung) unter Art. 34, 2. Fall AEUV fallen. Als Maßnahme gleicher Wirkung qualifiziert der EuGH jede Handelsregelung, die „geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“³² (Dassonville-Formel). Infolge des Verbots ist es P untersagt, Waren nach Deutschland über das Internet zu vertreiben, wodurch der innerunionale Handel unmittelbar beeinträchtigt wird.

Mit Blick auf die Qualität der mitgliedstaatlichen Maßnahme ist fraglich, ob es sich bei dem auf § 43 AMG gestützten behördlichen Verbot um eine Diskriminierung oder eine Beschränkung handelt. Das Verbot richtet sich nicht ausdrücklich gegen ausländische Waren, sondern schließt auf den ersten Blick deutsche wie ausländische Arzneimittel von einem bestimmten Vertriebskanal aus, dem Internethandel. Darin könnte eine Beschränkung liegen. Im Falle von Beschränkungen unterscheidet der EuGH nach der sog. Keck-Formel³³ zwischen Verkaufsmodalitäten und produktbezogenen Regelungen. Während die letztgenannten Regelungen Zusammensetzung, Inhaltsstoffe, Maße, etc. des konkreten Produkts betreffen, beziehen sich Verkaufsmodalitäten lediglich auf die Art und Weise des Vertriebs der Waren.

²⁴ EuGH, Rs. C-243/01 = Slg. 2003, I-13031 – Gambelli; EuGH, Rs. C-338/04 = Slg. 2007, I-1891 – Placanica.

²⁵ S.o. Fn. 15.

²⁶ Vgl. ausf. *Manger-Nestler*, NJ 2009, 422 (423); *Martini*, DVBl. 2007, 10; *Streinz*, JuS 2009, 1034 f.

²⁷ EuGH, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171, Rn. 60.

²⁸ Dagegen EuGH, Urt. v. 15.5.2009 – C-171/07 = Slg. 2009 I-4171 – Doc Morris II, Rn. 43 ff.

²⁹ Soweit die Vorschriften des ApoG nicht abgedruckt waren, konnte von den Bearbeitern die Kenntnis der Ausnahmen nicht erwartet werden.

³⁰ In Anlehnung an das Leitbild des BVerfG im „Apotheken-Urteil“, BVerfGE 17, 232 (238 ff.).

³¹ *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 28 AEUV Rn. 16.

³² EuGH, Rs. 8/74 = Slg. 1974, 837 – Dassonville.

³³ S.o. Fn. 17.

aa) Reine Verkaufsmodalität

Absatz-/Verkaufsmodalitäten sollen nur dann in den Anwendungsbereich von Art. 34, 2. Fall AEUV fallen, wenn sie für alle Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen gelten und sich auf in- wie ausländische Produkte in rechtlich wie tatsächlich gleicher Weise auswirken.³⁴ Fraglich ist, ob es sich beim Versandhandelsverbot der deutschen Behörden um eine reine Verkaufsmodalität handelt. Inländische Apotheker dürfen verschreibungspflichtige Arzneimittel ebenso wenig über den Versandweg vertreiben wie ausländische Anbieter. Formal sind In- wie Ausländer damit gleichermaßen vom Verbot betroffen. De facto wirkt sich das Verbot jedoch nachteilig auf den grenzüberschreitenden Handel mit Arzneimitteln aus. Außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets ansässige Apotheken werden durch die Einschränkung des Vertriebsweges indes stärker beeinträchtigt als inländische. Der EuGH betont, „auch wenn das Verbot den inländischen Apotheken unstreitig ein zusätzliches oder alternatives Mittel des Zugangs zum deutschen Markt der Endverbraucher von Arzneimitteln nimmt, bleibt ihnen doch die Möglichkeit, Arzneimittel in ihren Apotheken zu verkaufen“.³⁵ Für ausländische Apotheken ist der Versandhandel jedoch primäres Mittel für den unmittelbaren Marktzugang. Dies gilt umso mehr, als ihnen der deutsche Marktzugang durch die Alternative einer Apothekeneröffnung verwehrt ist.

bb) Zwischenergebnis

Das Versandhandelsverbot beinhaltet daher eine faktische Diskriminierung.³⁶

c) Rechtfertigung, Art. 36 AEUV

aa) Rechtfertigungsgrund

Die Bundesrepublik könnte sich jedoch auf den Gesundheits- und Lebensschutz (Art. 36 S. 1 3. Fall AEUV) berufen, um die unionsrechtswidrige Diskriminierung zu rechtfertigen. Der EuGH anerkennt die „erstrangigen“ Schutzgüter Gesundheit und Leben und die Festlegung des Kontrollniveaus durch die Mitgliedstaaten in Gestalt des deutschen AMG.³⁷ Indes muss eine nationale Regelung wie § 43 Abs. 1 AMG das Gebot der Verhältnismäßigkeit wahren.

bb) Verhältnismäßigkeit

(1) Legitimer Zweck

Ziel des Versandhandelsverbots ist es, potentielle Gefahren, die von Arzneimitteln ausgehen können, abzuwehren und insbesondere Medikamentenmissbrauch durch Kontrolle der

Echtheit von ärztlichen Verordnungen sicherzustellen. Zudem sollen eine bedarfsgerechte Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sowie die individuelle Beratung gewährleistet werden.

(2) Geeignetheit

Die vom AMG verfolgten Sorgfaltsanforderungen sind für Internet-Apotheken ebenso gut zu erfüllen wie für Präsenz-apotheken. Das Versandhandelsverbot dient daher den vorgegebenen Zielen und ist geeignet.

(3) Erforderlichkeit

Fraglich ist jedoch, ob das ausnahmslose Verbot für verschreibungspflichtige und verschreibungsfreie Medikamente gleichermaßen erforderlich ist. Bei verschreibungspflichtigen Medikamenten ist aufgrund größerer Missbrauchs- und Gesundheitsgefahren ein höherer Sorgfaltsmaßstab anzulegen. Insofern sind die verantwortungsvolle Überprüfung der Echtheit der Rezepte und die persönliche Aushändigung des Medikaments an den Kunden notwendig. Die anonyme Konsultation via Email sowie die Echtheitskontrolle durch Faxen des Rezepts sind missbrauchs- und fälschungsanfällig. Zwar ließe sich die Kontrolle der Echtheit der Rezepte durch softwaretechnische Vorkehrungen lösen, jedoch wäre der technische Aufwand ungleich größer. Somit ist das Versandhandelsverbot für verschreibungspflichtige Medikamente erforderlich.

Beim Versand rezeptfreier Medikamente sind Gesundheits- und Missbrauchsrisiken weitaus geringer, da das Gefährdungspotential dieser Waren niedriger ist. Zudem ist der missbräuchliche Erwerb verschreibungsfreier Medikamente auch in Präsenzapotheken ohne weiteres möglich. Das Versandhandelsverbot für verschreibungsfreie Medikamente ist nicht erforderlich und somit unverhältnismäßig.

3. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Versandhandelsverbot rechtmäßig ist für in Deutschland nicht zugelassene Arzneimittel sowie für zugelassene, verschreibungspflichtige Medikamente.

III. Rechtsfolge

Eine Aufsichtsklage der KOM gegen die Bundesrepublik hätte mithin teilweise Aussicht auf Erfolg. Entsprechend des Feststellungsurteils, in dem der EuGH die Nichtvereinbarkeit des nationalen Rechts mit Unionsrecht konstatiert (Art. 260 Abs. 1 AEUV), wird Deutschland verpflichtet, Maßnahmen zur Beseitigung des Vertragsverstoßes zu ergreifen. Bei Nichtbefolgung des grundsätzlich nicht vollstreckbaren Feststellungsurteils drohen finanzielle Sanktionen, etwa in Form eines Pauschalbetrags oder Zwangsgeldes (Art. 260 Abs. 2 AEUV).

³⁴ EuGH, C-412/93 = Slg. 1995, 179 – Leclerc; EuGH, C-20/03 = Slg. 2005, I-4133 – Burmanjer.

³⁵ EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C-322/01 = Slg. 2003, I-14887 – Doc Morris I, Rn. 70 ff.

³⁶ Hier lag einer der „Fallstricke“ der Klausur: Diejenigen Bearbeiter, die eine Verkaufsmodalität bejahten, kamen zum fehlerhaften Ergebnis, dass der Anwendungsbereich von Art. 34 nicht eröffnet ist und das Verbot damit zulässig war.

³⁷ *Pache/Knauff* (Fn. 18), § 4 Rn. 32.

Übungsfall: Drei Freunde in der Mensa

Von Wiss. Mitarbeiter **Andreas Raschke**, LL.M. oec., M. mel., Rechtsreferendarin **Julia Zirzlaff**, Halle (Saale)*

Der Sachverhalt wurde in leicht abgewandelter Form im Wintersemester 2011/2012 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Examensklausurenkurs gestellt. In der jetzigen Form eignet er sich auch in Umfang und Schwierigkeit zur Vorbereitung auf die große Übung im Strafrecht. Von den 62 abgegebenen Arbeiten haben 40 bestanden. Die Durchschnittspunktzahl lag bei 4,82 Punkten.

Sachverhalt

Axel (A), Bruno (B), und Claus (C) sind drei Freunde, die sich noch aus Schulzeiten kennen und – obwohl jeder seinen eigenen Weg gegangen ist – immer noch ihre gemeinsame Zeit miteinander verbringen. Einmal in der Woche treffen sie sich zu einem gemeinsamen Mittagessen in der am Uniplatz gelegenen und vom Studentenwerk betriebenen Mensa.

Die dortigen Preise sind gestaffelt, je nachdem ob man Student (2 €), Mitarbeiter (3 €) oder „unifremder“ Gast (4 €) ist. Bezahlen darf man als Gast nur bar, alle anderen bezahlen mit einer zuvor mit Geld aufzuladenden Uni-Karte. Die Uni-Karte wird von der Universität ausgegeben. Auf ihr sind optisch wahrnehmbar Name und Matrikelnummer vermerkt. Zum Bezahlen legt man die Karte auf ein Lesegerät, das automatisch den Status der Person abfragt und den jeweiligen Preis abzieht. Nur bei Barzahlungen agiert die Mensa-Angestellte, die ansonsten nur schaut, ob man seine Karte aufgelegt hat.

Als die Drei auch in dieser Woche ihr gemeinsames Mittagsmahl einnehmen, ist der C, der weder studiert noch aus anderen Gründen an der Universität beschäftigt ist, wie immer nicht gewillt, den höheren Preis zu zahlen. Er bittet daher den A, der im 20. Semester Altphilologie studiert, für ihn wie auch sonst mit seiner Karte mitzub bezahlen. Das Geld gebe er ihm später wieder.

Als A an der Kasse die beiden Essen bezahlen will, fragt ihn die Mensa-Angestellte Rita (R), ob beide noch Studenten seien. Dies wird von A bejaht. Obwohl R wegen des Aussehens des C Zweifel hat, lässt sie A für beide Essen mit seiner Karte bezahlen. Dabei weiß sie auch, dass sie sich von beiden die Ausweise hätte zeigen lassen müssen, da offensichtlich war, dass das zweite Essen für C war. Da aber die Schlange viel zu lang war und das doch bloß ein paar „arme“ Studenten sind, ist ihr das egal.

B, der wissenschaftlicher Mitarbeiter an einem strafrechtlichen Lehrstuhl ist, hat das Ganze aus der Ferne beobachtet. Da er momentan jedoch etwas knapp bei Kasse ist, lässt er sich – wie abgesprochen – von A dessen Ausweis geben und bezahlt an der Kasse auch nur den Studentenpreis. R hinge-

gen hat nur geschaut, ob B mit Karte zahlt. Über mehr hat sie sich keine Gedanken gemacht.

Wie haben sich A, B und C strafbar gemacht? Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

Strafbarkeit in Bezug auf das Bezahlen des Mittagessens des C

I. Strafbarkeit des A wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB – Bezahlen des Essens des C mit der Uni-Karte des A zum Studentenpreis

Indem A mit seiner Uni-Karte auch für C mitbezahlt, könnte er sich wegen Betruges gegenüber R und zu Lasten des Studentenwerkes gemäß § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.¹

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand liegt vor, wenn A durch Täuschung über Tatsachen bei einer anderen Person einen Irrtum hervorgerufen hat, der zu einer Vermögensverfügung und sodann zu einem Schaden geführt hat.

Tatsachen sind dem Beweis zugängliche, gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse.² Der Umstand, ob eine Person ein Student ist, ist ein beweisbarer Zustand der Gegenwart und somit eine Tatsache. Hierüber wird getäuscht, wenn irreführend auf das Vorstellungsbild eines anderen eingewirkt wird.³ A formuliert auf die Nachfrage der R hin, dass A und C noch Studenten seien. Er wirkt somit ausdrücklich auf das Vorstellungsbild der R ein. Eine Täuschung liegt vor.

Ein Irrtum wird hierdurch hervorgerufen, wenn die Vorstellung des Getäuschten von der Wirklichkeit abweicht.⁴ R hält die Aussage des A zwar für möglicherweise zutreffend, hegt aber dennoch gewisse Zweifel an ihrer Richtigkeit, sodass problematisch ist, wie sich diese Zweifel der Getäuschten auf einen Irrtum auswirken.

¹ An dieser Stelle muss bereits im Obersatz deutlich gemacht werden, dass die getäuschte und die womöglich geschädigte Person nicht identisch sind – sog. Dreiecksbetrug.

² Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 263 Rn. 6; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 73; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 8.

³ Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 14; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 263 Rn. 6.

⁴ Cramer/Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 33; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 263 Rn. 18; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 13 Rn. 16; Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 263 Rn. 70.

* Andreas Raschke ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans Lilie, Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung. Julia Zirzlaff ist Rechtsreferendarin am OLG Naumburg und arbeitet ebenso am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans Lilie.

Betrachtet man als Ausgangspunkt die Strafbedürftigkeit des Betrugers, dann ließe sich begründen, dass die Zweifel den Irrtum ausschließen. Danach schließt die Mitverantwortung des Getäuschten die objektive Zurechnung der Handlung aus, wenn von dem Opfer „auf Grund seiner Zweifel erwartet werden kann, dass es sich gegen den Anreiz zur Vermögensverfügung selbst schützt“.⁵ Nach dieser Ansicht liegt kein Irrtum vor.

Eine zweite Ansicht beurteilt das Problem aus viktimologischer Sicht. Danach kann von einer zweifelnden Person abverlangt werden, dass sie sich weitergehend informiert, um die Zweifel auszuräumen.⁶ Das Strafrecht kann infolge seines subsidiären Charakters den Zweifelnden nicht schützen. Folglich hätte von R nach dieser Ansicht ebenso ein abermaliges Nachfragen abverlangt werden können, sodass sie sich auch nach dieser Ansicht nicht geirrt hat.

Ein dritter Ansatz stellt darauf ab, ob das Opfer die vorgepiegelte Tatsache für wahrscheinlich hält.⁷ In diesen Fällen wird das sich Gedanken machende Opfer ebenso wie das gedankenlose Opfer geschützt, ohne aber den viktimologischen Gedanken vollends aufzugeben. Hiernach hätte sich R geirrt.

Stellt man jedoch lediglich auf die Tatbegehung der „Überlistung“ ab, so würde es genügen, wenn das Opfer die Tatsache für lediglich möglich hält,⁸ sodass sich hiernach die R ebenso irrte.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, ein Streitentscheid ist notwendig.

Unbestritten postuliert das Strafrecht für sich einen fragmentarischen Charakter, weil es nicht jedes Verhalten unter Strafe stellen will. Zudem muss unter dem Blickwinkel der Zurechnung kritisch überprüft werden, wieweit der Einzelne seine Eigenverantwortung an das Strafrecht abgeben kann. Allerdings darf diese restriktive Handhabe nicht dazu führen, dass der gedankenlose Geschäftspartner besser gestellt ist als derjenige, der die Aussagen seines Gegenübers kritisch hinterfragt und gegebenenfalls sogar bezweifelt.⁹ Die Zweifel werden aber vor dem Hintergrund einer Gewinnerwartung verdrängt. Hierin findet diese Auslegung auch zum geschützten Rechtsgut Parallelität, denn es kommt darauf an, dass sich das Opfer infolge der vorgespiegelten Tatsachen zu einer sich

selbst oder Dritten schädigenden Vermögensverfügung hinreißen lässt. Wenn der viktimologische Ansatz von fehlender Schutzbedürftigkeit spricht und den Getäuschten auf seine Nachfragepflicht verweist, verschiebt es bei Dreieckskonstellationen die Strafbarkeit (auch) auf den Getäuschten, weil sich dieser dann unter Umständen dem Vorwurf der Untreue ausgesetzt sieht.¹⁰ Im Zweifeln kann nämlich unter anderem auch ein billiges Inkaufnehmen gesehen werden. Die Verantwortung wird folglich auf die Person übertragen, die getäuscht wurde. Der Täuschende hingegen macht sich lediglich wegen Versuchs strafbar, wofür auch noch eine Milde rung nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB in Betracht kommen kann. Daher können die Ansätze nicht überzeugen, die den Irrtum trotz Zweifel ausschließen.

Die anderen beiden Ansichten kommen zu dem gleichen Ergebnis, sodass ein weiterer Streitentscheid nicht notwendig ist. R hat sich geirrt.¹¹

Der Irrtum muss sodann zu einer Vermögensverfügung geführt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.¹² R hat für C den falschen Preis (statt 4 € nur 2 €) abgerechnet. Vor dem Hintergrund des Umstandes, dass der Betrug ein Selbstschädigungsdelikt ist, muss die Verfügung der R dem Studentenwerk zurechenbar sein (sog. Dreiecksbetrug). Wonach sich die Zurechnung bestimmt, ist in der Rechtswissenschaft umstritten.

Ein Ansatz verlangt für eine Zurechnung lediglich, dass sich der Verfügende in einem tatsächlichen Näheverhältnis zum Drittvermögen befindet und rein tatsächlich in der Lage war, über das Vermögen zu verfügen.¹³ Indem R an der Kasse gearbeitet hat, stand sie zum Vermögen des Studentenwerks in einem Näheverhältnis. Mithin wird die Verfügung hiernach dem Studentenwerk zugerechnet.

Ein zweiter Ansatz verlangt, dass der Verfügende schon vor der Tat zu dem Drittvermögen in einem besonderen Verhältnis steht, wovon auszugehen ist, wenn der Verfügende „im Lager“ des Dritten steht.¹⁴ R ist beim Studentenwerk angestellt und hat an der Kasse gearbeitet. Sie stand folglich in einem Näheverhältnis zum Drittvermögen, sodass auch hiernach eine Zurechnung der Verfügung erfolgt.

Die engste Ansicht stellt auf die Befugnis des Getäuschten ab, Verfügungen vorzunehmen. Danach kommt eine Zu-

⁵ Beckemper/Wegner, NStZ 2003, 315 (316).

⁶ Amelung, GA 1977, 1 (16 f.); Beulke, NJW 1977, 1073.

⁷ Krey/Hellmann, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 15. Aufl. 2008, Rn. 371; mit weiterer Differenzierung Giehring, GA 1973, 1 (16 f.).

⁸ BGH wistra 1990, 305; BGH wistra 1992, 97; BGH NJW 2003, 1198; Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 20 Rn. 65; Bottke, Jura 1991, 266 (267); Krüger, wistra 2003, 297 (298); Lackner/Kühl (Fn. 3), § 263 Rn. 18; Cramer/Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 40; Tiedemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 86 ff.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 34. Aufl. 2011, Rn. 510.

⁹ Achenbach, Jura 1984, 602 (603); Tiedemann (Fn. 8), § 263 Rn. 86.

¹⁰ Vgl. auch Krüger, wistra 2003, 297 (298).

¹¹ Wer an dieser Stelle einen Irrtum ablehnt, muss den vollendeten Betrug ablehnen und in die Versuchsstrafbarkeit einsteigen.

¹² BGHSt 14, 170 (171); BGH NStZ 2006, 687; Arzt (Fn. 8), § 20 Rn. 69; Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 70; Lackner/Kühl (Fn. 2), § 263 Rn. 22; Satzger (Fn. 4), § 263 Rn. 106.

¹³ RGSt 25, 244 (247); BGHSt 18, 221 (223); BGH NStZ 1997, 32 (33); OLG Celle NJW 1994, 142 (143); OLG Hamm NJW 1969, 620 (621); Kindhäuser/Nikolaus, JuS 2006, 294.

¹⁴ Arzt (Fn. 8), § 20 Rn. 82; Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 82 f.; Lenckner, JZ 1966, 320 (321); Rengier (Fn. 4), § 13 Rn. 47; Tiedemann (Fn. 8), § 263 Rn. 116; Wessels/Hillenkamp (Fn. 8), Rn. 645.

rechnung dann in Betracht, wenn der Verfügende objektiv hierzu befugt ist und sich auch subjektiv an seiner Befugnis orientiert. R war befugt, die Essen abzukassieren und hat dies auch getan. Mithin wird ihre Verfügung nach dieser Ansicht dem Studentenwerk zugerechnet.¹⁵

Alle Ansichten kommen zu dem Ergebnis, dass die Verfügung der R dem Studentenwerk zugerechnet wird. Ein Streitentscheid ist entbehrlich; eine Vermögensverfügung liegt in jedem Fall vor.

Bei dem Studentenwerk muss ein Schaden entstanden sein. Ein Schaden liegt bei saldierender Betrachtungsweise vor, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem schädigenden Ereignis schlechter als davor darstellen.¹⁶ Obwohl sich das Vermögen des Studentenwerks um die zwei abkassierten Euro erhöht, entgeht ihm jedoch die Differenz zu dem richtigen Preis i.H.v. 2 €, indem durch die R die tatsächliche Forderung nicht geltend gemacht wird.

Problematisch ist allerdings, ob nicht der Schaden deswegen ausgeschlossen ist, weil das Studentenwerk die Ausgaben, die sie nicht über Gastpreise amortisieren kann, über Zuschüsse durch das Land ausgleicht. Allerdings ist im Rahmen der Schadenssaldierung ein etwaiger Ausgleichsanspruch, sei dieser auch an einen Dritten gerichtet, keine Schadenskompensation.¹⁷ Daher ist ein Schaden entstanden. Dieser Schaden lässt sich auch kausal über Verfügung und Irrtum auf die Täuschung zurückführen.

b) Subjektiver Tatbestand

Den subjektiven Tatbestand des Betruges verwirklicht, wer mit Vorsatz und in der Absicht handelt, sich rechtswidrig zu bereichern. Vorsatz ist dabei das Wissen und Wollen zur Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale.¹⁸ A wollte R täuschen, bei dieser einen Irrtum herbeiführen, der sie zu einer Vermögensverfügung animiert, und dass hierdurch bei dem Studentenwerk ein Schaden entsteht. Mithin handelte A vorsätzlich.

Mit der Absicht zur rechtswidrigen Bereicherung handelt, wer mit *dolus directus* ersten Grades auf die eigene oder die Bereicherung eines Dritten hinwirkt.¹⁹ A kam es darauf an, C einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Dessen Ersparnis

¹⁵ Etwas anderes gilt dann, wenn die Bearbeiter darauf abstellen, dass R nicht befugt war, einen bestimmten Preis abzurechnen ohne sich die Karte zeigen zu lassen. In diesen Fällen ist eine Zurechnung ausgeschlossen.

¹⁶ RGSt 16, 1 (5); BGHSt 3, 99 (102); 45, 1 (4); Cramer/Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 99; Satzger (Fn. 4), § 263 Rn. 140; Satzger, Jura 2010, 518 (521); Tiedemann (Fn. 8), § 263 Rn. 158, 161; Wessels/Hillenkamp (Fn. 8), Rn. 538.

¹⁷ RGSt 41, 29; Tiedemann (Fn. 8), § 263 Rn. 162; Cramer/Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 120.

¹⁸ BGHSt 19, 295 (298); Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 293; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 6; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 203.

¹⁹ Cramer/Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 166; Otto, Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 51 Rn. 88; Satzger (Fn. 4), § 263 Rn. 226; Wessels/Hillenkamp (Fn. 8), Rn. 583.

von 2 € ist auch die Kehrseite des Schadens des Studentenwerks, sodass zwischen der beabsichtigten Bereicherung und dem Schaden Stoffgleichheit besteht. Rechtswidrig ist diese Absicht, wenn weder der Handelnde noch der Drittbereicherte einen einredefreien Anspruch hat.²⁰ Weder A noch C hatten auf den Vermögensvorteil einen Anspruch, sodass dieser rechtswidrig ist. Der subjektive Tatbestand ist somit erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Besonders schwerer Fall, § 263 Abs. 3 StGB

Darüber hinaus kommt in Betracht, dass sich A wegen Betruges in besonders schwerem Fall gemäß § 263 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben könnte.

Indem A jede Woche für C mitbezahlt, kommt der besonders schwere Fall der Gewerbsmäßigkeit in Betracht. Gewerbsmäßig handelt, wer sich in wiederholter Begehung eine fortlaufende Haupt- oder Nebeneinnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschafft.²¹ Anders aber als bei der Drittbereicherung kommt eine Fremdnützigkeit nicht in Betracht, sodass lediglich eigennütziges Verhalten das Regelbeispiel zu verwirklichen vermag.²² Wenn A bezahlt, hat nur C hierdurch einen Vorteil. Mithin besteht kein eigennütziges Verhalten des A. Das Regelbeispiel ist nicht verwirklicht.

4. Strafantrag, § 263 Abs. 4 i.V.m. § 248a StGB

Der gemäß § 263 Abs. 4 i.V.m. § 248a StGB erforderliche Strafantrag wurde gestellt.²³

5. Ergebnis

Damit hat sich A wegen Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des A wegen Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB – Auflegen der Uni-Karte auf das Lesegerät

Indem A seine Karte auf das Lesegerät legte, könnte er sich zudem wegen Computerbetruges gemäß § 263a Abs. 1 StGB zu Lasten des Studentenwerkes strafbar gemacht haben.

²⁰ BGHSt 42, 268 (271 f.); Rengier (Fn. 4), § 13 Rn. 110.

²¹ BGHSt 1, 383; BGH NSStZ 1996, 285; Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 210; Wessels/Hillenkamp (Fn. 8), Rn. 239.

²² BGH NSStZ 2008, 282; BGH wistra 2009, 351, Cramer/Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 188a.

²³ Falsch ist es an dieser Stelle, wenn die Bearbeiter argumentieren, dass es an der Geringwertigkeit mangelt, da A und C seit vielen Jahren jede Woche zusammen agieren und die sich hieraus ergebende Summe weit über der 25 €-Schwelle liegt. Maßgeblich kann allein die konkrete Tat als einheitlicher Lebenssachverhalt sein, vgl. Kudlich, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), § 248a Rn. 2.

1. Tatbestand

Der Tatbestand des Computerbetruges dient dazu, die Strafbarkeitslücke zu schließen, die sich vor seiner Einführung bei technischen Geräten ergab. Das Verbot strafbegründender Analogie machte es erforderlich, einen Tatbestand zu formulieren, der die Fälle erfasst, in denen Computer und nicht Menschen getäuscht werden.²⁴ Im Fall wird R getäuscht. Sie bestimmt, wer Studentenstatus genießt oder nicht. Hierdurch wird die Position des Lesegerätes an zweite Stelle gerückt und die eigentliche Entscheidung weiterhin einem Menschen überlassen. Aus diesem Grund scheidet ein Computerbetrug aus.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Computerbetruges gemäß § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des A wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB – Betreten der Mensa

Indem A für C in der Mensa mitbezahlt hat, könnte er sich wegen Hausfriedensbruchs gemäß § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.²⁵

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

A müsste in einen Geschäftsraum eingedrungen sein. Unter Geschäftsräumen werden dabei die abgeschlossenen Räumlichkeiten verstanden, die jedenfalls dem Betrieb von gewerblichen Geschäften dienen.²⁶ In einer Mensa werden, wenngleich zu subventionierten Preisen, Essen gegen ein bestimmtes Entgelt ausgegeben. Es erfolgt ein Austausch von Leistung und Gegenleistung, sodass von einem gewerblichen Verhalten ausgegangen werden kann. Die Mensa ist mithin ein Geschäftsraum.

In diesen müsste A eingedrungen sein. Eindringen liegt vor, wenn der Täter die Räumlichkeit ohne oder gegen den Willen des Berechtigten betritt.²⁷ Hier wird der Wille über den Mensaleiter ausgeübt und es stellt sich die Frage, ob ein

Eindringen auch dann gegeben ist, wenn eine generelle Zutritts-erlaubnis durch den Berechtigten vorliegt.

Stellt man auf den tatsächlichen Willen des Berechtigten ab, dann wird dieser kein Interesse daran haben, dass Personen die Räumlichkeiten betreten, um Straftaten zu begehen. In diesen Fällen könnte der rechtswidrige Zweck ein Indiz für den entgegenstehenden Willen des Berechtigten darstellen.²⁸ A betritt die Mensa mit dem Ziel, einen Betrug gegenüber R und zu Lasten des Studentenwerks zu begehen. Stellt man auf den rechtswidrigen Zweck ab, betritt A die Mensa entgegen des Willens des Mensaleiters. Ein Eindringen wäre gegeben.

In Betracht kommt aber auch, dass die Indizwirkung des rechtswidrigen Zwecks als zu subjektiv erachtet und stattdessen vielmehr darauf abgestellt werden muss, ob das Erscheinungsbild des Täters die Reichweite der Zutritts-erlaubnis nicht überschreitet.²⁹ Hat der Hausrechtsinhaber unter Verzicht auf jede individuelle Prüfung jedermann das Betreten von Geschäftsräumen gestattet, so muss er sich aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit an dieser der Allgemeinheit gegenüber abgegebenen Willenserklärung festhalten lassen.³⁰ Auf einen mutmaßlichen Willen des Berechtigten kann demnach nur in dem Umfang abgestellt werden, wie ein anwesender Berechtigter sich dem Zutritt entgegenstellen würde.³¹

A betritt rein äußerlich als ein ganz normaler Student die Mensa. Sein Erscheinungsbild unterscheidet sich nicht von anderen Mensagästen, sodass hiernach ein Eindringen ausscheiden würde.

Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, ein Streitentscheid ist notwendig.

Die besseren Gründe sprechen für die zweite Auslegung des Merkmals „eindringen“. Allein auf den rechtswidrigen Zweck als Indiz abzustellen, bietet kein brauchbares Kriterium für den Nachweis im Strafverfahren. Nur wenn der Täter tatsächlich nach außen erkennbar agiert, kann der generelle Wille zur Befugnis verneint werden. Andernfalls läge auch ein Widerspruch zu den Fällen vor, in denen die Zutritts-erlaubnis durch Täuschung erschlichen wurde, für die ein Eindringen ebenso verneint wird.³² Geschützt ist der tatsächliche Wille und nicht die freie Willensbildung des Berechtigten.³³ Aus diesem Grund muss in Fällen, in denen die generelle Zutritts-erlaubnis zur Begehung von Straftaten genutzt wird, ein Eindringen verneint werden.

²⁴ Hilgendorf/Frank/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, Rn. 126, 128; Rengier (Fn. 4), § 13 Rn. 17; Satzger (Fn. 4), § 263a Rn. 2. Damit geht aber auch einher, dass Betrug und Computerbetrug in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander stehen.

²⁵ Sollten die Bearbeiter davon ausgehen, dass beide sich nicht schon vor der Mensa über die Bezahlung geeinigt haben, dann muss die Diskussion bei Var. 2 ausgetragen werden.

²⁶ RGSt 32, 371; OLG Köln NJW 1982, 2740; Lilie, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 123 Rn. 14; Fahl, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), § 123 Rn. 3; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 123 Rn. 5; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 35. Aufl. 2011, Rn. 580.

²⁷ Fischer (Fn. 2), § 123 Rn. 14; Lilie (Fn. 26), § 123 Rn. 45; Wessels/Hettinger (Fn. 26), Rn. 584.

²⁸ Vgl. ausführliche Ausführungen bei Lilie (Fn. 26), § 123 Rn. 52, hier jedoch ablehnend.

²⁹ BGH NStZ 1982, 158 (159); OLG Düsseldorf NJW 1982, 2678 (2679); Lagodny, Jura 1992, 660; Lilie (Fn. 26), § 123 Rn. 52; Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2, 2005, § 123 Rn. 33; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl. 2011, § 30 Rn. 11 f.

³⁰ Albrecht, NStZ 1988, 222 (224).

³¹ Lilie (Fn. 26), § 123 Rn. 52.

³² Bernsmann, Jura 1981, 403 (404); Lilie (Fn. 26), § 123 Rn. 53; Mewes, Jura 1991, 628 (631).

³³ Schäfer (Fn. 29), § 123 Rn. 29.

Damit ist A nicht in den Geschäftsraum eingedrungen. Der objektive Tatbestand liegt nicht vor.

b) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB ist nicht verwirklicht.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Hausfriedensbruchs gemäß § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit des C wegen gemeinschaftlichen Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB – die Bitte an A, dass dieser das Essen zum Studentenpreis mitbezahlt

Indem C den A gebeten hat, dass dieser das Essen des C an der Kasse zum Studentenpreis mitbezahlt, könnte er sich wegen Betruges in Mittäterschaft gemäß §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

C hat keine objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht. In Betracht kommt aber, dass C die Tathandlungen des A über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Eine Zurechnung ist dann möglich, wenn A und C entsprechend eines gemeinsamen Tatplans die Tat gemeinsam ausführen.

Der gemeinsame Plan von A und C war es, dass A mit seiner Karte für C mitbezahlt. Hierauf erstreckte sich ihre Abmachung. Sodann müsste es auch zur gemeinsamen Tatausführung gekommen sein, d.h., dass jeder Beteiligte einen objektiven Tatbeitrag geleistet haben muss. Problematisch ist an dieser Stelle, ob der Tatbeitrag des C genügt, um eine mittäterschaftliche Begehung zu begründen. Die Rolle des Tatbeitrages wird unterschiedlich bewertet.

Legt man den Schwerpunkt wie die eingeschränkt subjektive Theorie³⁴ vornehmlich auf subjektive Gesichtspunkte, dann bemisst sich die Täterschaft in einer wertenden Gesamtschau danach, ob der Beteiligte mit Täterwillen handelt und auch sonst sein Verhalten objektiv erkennbar den Erfolg herbeizuführen in der Lage ist. C profitiert von der Ersparnis und er hat den Erfolg durch sein selbstsicheres Verhalten unter anderem auch herbeigeführt, sodass hiernach eine Mittäterschaft gegeben ist.

In Betracht kommt aber auch, die jeweilige Täterrolle nach objektiven Gesichtspunkten zu werten, so wie es die Tatherrschaftslehre³⁵ macht. Danach ist derjenige Täter, der als Zentralgestalt die Tat planvoll lenkend in den Händen hält und nicht nur eine Nebenrolle einnimmt. C steht lediglich

daneben, als A die Nachfrage der R beantwortet. Er selbst sagt gar nichts. Zwar ließe sich begründen, dass der C womöglich eine Verhinderungsherrschaft innehat, doch muss der Rechtsfigur mit Skepsis begegnet werden, da sie andernfalls eine Täuschung durch Unterlassen ohne Garantenstellung ermöglichen würde.

Trotz dessen C mit einem einzigen Satz die Situation klären könnte, agiert er nicht als Zentralgestalt des Geschehens. Man könnte ihm daher lediglich eine Nebenrolle zuschreiben. Die konkrete Situation fordert allerdings auch nur das Handeln einer Person. Auch hätte C gar gänzlich darauf verzichten können, dem A zur Kasse zu folgen. Durch die Anwesenheit des C im Kassensbereich wurde R zusätzlich signalisiert, dass das zweite Mittagessen auch für einen Studenten bestimmt ist. Dass C selbst nicht mit R spricht, ist nicht beachtlich, da es dem Wesen der Mittäterschaft entspricht, dass die relevanten Tatbeiträge, die auf einem gemeinsamen Tatplan beruhen, durch den anderen Teil verwirklicht werden.³⁶ Mithin liegt auch bei rein objektiver Betrachtung eine Täterschaft vor.³⁷ Beide Ansichten kommen zu dem Ergebnis, dass dem C das Verhalten des A über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet wird. Der Tatbestand liegt vor.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Besonders schwerer Fall gem. § 263 Abs. 3 StGB

Darüber hinaus könnte sich C wegen gemeinschaftlichen Betruges in besonders schwerem Fall gemäß § 263 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Indem A jede Woche für C mitbezahlt, kommt der besonders schwere Fall der Gewerbsmäßigkeit in Betracht. Gewerbsmäßig handelt, wer sich in wiederholter Begehung eine fortlaufende Haupt- oder Nebeneinnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschafft.³⁸ C zahlt regelmäßig nur den Studentenpreis in Höhe von 2 €. Dies stellt selbst für einen Studenten keine Einnahmequelle von einigem Umfang dar.³⁹ Mithin liegt das Regelbeispiel und somit der besonders schwere Fall nicht vor.

4. Strafantrag, §§ 263 Abs. 4 i.V.m. 248a StGB

Der nach §§ 263 Abs. 4 i.V.m. 248a StGB erforderliche

³⁶ Heissler/Marzahn, ZJS 2008, 638 (645).

³⁷ An dieser Stelle kann nach der Tatherrschaftslehre auch eine Mittäterschaft abgelehnt werden. Sollte dies der Fall sein, müssen die Bearbeiter einen Streitentscheid führen. Hat dieser zum Ergebnis, dass eine Mittäterschaft ausgeschlossen ist, müssen die Bearbeiter eine Anstiftung prüfen. Problematisch ist dort, ob A nicht allein dadurch, dass er und C jede Woche so verfahren, ein omnimodo facturus ist. Dies ist aber wohl zu verneinen (a.A. durchaus vertretbar).

³⁸ BGHSt 1, 383; BGH NStZ 1996, 285; Fischer (Fn. 2), § 263 Rn. 210; Wessels/Hillenkamp (Fn. 8), Rn. 239.

³⁹ Selbst wenn man die Gewerbsmäßigkeit bejahen würde, käme man zu einem Ausschluss gemäß §§ 263 Abs. 4 i.V.m. 243 Abs. 2 StGB wegen Geringwertigkeit.

³⁴ RGSt 31, 80 (82); 66, 236 (240); BGHSt 3, 349 (350); 8, 71 (73); 13, 162 (166).

³⁵ Joecks, in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 28; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2011, § 41 Rn. 10 f.; Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), Vorbem. § 25 ff. Rn. 62 ff.; Roxin, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 25 Rn. 36 ff.; Wessels/Beulke (Fn. 18), Rn. 518.

Strafantrag wurde gestellt.

5. Ergebnis

C hat sich wegen Betruges in Mittäterschaft gemäß §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

V. Strafbarkeit des C wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB

In Fortführung obiger Ausführungen zur Strafbarkeit des A muss auch hier eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs verneint werden.⁴⁰

Strafbarkeit in Bezug auf das Bezahlen des Mittagessens des B

I. Strafbarkeit des B wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber R zu Lasten des Studentenwerkes – Benutzung der Uni-Karte des A

Indem B die Uni-Karte des A auf das Lesegerät legt und hiermit bezahlt, könnte er sich wegen Betruges gegenüber R und zu Lasten des Studentenwerkes gemäß § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand liegt vor, wenn B durch Täuschung über Tatsachen bei einer anderen Person einen Irrtum hervorgerufen hat, der zu einer Vermögensverfügung und sodann zu einem Schaden geführt hat. Wie oben dargetan, liegt in dem Umstand, Student zu sein, eine Tatsache. Indem B mit einer Uni-Karte mit Studentenstatus bezahlt, bringt er konkludent zum Ausdruck, dass er Student sei. Er hat die R mithin konkludent getäuscht.

Diese Täuschung müsste bei R abermals zu einem Irrtum geführt haben. Problematisch ist an dieser Stelle jedoch, ob sich R überhaupt Gedanken über den Status des B macht. Für einen Irrtum genügt es aber auch, dass der Getäuschte lediglich ein sachgedankliches Mitbewusstsein entfaltet.⁴¹ Ein solches sachgedankliches Mitbewusstsein setzt voraus, dass der Getäuschte eine allgemeine Vorstellung hat, alles „laufe normal ab“.⁴² Der Irrtum liegt dann in der positiven Fehlvorstellung, wenn die Dinge nicht normal ablaufen. Allerdings prüft R lediglich, ob Uni-Karten auf das Lesegerät gelegt werden, oder nicht. Nicht aber prüft sie den auf der Karte gespeicherten Personenstatus des Kartenbenutzers. Dieser Personenstatus wird ausschließlich vom Kartenlesegerät ab-

gefragt. Daher kann sich ihr sachgedankliches Mitbewusstsein nicht auf diesen Umstand beziehen, sodass sie keiner positiven Fehlvorstellung unterliegt und sich somit nicht irrt.⁴³

b) Zwischenergebnis

B hat keinen Irrtum durch Täuschung über Tatsachen bei einer anderen Person hervorgerufen.

2. Ergebnis

B hat sich durch die Benutzung der Uni-Karte des A nicht gemäß § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des B wegen Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB – durch Auflegen der Uni-Karte des A

Indem B die Uni-Karte des A auf das Lesegerät legt und hiermit bezahlt, könnte er sich wegen Computerbetruges gemäß § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zu Lasten des Studentenwerkes strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Dafür müsste B einem anderen dadurch, dass er das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch die unbefugte Verwendung von Daten beeinflusst hat, einen Schaden zugefügt haben.

aa) Beeinflussung eines Datenverarbeitungssystems

B müsste durch die unbefugte Verwendung der Daten das Ergebnis eines Datenverarbeitungssystems beeinflusst haben. Unter Daten sind dabei alle durch Zeichen dargestellte Informationen zu verstehen.⁴⁴ Darunter fällt die kodierte Information der Studenteneigenschaft. Eine Datenverarbeitung umfasst alle technischen Vorgänge, bei denen durch Aufnahme von Daten und ihre programmgesteuerte Verknüpfung Arbeitsergebnisse erzielt werden.⁴⁵ Es wird also nicht auf ein Computersystem an sich abgestellt, sondern auf den konkreten Vorgang.⁴⁶ B legte die Uni-Karte auf das Lesegerät, wodurch das Abbuchungsprogramm gestartet wurde. Ob der Täter in den Ablauf eingreift oder diesen erst in Gang setzt,

⁴⁰ An dieser Stelle genügt der sehr kurze Verweis auf die bereits bei A getätigte Auseinandersetzung zum Betreten trotz rechtswidriger Zwecke. Insoweit muss die Lösung in sich konsistent sein. An dieser Stelle eine Strafbarkeit anzunehmen, würde einen argumentativen Bruch darstellen.

⁴¹ OLG Hamburg NJW 1983, 768 (769); Heissler/Marzahn, ZJS 2008, 638 (640 f.); Seelmann, NJW 1980, 2545 (2550); Tiedemann (Fn. 8), § 263 Rn. 77; Wessels/Hillenkamp (Fn. 8), Rn. 511.

⁴² Cramer/Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 39.

⁴³ Sollten die Bearbeiter in ihrer Subsumtion zu dem vertretbaren Ergebnis gelangen, dass hier ein Irrtum vorliegt, so muss die Betrugsprüfung wie für die Strafbarkeit des A bejaht werden.

⁴⁴ Fischer (Fn. 2), § 263a Rn. 3; Kraatz, Jura 2010, 36 (37); Lackner/Kühl (Fn. 3), § 263a Rn. 3; Wohlers, in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 263a Rn. 13; Hilgendorf, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), § 263a Rn. 3.

⁴⁵ BT-Drs. 10/318, S. 21; Hilgendorf (Fn. 44), § 263a Rn. 3; Lackner/Kühl (Fn. 3); § 263a Rn. 4; Möhrenschrager, wistra 1986, 131 (133).

⁴⁶ Fischer (Fn. 2), § 263a Rn. 3.

ist irrelevant.⁴⁷ B hat folglich durch das Auflegen der Uni-Karte das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst.

bb) Unbefugte Verwendung von Daten

Dieses Arbeitsergebnis müsste allerdings durch die unbefugte Verwendung der Daten herbeigeführt worden sein. Wonach sich der Begriff der Befugnis im Rahmen des Computerbetruges bemisst, wird verschiedentlich beurteilt.

Nach einer subjektivierenden Auffassung ist jede Datenverwendung unbefugt, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Datenberechtigten widerspricht.⁴⁸ Dem Willen des berechtigten Mensaleiters widerspricht es, dass B die Uni-Karte des A benutzt, um mit dieser sein Mittagessen zum Studentenpreis zu zahlen. B handelte demnach ohne Berechtigung, also unbefugt.

Orientiert man sich an der amtlichen Überschrift zu § 263a StGB – „Computerbetrug“ – dann käme bei strenger Betrachtung nur dann eine Strafbarkeit in Betracht, wenn der Datenverarbeitungsprozess als solcher betroffen ist.⁴⁹ Nach dieser computerspezifischen Auslegung muss sich demnach der der Datenverwendung entgegenstehende Wille des Betreibers im Computerprogramm niederschlagen.⁵⁰ Man verlangt also eine nicht ordnungsgemäße Einwirkung auf das System im Sinne einer Datenmanipulation.⁵¹ Das bedeutet auch, dass eine Strafbarkeit ausgeschlossen ist, wenn der Computer an sich ordnungsgemäß bedient wird.⁵² B hat nicht auf die Funktionsweise des Datenverarbeitungsprozesses eingewirkt, sodass hiernach die Daten nicht unbefugt verwendet worden sind.

Diese Lehre verkennt jedoch den eigentlichen Normzweck des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB. Dieser wurde gerade deshalb eingefügt, um Lücken im Vermögensschutz zu schließen.⁵³ Der Gesetzgeber wollte neue Manipulationsformen bekämpfen, deren Besonderheit im Vergleich zum Betrug (§ 263 StGB) darin besteht, dass nicht ein Mensch, sondern ein Datenverarbeitungssystem „getäuscht“ wird.⁵⁴ Folgt man der computerspezifischen Ansicht, so würde man der dritten Tatalternative ihren eigenen Anwendungsbereich entziehen.⁵⁵ Diese sieht eine Systemsicherung wie die Uni-Karte

als Legitimationskarte, ähnlich eines Schlüssels. Nutzt ein Nichtberechtigter nun diesen Ausweis (verwendet also einen nicht berechtigten Schlüssel), so würde er hiermit falsche Daten (einen falschen Schlüssel) im Sinne der zweiten Tatvariante verwenden und der Anwendungsbereich der dritten Tatvariante würde untragbar und vor allem unbegründet verengt werden, da die Unbefugtheit eine Qualität des Gebrauchs, nicht aber der Bedeutung der Daten darstellt.⁵⁶ Will man also die Auffangfunktion des § 263a StGB wahren, muss man eine der Täuschung i.S.d. § 263 StGB vergleichbare Tathandlung fordern.⁵⁷

Dem kommt die betrugsnahe Auslegung nach. Im Unterschied zum Betrug wird kein Mensch, sondern eine Maschine getäuscht. Aus diesem Grund bemisst sich die Befugnis darin, ob eine Täuschung eines Menschen vorliegen würde, stünde anstelle des Computers ein Mensch. Nach diesem betrugspezifischen Ansatz liegt also eine unbefugte Verwendung vor, wenn ein Mensch getäuscht worden wäre. B benutzte die Uni-Karte, die nur A im Rechtsverkehr zu führen berechtigt war. Dadurch „täuschte“ B dem Automaten „vor“, berechtigter Karteninhaber zu sein.⁵⁸ Stünde anstelle des Computers ein Mensch, würde dieser von B getäuscht werden. Diese Ansicht wird dem Erfordernis einer betrugsanalogen Rekonstruktion der Tathandlung insoweit gerecht, als dass der Wille des Vermögensinhabers durch die Datenverwendung verfälscht wird. Der betrugsnahen Auslegung ist demnach zu folgen. Mithin liegt eine unbefugte Verwendung vor.⁵⁹

cc) Schaden

Durch die Beeinflussung des Datenverarbeitungssystems mittels unbefugter Verwendung von Daten müsste ein Vermögensschaden eingetreten sein. Dem Studentenwerk entstand ein Schaden i.H.v. 1 €.

a) Subjektiver Tatbestand

B müsste vorsätzlich gehandelt haben. B wusste und wollte auch, dass er mit der Uni-Karte des A das Datenverarbeitungssystem mittels unbefugter Verwendung von Daten beeinflusst und dadurch dem Studentenwerk einen Schaden zufügt.

Daneben verlangt § 263a Abs. 1 StGB eine Absicht stoffgleicher und rechtswidriger Bereicherung.⁶⁰ B wollte mithilfe der Uni-Karte sein Mittagessen zum Studentenpreis zahlen.

⁴⁷ BGHSt 38, 120 (121); OLG Köln NJW 1992, 125; *Haft*, NStZ 1987, 6 (8); *Tiedemann* (Fn. 8), § 263a Rn. 69; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 263a Rn. 32.

⁴⁸ BGHSt 40, 331 (334 f.); BayObLG JR 1994, 289 (291); *Hilgendorf*, JuS 1997, 130 (134); *Kindhäuser* (Fn. 2), § 263a Rn. 27.

⁴⁹ OLG Celle NStZ 1989, 367; LG Freiburg NJW 1990, 2635 (2637).

⁵⁰ *Achenbach*, Jura 1991, 225 (227); *Neumann*, JuS 1990, 535 (537).

⁵¹ *Arloth*, Jura 1996, 354 (357 f.); *Neumann*, JuS 1990, 535 (537).

⁵² OLG Celle NStZ 1989, 367; LG Duisburg CR 1988, 1027; *Herzog*, StV 1991, 215 (217).

⁵³ *Haft*, NStZ 1987, 6 (7).

⁵⁴ BGHSt 38, 120 (124).

⁵⁵ *Kindhäuser* (Fn. 2), § 263a Rn. 35.

⁵⁶ *Ranft*, wistra 1987, 79 (84).

⁵⁷ BGHSt 47, 160 (162); *Fischer* (Fn. 2), § 263a Rn. 11; *Kraatz*, Jura 2010, 36 (41); *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 263a Rn. 13; *Maier*, JuS 1992, 1017 (1019); *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 8), Rn. 598 ff.

⁵⁸ BGHSt 47, 160 (162).

⁵⁹ Wer § 263a StGB argumentativ begründet ablehnt, muss nun ein Erschleichen von Leistungen gemäß § 265a StGB prüfen.

⁶⁰ BGH NJW 1988, 2623; BGH wistra 1999, 378; *Fischer* (Fn. 2), § 263a Rn. 24; *Rengier* (Fn. 4), § 14 Rn. 1, § 13 Rn. 246.

Er handelte also mit Bereicherungsabsicht. Objektiv rechtswidrig ist die beabsichtigte Bereicherung, wenn kein rechtlich begründeter Anspruch besteht.⁶¹ Dies ist nicht gegeben. Somit handelte B auch mit der Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern. Stoffgleich ist die Bereicherung, wenn der Vermögensvorteil unmittelbar zu Lasten des geschädigten Vermögens geht, der Vorteil also die Kehrseite des Schadens darstellt.⁶² Durch die Beeinflussung des Kartenlesegerätes ist dem Studentenwerk ein Schaden in der Höhe der Ersparnis des B entstanden. Die beabsichtigte Bereicherung war also auch stoffgleich zum verursachten Schaden. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantrag, § 263a Abs. 2 i.V.m. §§ 263 Abs. 4, 248a StGB

Das Studentenwerk erlitt durch die tatbestandliche Verwirklichung des B einen Schaden i.H.v. 1 €. Ein Strafantrag war demnach notwendig, wurde jedoch gestellt.

4. Ergebnis

B hat sich wegen Computerbetruges gemäß § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zu Lasten des Studentenwerkes strafbar gemacht, indem er die Uni-Karte des A auf das Lesegerät legte und damit bezahlte.

III. Strafbarkeit des B wegen des Missbrauchs von Ausweispapieren gem. § 281 Abs. 1 Var. 1 StGB

Indem B die Uni-Karte des A genutzt hat, könnte er sich wegen des Missbrauchs von Ausweispapieren gemäß § 281 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

B müsste dafür ein Ausweispapier, das für einen anderen ausgestellt ist, gebraucht haben.

Gegenstand der Tat muss folglich ein Ausweis sein, worunter all jene Papiere verstanden werden, die dem Nachweis der Identität oder der persönlichen Verhältnisse dienen und von einer hoheitlichen Stelle ausgestellt werden.⁶³ Die Uni-Karte ist grundsätzlich eine solche Nachweismöglichkeit und wurde von der Universität ausgestellt. Problematisch ist jedoch, dass es sich bei der Uni-Karte um eine Chipkarte handelt, die zugleich auch Datenträger ist.

Stellt man allein auf die der Karte zugrunde liegenden Daten ab,⁶⁴ dann muss der Uni-Karte die Ausweisqualität abgesprochen werden. Es mangelt bereits an der Papierform der Uni-Karte. Allerdings würde ein solch strenges Verständnis unterschlagen, dass die Karte auch nach außen ein besonderes Erscheinungsbild mitbringt und sich hieran die sich an § 267 StGB orientierende Urkundenqualität teleologisch messen lassen muss.⁶⁵

Obgleich auf der Uni-Karte als Daten der Personenstatus oder etwaiges Mensa-Guthaben gespeichert sind, sind auch auf der Karte physisch wahrnehmbar Name und Matrikelnummer des Studenten vermerkt. Hätte also R den B abkassiert, hätte es auch ausgereicht, wenn dieser „seine Karte“ vorzeigt und dann bar bezahlt hätte. Diese Auslegung widerspricht auch nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz, da zwar in der Uni-Karte auch eine Datenurkunde zu sehen ist, sich aber hierin die Funktion nicht erschöpft. Vielmehr vereint die Uni-Karte mehrere Funktionen in einer Karte, ohne aber weiterhin auf die Ausweisqualität verzichten zu wollen.

Mithin ist die Uni-Karte ein Ausweispapier i.S.d. § 281 StGB. Der Ausweis ist nicht für B, sondern für A ausgestellt worden.

Das Ausweispapier müsste B gebraucht haben. Er hat die Karte genutzt, um damit sein Essen zu bezahlen. Mithin ist der objektive Tatbestand erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

B müsste mit Vorsatz und zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt haben. B hat erkannt, dass er ein Ausweispapier gebraucht und er wollte dies auch. Zudem müsste dies von B zur Täuschung im Rechtsverkehr geschehen sein. Die beabsichtigte Täuschung muss dabei die Identität desjenigen erfassen, der durch das Ausweispapier ausgewiesen ist.⁶⁶ B ging es darum, durch die Identität des A in den Vorzug dessen Studentenstatus zu gelangen, um so nur den niedrigeren Preis bezahlen zu müssen. Mithin gebrauchte er die Uni-Karte zur Täuschung im Rechtsverkehr. Der subjektive Tatbestand liegt vor.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

B hat sich wegen des Missbrauchs von Ausweispapieren gemäß § 281 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

⁶¹ BGHSt 3, 160 (162 f.); 19, 206 (215 f.); 20, 136 (137); Wessels/Hillenkamp (Fn. 8), Rn. 585.

⁶² Rengier (Fn. 4), § 13 Rn. 246; Wessels/Hillenkamp (Fn. 8), Rn. 588.

⁶³ Wittig, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), § 281 Rn. 2; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 281 Rn. 3.

⁶⁴ Erb, in: Joecks/Miebach (Fn. 44), § 281 Rn. 6; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 2), § 281 Rn. 4; Wittig (Fn. 63), § 281 Rn. 2.

⁶⁵ Puppe (Fn. 64); § 281 Rn. 4; Wittig (Fn. 63), § 281 Rn. 2.

⁶⁶ BGHSt 16, 33 (34); Lackner/Kühl (Fn. 3), § 281 Rn. 4; Zieschang, in: Laufhütte/Rissing-van Saan, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 281 Rn. 12.

IV. Strafbarkeit des B wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB – durch Gebrauch der Uni-Karte des A

Indem B die Uni-Karte des A benutzt hat, könnte er sich wegen Urkundenunterdrückung gemäß § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

B müsste eine Urkunde unterdrückt haben. Urkunden sind verkörperte Gedankenerklärungen, die dazu bestimmt und geeignet sind, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen und darüber hinaus ihren Aussteller erkennen lassen.⁶⁷ Die Uni-Karte gibt Auskunft über den universitätsinternen Status und lässt auch den Aussteller – die Universität – erkennen. Es handelt sich demnach um eine Urkunde. Diese Urkunde müsste B unterdrückt haben. Ein Unterdrücken ist gegeben, wenn die Urkunde der Benutzung des Berechtigten zu Beweis Zwecken entzogen wird.⁶⁸ Die Benutzung der Urkunde erfolgte jedoch im Einvernehmen des A, sodass ein Entzug nicht vorliegt. B hat somit keine Urkunde unterdrückt.

2. Ergebnis

B hat sich durch die Benutzung der Uni-Karte nicht gemäß § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

V. Strafbarkeit des B wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB – durch Gebrauch der Uni-Karte des A

Eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung scheidet aus. Weder hat B eine echte Urkunde verfälscht, eine unechte Urkunde hergestellt noch eines von beiden zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.

VI. Strafbarkeit des B wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 Var. 2 StGB – Verweilen in der Mensa trotz eines rechtswidrigen Zwecks

Eine Strafbarkeit des B wegen Hausfriedensbruchs gemäß § 123 Abs. 1 Var. 2 StGB ist in Anknüpfung an die Ausführungen zur Strafbarkeit des A allein im Verweilen trotz rechtswidrigen Zwecks nicht zu sehen.

VII. Strafbarkeit des A wegen Beihilfe zum Computerbetrug des B gem. §§ 263a Abs. 1 Var. 3, 27 StGB

Indem A dem B seine Karte zum Bezahlen übergeben hat, könnte er sich wegen Beihilfe zum Computerbetrug gemäß §§ 263a Abs. 1 Var. 3, 27 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

A müsste dem B für dessen vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat Hilfe geleistet haben. Der Computerbetrug des B

war, wie dargestellt, vorsätzlich und rechtswidrig. Hierfür leistet der Täter Hilfe, wenn er mit seinem Verhalten die Rechtsgutsverletzung des Haupttäters ermöglicht, verstärkt oder die Durchführung der Tat erleichtert.⁶⁹ Hätte A dem B seine Karte nicht gegeben, hätte dieser damit nicht bezahlen können. Der Beitrag des A war somit sogar kausal für den Taterfolg, sodass der Streit dahin stehen kann, welche Verknüpfung zwischen Beihilfe und Taterfolg der Haupttat vorliegen muss. Der objektive Tatbestand ist gegeben.

b) Subjektiver Tatbestand

Weiterhin müsste der subjektive Tatbestand erfüllt sein. Dies ist gegeben, wenn der Täter mit Vorsatz hinsichtlich der vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat und des eigenen Hilfeleistens handelt (sog. doppelter Gehilfenvorsatz). A war sich bewusst, dass B mit seiner Karte bezahlen möchte und dies nur kann, wenn A ihm diese aushändigt. Er handelte folglich mit doppeltem Gehilfenvorsatz und damit vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand liegt vor.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantrag, § 263a Abs. 1 Var. 3 i.V.m. §§ 263 Abs. 4, 248a StGB

Der gemäß § 263a Abs. 1 Var. 3 i.V.m. §§ 263 Abs. 4, 248a StGB notwendige Strafantrag wurde gestellt.

4. Ergebnis

A hat sich wegen Beihilfe zum Computerbetrug gemäß §§ 263a Abs. 1 Var. 3, 27 StGB strafbar gemacht.

VIII. Strafbarkeit des A wegen Missbrauchs von Ausweispapieren gem. § 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB

Indem A dem B seine Uni-Karte überlassen hat, könnte er sich wegen Missbrauchs von Ausweispapieren gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Dafür müsste A einem Dritten seinen Ausweis überlassen haben, damit dieser damit im Rechtsverkehr täuschen kann. Wie oben dargestellt, handelt es sich bei der Uni-Karte um ein Ausweispapier im Sinne des § 281 Abs. 1 StGB.

Diese Karte hat A dem B überlassen, damit dieser damit einen (Computer-)Betrug begehen kann, somit also im Rechtsverkehr täuscht. Der objektive Tatbestand liegt vor.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste mit Vorsatz und zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt haben. A wusste und wollte, dass sich der Gebrauch der Uni-Karte für B legitimierend auswirkt. Zudem

⁶⁷ BGHSt 3, 82 (85); 4, 284 (285); 13, 235 (239); 16, 94 (96); Rengier (Fn. 29), § 32 Rn. 1; Cramer/Heine (Fn. 63), § 267 Rn. 2; Wessels/Hettinger (Fn. 27), Rn. 790.

⁶⁸ OLG Düsseldorf NJW 1989, 115 (116); Cramer/Heine (Fn. 63), § 274 Rn. 9; Puppe (Fn. 64), § 274 Rn. 10.

⁶⁹ BGH NStZ 1985, 318; BGH NStZ 1995, 27 (28); Geppert, Jura 2007, 589 (590); Kühl (Fn. 18), § 20 Rn. 215; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 27 Rn. 2; Rengier (Fn. 35), § 45 Rn. 82.

müsste A im Rechtsverkehr täuschen wollen. Die beabsichtigte Täuschung muss dabei die Identität desjenigen betreffen, dem er die Karte überlassen hat und diesem ermöglichen, den Getäuschten zu einem rechtlich erheblichen Verhalten zu animieren.⁷⁰ B sollte mit der Karte bezahlen können als ob es seine eigene ist und somit nur den geringeren Preis bezahlen. Mithin hat A auch zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt. Der subjektive Tatbestand ist gegeben.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Verhältnis zur Teilnahme an der Täuschung

Problematisch ist, wie sich die Strafbarkeit wegen Teilnahme am Computerbetrug und der Missbrauch von Ausweispapieren verhält.

Infolge dessen, dass die Überlassung des Gebrauchs des Ausweises zugleich die zum Sonderdelikt erhobene Beihilfe ist, scheidet eine Bestrafung wegen Beihilfe zum Computerbetrug aus.⁷¹

4. Ergebnis

A hat sich wegen des Missbrauchs von Ausweispapieren gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

A hat sich gemäß § 263 Abs. 1 StGB wegen Betruges strafbar gemacht. Zudem hat er sich wegen des Missbrauchs von Ausweispapieren gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht. Dadurch scheidet eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Computerbetrug gemäß §§ 263a Abs. 1 Var. 3, 27 StGB aus. Die Strafbarkeiten wegen § 263 Abs. 1 StGB und § 281 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB liegen in Tatmehrheit vor, § 53 StGB.

B hat sich gemäß § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB wegen Computerbetruges strafbar gemacht. Zudem hat er sich gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB wegen des Missbrauchs von Ausweispapieren strafbar gemacht. Es liegt Tateinheit vor, § 52 StGB.

C hat sich gemäß §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB wegen gemeinschaftlichen Betruges mit A strafbar gemacht.

⁷⁰ Zieschang (Fn. 66), § 281 Rn. 12; Cramer/Heine (Fn. 63), § 281 Rn. 8.

⁷¹ Lackner/Kühl (Fn. 3), § 281 Rn. 5; Zieschang (Fn. 66), § 281 Rn. 14; Wittig, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 4), § 281 Rn. 11; Schmitt, NJW 1977, 1811; Cramer/Heine (Fn. 63), § 281 Rn. 10.

Examensklausur – Strafrecht: Feuer im Polizeigewahrsam*

Von Prof. Dr. Tobias Singelstein, Berlin**

Sachverhalt

A ist Asylbewerber und einer Unterkunft in Berlin-Spandau zugewiesen. An einem sommerlichen Samstag trifft er sich mit seinem Freund B. Die beiden trinken zusammen mehrere Flaschen Bier und eine halbe Flasche Wodka. A schlägt vor, einen Ausflug zu einem nur wenige Kilometer entfernten brandenburgischen Badesees zu unternehmen, obwohl er hierfür bei der Ausländerbehörde keinen Antrag gestellt hat. So hatten sich B und A bereits an den beiden vorangegangenen Wochenenden die Zeit vertrieben, wobei A von der Behörde auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens hingewiesen worden war. B hat dieses Wochenende keine Zeit. Er bietet dem A jedoch sein Auto für den Ausflug an, obwohl er weiß, dass A keine Fahrerlaubnis besitzt. A nimmt das Angebot an und macht sich auf den Weg.

Kurz hinter der brandenburgischen Landesgrenze führen die Polizeibeamten P und K eine Verkehrskontrolle durch. Sie halten den A an, der keine Personalpapiere vorweisen kann und offenbar Alkohol konsumiert hat. Ein Atemalkoholtest, dem A zustimmt, ergibt eine Atemalkoholkonzentration (AAK) von 1,4 Promille. Ohne sich weitere Gedanken zu machen, beschließen P und K, dem nicht erfreuten A eine Blutprobe entnehmen zu lassen und ihn hierfür sowie zur Personalienfeststellung auf die Wache zu verbringen.

Auf der Wache müssen P und K feststellen, dass kein Arzt zur Verfügung steht, um die Blutprobe zu entnehmen. Sie beschließen daraufhin, dies selbst zu tun. A lässt die Blutentnahme ohne weiteres über sich ergehen. Die Blutalkoholkonzentrationsmessung ergibt ebenfalls einen Wert von 1,4 Promille. Im weiteren Verlauf beschwert sich A wiederholt über die lange Dauer seines Aufenthalts auf der Wache, der wegen der noch andauernden Personalienfeststellung erforderlich ist. Schließlich versucht er, aus dem Polizeirevier zu flüchten. Als P und K ihn davon abhalten, tritt er um sich und verletzt sich dabei selbst. P beschließt daraufhin, A in eine Zelle des Polizeigewahrsams zu verbringen, bis alle Formalien erledigt sind und A gehen kann. Er verbringt ihn in eine Zelle, wo er A an die dort befindliche Schaumstoffmatratze fesselt.

Einige Zeit nach seiner Rückkehr in das Dienstzimmer hört P über eine in der Zelle des A installierte Gegensprechanlage laute Schreie. Er stellt die Anlage leiser, damit er ungestört telefonieren kann, denn er findet, A habe sich gewisse Unannehmlichkeiten seiner Lage selbst zuzuschreiben. Dabei hält er es nicht für ausgeschlossen, dass sich A Verlet-

zungen zuzieht. Wenige Minuten darauf löst der in der Zelle des A befindliche Rauchmelder Alarm aus. P entschließt sich, in der Zelle nachzusehen. Als er die Zelle erreicht, steht diese bereits vollständig in Flammen. A verstirbt infolge des Brandes. Hätte P bereits vor dem Alarm des Rauchmelders reagiert, hätte A mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet werden können. Wie das Feuer entstanden ist, kann im Nachhinein nicht sicher festgestellt werden.

Bearbeitervermerk

1. Wie haben sich die Beteiligten strafbar gemacht? Prüfen Sie auch die Strafbarkeit des A, obwohl dieser verstorben ist. Gehen Sie davon aus, dass das Verbringen *in die Zelle* (nicht das Verbringen auf die Wache) und die Fesselung rechtmäßig waren. Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

2. Wäre die entnommene Blutprobe in einem Strafverfahren verwertbar?

Auszug aus dem Asylverfahrensgesetz:

§ 56 Räumliche Beschränkung

(1) Die Aufenthaltsgestattung ist räumlich auf den Bezirk der Ausländerbehörde beschränkt, in dem die für die Aufnahme des Ausländers zuständige Aufnahmeeinrichtung liegt. In den Fällen des § 14 Abs. 2 Satz 1 ist die Aufenthaltsgestattung räumlich auf den Bezirk der Ausländerbehörde beschränkt, in dem der Ausländer sich aufhält.

(2) Wenn der Ausländer verpflichtet ist, in dem Bezirk einer anderen Ausländerbehörde Aufenthalt zu nehmen, ist die Aufenthaltsgestattung räumlich auf deren Bezirk beschränkt. [...]

§ 85 Sonstige Straftaten

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. entgegen § 50 Abs. 6, auch in Verbindung mit § 71a Abs. 2 Satz 1, sich nicht unverzüglich zu der angegebenen Stelle begibt,

2. wiederholt einer Aufenthaltsbeschränkung nach § 56 Abs. 1 oder 2, jeweils auch in Verbindung mit § 71a Abs. 3, zuwiderhandelt, [...]

Lösung

Frage 1

1. Handlungsabschnitt: Das Geschehen bis zum Erreichen der Wache

A. Strafbarkeit des A wegen des Fahrens mit dem Auto über die Landesgrenze

I. § 316 Abs. 1 StGB

Indem A nach dem Konsum mehrerer Flaschen Bier und des Wodkas mit dem Auto des B gefahren ist, könnte er sich wegen Trunkenheit im Verkehr gemäß § 316 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

* Der Fall ist an den des Oury Jalloh, der 2005 in einer Zelle eines Polizeireviers in Dessau gefesselt verbrannte, nur angelehnt, entspricht ihm also nicht. Insbesondere wurden verschiedene Umstände des Sachverhalts aus didaktischen Gründen vereinfacht, an anderen Stellen wurde der Sachverhalt erweitert.

** Der Autor ist Juniorprofessor für Strafrecht und Strafverfahrensrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin.

1. Objektiver Tatbestand

Objektiv müsste A im Zustand der Fahruntüchtigkeit bzw. Fahrunsicherheit ein Fahrzeug im öffentlichen Verkehrsraum geführt haben. Fahrzeug ist jedes zur Ortsveränderung bestimmte Fortbewegungsmittel zur Beförderung von Personen oder Gütern,¹ also auch der PKW des B. Diesen hat A selbst unmittelbar in Bewegung gesetzt und somit geführt. Das Merkmal des öffentlichen Verkehrsraumes bestimmt sich nach Gesichtspunkten des Wegerechts (Widmung zum Verkehr) oder des Verkehrsrechts.² Hier hat A das Fahrzeug auf einer Landstraße geführt, die zum Verkehr gewidmet ist. Mithin hat A im öffentlichen Verkehrsraum ein Fahrzeug geführt.

Weiterhin müsste A im Zustand der Fahrunsicherheit bzw. Fahruntüchtigkeit gehandelt haben. Diese liegt vor, wenn die Gesamtleistungsfähigkeit des Fahrers infolge Enttömmung bzw. geistig-seelischer oder körperlicher Leistungsausfälle so weit herabgesetzt ist, dass er nicht mehr fähig ist, sein Fahrzeug im Straßenverkehr eine längere Strecke auch bei plötzlichem Auftreten schwieriger Verkehrslagen sicher zu steuern.³ Relative Fahruntüchtigkeit liegt vor ab einer Blutalkoholkonzentration (BAK) von 0,3 ‰, wenn zusätzlich Ausfallerscheinungen auftreten. Absolute Fahruntüchtigkeit ist gegeben ab einer BAK von 1,1 ‰; hier ist kein zusätzliches Auftreten von Ausfallerscheinungen erforderlich.⁴ Das Vorliegen des Merkmals hängt nicht von der Wirkung des Alkohols im Einzelfall ab, sondern wird beim Erreichen des Grenzwerts unwiderleglich vermutet.⁵ Hier sind bei A zwar keine äußeren Anhaltspunkte für eine Fahrunsicherheit ersichtlich. Allerdings wurde in seinem Blut eine BAK von 1,4 ‰ festgestellt, so dass absolute Fahruntüchtigkeit gegeben ist.⁶

Die Fahrunsicherheit muss durch den Genuss alkoholischer Getränke oder anderer Rauschmittel herbeigeführt worden sein.⁷ A hat mehrere Flaschen Bier sowie Wodka getrunken und gerade dadurch die Fahruntüchtigkeit herbeigeführt.

2. Subjektiver Tatbestand

Der mindestens erforderliche bedingte Vorsatz liegt vor, wenn der Täter die alkoholbedingte Fahrunsicherheit für möglich hält und billigend in Kauf nimmt bzw. sich mit ihr abfindet und gleichwohl ein Kfz führt. Kenntnis der tatsächlichen BAK oder der Grenzwerte ist nicht erforderlich, da es sich dabei nur um Beweisregeln handelt.⁸ Als verständigem Erwachsenen war A aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung klar, dass seine Fahrtüchtigkeit nach dem Genuss mehrerer Flaschen Bier zuzüglich Wodka beeinträchtigt sein könnte. Er hielt es daher für möglich, dass er fahrunsicher ist, und nahm dies billigend in Kauf, als er mit dem PKW des B fuhr.⁹

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte mangels eingreifender Rechtfertigungsgründe rechtswidrig. Auch an der Schuldhaftigkeit seines Handelns bestehen keine Zweifel. Da seine BAK nur 1,4 ‰ betrug, hatte er den Bereich verminderter Schuldfähigkeit oder gar Schuldunfähigkeit nach §§ 20, 21 StGB noch nicht erreicht.¹⁰

4. Ergebnis

Indem A nach dem Genuss von Bier und Wodka das Auto des B fuhr, hat er sich wegen Trunkenheit im Verkehr gemäß § 316 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG

Indem A mit dem Auto des B fuhr, ohne im Besitz einer Fahrerlaubnis zu sein, könnte er sich gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG strafbar gemacht haben.

Objektiv muss der Fahrzeugführer ein Fahrzeug, für das nach § 2 StVG eine Fahrerlaubnis erforderlich ist, ohne selbige geführt haben. A hat, wie bereits dargelegt, den PKW des B auf öffentlichen Straßen gefahren. Demnach führte er ein Fahrzeug ohne die hierfür erforderliche Fahrerlaubnis. Subjektiv setzt der Tatbestand beim Kfz-Führer (Nr. 1) mindestens bedingten Vorsatz für das Führen des Kfz und das Fehlen der Fahrerlaubnis voraus.¹¹ Als erwachsenem und verständigem Menschen musste A klar sein, dass zum Führen von Kfz eine Fahrerlaubnis notwendig ist und dass er über eine solche nicht verfügt.

A hat sich wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG strafbar gemacht.

¹ BayObLG NSZ-RR 2001, 26.

² *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 142 Rn. 15.

³ BGHSt 13, 83 (90); *Herzog*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 316 Rn. 9; *Geppert*, Jura 2001, 559 (561).

⁴ BGHSt 37, 89 (95); *König*, JA 2003, 131 (132); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 315c Rn. 6a.

⁵ BVerfG NJW 1995, 125 f.; BGHSt 5, 168 (170); 10, 265 (267); 13, 83 (84).

⁶ Die festgestellte AAK alleine reicht nicht aus, um absolute Fahrunsicherheit nachweisen zu können, siehe OLG Naumburg NSZ-RR 2001, 105 (106).

⁷ *Herzog* (Fn. 3), § 316 Rn. 10; vgl. BayObLG NZV 1990, 317.

⁸ *König*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 316 Rn. 188; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 316 Rn. 23.

⁹ Sofern vorsätzliches Handeln abgelehnt wird, ist § 316 Abs. 2 StGB zu prüfen.

¹⁰ Vgl. BGH NJW 1997, 2460 (2461); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 20 Rn. 19.

¹¹ *Janker*, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 21. Aufl. 2010, § 21 Rn. 10; *Janiszewski*, Verkehrsstrafrecht, 5. Aufl. 2004, Rn. 630.

III. § 85 Nr. 2 i.V.m. § 56 Abs. 1 S. 1 AsylVfG

Indem A mit dem Auto des B die Landesgrenze zwischen Berlin und Brandenburg überfahren hat, könnte er sich wegen wiederholten Verstoßes gegen die so genannte „Residenzpflicht“ strafbar gemacht haben, die als Institut stark umstritten ist.¹²

1. Objektiver Tatbestand

Taugliche Täter im Sinne von § 85 Nr. 2 i.V.m. § 56 Abs. 1 S. 1 AsylVfG sind nur Asylbewerber, d.h. Ausländer, die in der Bundesrepublik Asyl beantragt haben und deren Anerkennungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist.¹³ Dies ist bei A der Fall.

Tathandlung ist die wiederholte Zuwiderhandlung gegen die gesetzlich begründete Aufenthaltsbeschränkung des § 56 Abs. 1 AsylVfG. Tatbestandsmäßig ist jedes Verlassen des Aufenthaltsbezirks, das nicht nach §§ 57, 58 AsylVfG erlaubt ist, unabhängig davon, zu welchem Zweck es erfolgt. A ist hier einer Aufnahmeeinrichtung in Berlin zugewiesen, sodass er die Stadt nicht ohne Erlaubnis verlassen dürfte. Gleichwohl überfährt er die Landesgrenze zu Brandenburg, ohne dies vorher beantragt zu haben. Er handelt damit der Aufenthaltsbeschränkung zuwider.

Es müsste sich zudem um einen wiederholten Verstoß handeln. Zwar fuhr A auch an den beiden vorangegangenen Wochenenden zum See. Fraglich ist aber, ob dies allein ausreicht oder eine tatsächliche Ahndung der vorherigen Zuwiderhandlungen vorauszusetzen ist.¹⁴ Die h.M. lehnt dies zwar ab,¹⁵ größtenteils wird aber zumindest eine behördliche Reaktion mit Warnfunktion gefordert.¹⁶ Zwar liege die ordnungsrechtliche Ahndung des Erstverstoßes im Ermessen der Behörde und könne damit nur Indiz, nicht Voraussetzung für § 85 Nr. 2 AsylVfG sein.¹⁷ Dem Täter müsse, um die Bestrafung wegen wiederholter Vergehen zu rechtfertigen, sein vorheriges Fehlverhalten aber vor Augen geführt worden sein, wozu es Maßnahmen mit besonderer Warnfunktion be-

dürfe.¹⁸ Da A zumindest auf die Rechtswidrigkeit hingewiesen wurde, ist diese Warnfunktion hier gegeben, so dass jedenfalls nach h.M. ein wiederholter Verstoß vorliegt.

2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht müsste A vorsätzlich gehandelt haben. Eine besondere Absicht ist nicht erforderlich.¹⁹ Spätestens nach dem Hinweis der Behörde handelte A hinsichtlich des Verstoßes vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist im Hinblick auf § 17 StGB davon auszugehen, dass A die Strafbewehrung einschlägiger Verstöße ebenso wie seine Aufenthaltspflicht kennt.

4. Ergebnis

A hat sich somit nach § 85 Nr. 2 i.V.m. § 56 Abs. 1 S. 1 AsylVfG strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des B wegen des Verleihens des Autos**I. §§ 316 Abs. 1, 26 StGB**

Indem B dem A sein Auto für den Ausflug angeboten hat, könnte er sich wegen Anstiftung zur Trunkenheit im Verkehr strafbar gemacht haben.²⁰

1. Objektiver Tatbestand

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist mit der festgestellten Trunkenheitsfahrt des A gegeben. Fraglich ist nur, ob B den A auch hierzu bestimmt hat. Bestimmen bedeutet das Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter.²¹ Zwar kommt der Vorschlag zur Fahrt von A. Aber dieser hatte kein eigenes Auto zur Verfügung und eine Autofahrt ohne den B auch nicht im Sinn. Erst dadurch, dass B dem A seinen PKW anbietet, entsteht bei A die Idee, selbst mit dem Wagen zu fahren, obgleich er bereits Alkohol konsumiert hat. Mithin wird bei A erst durch das Anbieten des Fahrzeugs der Tatentschluss hervorgerufen, womit ein Bestimmen i.S.v. § 26 StGB gegeben ist.

2. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv erfordert die Anstiftung den so genannten doppelten Anstiftervorsatz.²² Das heißt, B hätte mindestens mit dolus eventualis sowohl für die Vollendung der vorsätzlichen

¹² Zur verfassungs-, europa- und völkerrechtlichen Kritik an räumlichen Beschränkungen im Asylverfahrensrecht AG Hattingen InfAuslR 1987, 134; AG Hattingen InfAuslR 1989, 162 ff.; AG Kirchhain MDR 1992, 799 f.; Tiemann, NVwZ 1987, 10; Wingerter, in: Hofmann/Hoffmann (Hrsg.), Ausländerrecht, Handkommentar, 2008, § 56 AsylVfG Rn. 2.

¹³ Schmidt-Sommerfeld, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/2, 2009, § 85 AsylVfG Rn. 18 f.

¹⁴ So BVerfG NVwZ 1997, 1109 (1111); AG Homburg StV 1984, 381 (382) zu § 34 Abs. 1 AsylVfG a.F.

¹⁵ OLG Celle NStZ 1984, 324; Senge, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 184. Lfg., Stand: April 2011, § 85 AsylVfG Rn. 8 m.w.N.

¹⁶ OLG Stuttgart StV 2002, 298 (299); Wingerter (Fn. 12), § 85 AsylVfG Rn. 10; wohl auch OLG Karlsruhe NStZ 1988, 560 (561); a.A. Renner, Ausländerrecht, Kommentar, 9. Aufl. 2011, § 85 AsylVfG Rn. 11.

¹⁷ Schmidt-Sommerfeld (Fn. 13), § 85 AsylVfG Rn. 37.

¹⁸ Wingerter (Fn. 12), § 85 AsylVfG Rn. 10.

¹⁹ Renner (Fn. 16), § 85 AsylVfG Rn. 15; Schmidt-Sommerfeld (Fn. 14), § 85 AsylVfG Rn. 48.

²⁰ Vorsicht: Bei eigenhändigen Delikten ist nur für eine Täterschaft erforderlich, dass der Betreffende die Tathandlung selbst ausführt. Für eine Teilnahme wird dies nicht verlangt.

²¹ Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, Rn. 256; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 26 Rn. 2.

²² Satzger, Jura 2008, 514 (516); Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 572.

rechtswidrigen Haupttat als auch für das Bestimmen handeln müssen.

Zwar ist B hier nur „Mitzechender“ und verabreicht dem A nicht den Alkohol. Er stellt ihm jedoch sein Auto zur Verfügung, ohne welches die Trunkenheitsfahrt nicht möglich gewesen wäre. Dabei musste ihm klar sein, dass A bereits so viel getrunken hatte, dass er das Auto nicht mehr sicher führen konnte. Mindestens hat er die Fahruntüchtigkeit des A billigend in Kauf genommen. Er handelte somit mit *dolus eventualis* für die Verwirklichung des § 316 StGB durch A.

Angesichts der Umstände musste dem B auch klar sein, dass erst sein Verleihangebot und die damit eröffnete Möglichkeit für A, mit dem Auto zu fahren, bei diesem den Tatentschluss hervorrufen würde. Der subjektive Tatbestand ist daher gegeben.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld und Ergebnis

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, weshalb sich B nach §§ 316 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht hat.

II. § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG, § 26 StGB

Anstiftung zu § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG ist nach den allgemeinen Grundsätzen möglich.²³ Eine geeignete Haupttat liegt vor, wie oben festgestellt wurde. Für das Bestimmen des A gilt das soeben zu § 316 StGB Gesagte entsprechend. Auch hier handelte B mit doppeltem Anstiftersvorsatz, denn er wusste, dass A keine Fahrerlaubnis besitzt. Er hat sich daher auch nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG, § 26 StGB strafbar gemacht.

III. § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG

Weiterhin könnte B sich durch das Verleihen des Autos auch nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG strafbar gemacht haben. Es handelte sich um seinen PKW, so dass davon auszugehen ist, dass er der Halter ist. Auch hat er es zugelassen, dass A mit dem Auto fährt, obwohl ihm bewusst war, dass A die erforderliche Fahrerlaubnis nicht besitzt. Mithin hat sich B auch nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG strafbar gemacht.

IV. § 85 Nr. 2 AsylVfG, § 26 StGB

Schließlich könnte sich B auch wegen Anstiftung des A zu dessen Tat gem. § 85 Nr. 2 AsylVfG strafbar gemacht haben. Zwar ist eine geeignete Haupttat gegeben. Allerdings ist fraglich, ob B den A auch zu dieser bestimmt, also seinen Tatentschluss mitverursacht hat. Im Gegensatz zur Trunkenheitsfahrt ist hier eher davon auszugehen, dass A bei seinem Vorschlag für den Ausflug bereits selbst den festen Entschluss gefasst hatte, gegen die „Residenzpflicht“ zu verstoßen, wenn auch nicht als Fahrer. Er konnte daher von A hierzu nicht mehr bestimmt werden, weshalb eine Strafbarkeit an dieser Stelle ausscheidet.

V. § 85 Nr. 2 AsylVfG, § 27 StGB

Allerdings könnte sich B wegen Beihilfe zu der Tat strafbar gemacht haben. Hierfür müsste eine Hilfeleistung vorliegen. Dies meint jede Handlung, die die Herbeiführung des Taterfolgs durch den Haupttäter physisch oder psychisch fördert, sie also ermöglicht oder erleichtert oder die Rechtsgutsverletzung verstärkt.²⁴ Kausalität im Sinne einer *conditio sine qua non* ist nach der Rechtsprechung nicht erforderlich.²⁵ Mit dem Auto konnte A wesentlich schneller zum Badensee gelangen und somit auch die Landesgrenze überschreiten, als dies sonst der Fall gewesen wäre. Darüber hinaus hat B die Tat des A auch psychisch gefördert.

Fraglich ist allerdings wie es sich auswirkt, dass es sich bei dem Verleihen des Autos um eine neutrale Alltagshandlung handelt. Insofern werden sehr verschiedene Wege vorgeschlagen um eine Beihilfestrafbarkeit zu begrenzen. Während in der Literatur vor allem Ansätze auf der objektiven Ebene, etwa in Form der Sozialadäquanz oder bei der objektiven Zurechnung, angeführt werden,²⁶ legt die Rechtsprechung einzelfallbezogen einen Schwerpunkt auf den subjektiven Tatbestand. Dabei geht sie von dem Grundsatz aus, dass Alltagshandlungen nicht in jedem Fall neutral sind, sondern ihren Alltagscharakter verlieren, wenn der Hilfeleistende weiß, dass das Handeln des Haupttäters ausschließlich auf die Begehung einer Straftat gerichtet ist, weil dann eine Solidarisierung mit dem Täter stattfindet.²⁷ Vorliegend ist zweifelhaft, ob dem B überhaupt bewusst ist, dass A mit dem wiederholten Überschreiten der Landesgrenze ohne Erlaubnis eine Straftat begeht. Zwar ist B ein Freund des A. Dies bedeutet jedoch nicht ohne weiteres, dass er die Strafbarkeit des Verhaltens erfasst und dass ihm bekannt ist, dass A keine Erlaubnis für das Verlassen Berlins hat. Daher ist zu seinen Gunsten anzunehmen, dass er nicht von einem Verstoß gegen die „Residenzpflicht“ ausging. Somit liegt nach der Rechtsprechung – ebenso wie nach verschiedenen der in der Literatur vertretenen Ansätzen – eine neutrale Alltagshandlung vor (a.A. vertretbar).

C. Strafbarkeit von P und K wegen des Verbringens auf die Wache

I. § 239 Abs. 1 StGB

Indem P und K den A zur Wache verbracht haben, könnten sie sich wegen Freiheitsberaubung strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Tathandlung ist ein Eingriff in die persönliche Bewegungsfreiheit, durch den ein Mensch des Gebrauchs der persönlichen Freiheit beraubt wird. Es muss die Möglichkeit genommen werden, sich nach dem eigenen Willen fortzubewegen,

²³ Janker (Fn. 11), § 21 Rn. 18; Janiszewski (Fn. 11), Rn. 633a.

²⁴ BGHSt 42, 135 (136); 46, 107 (109); BGH NStZ 1985, 318.

²⁵ BGH NStZ 2007, 230 (232).

²⁶ Überblick bei Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 27 Rn. 10b.

²⁷ BGHSt 46, 107 (113); BGH NStZ 2000, 34; BGH NStZ 2001, 364 (365).

durch Einsperren oder auf andere Weise.²⁸ P und K verbrachten den A zur Wache, wo er sich weiter aufhalten musste und verhindert wurde, dass er sich entfernt. Mithin war die Fortbewegungsfreiheit des A eingeschränkt.

A war über diese Entwicklung nicht erfreut, so dass auch nicht von einem tatbestandsausschließenden Einverständnis ausgegangen werden kann.

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. P und K kam es hier gerade darauf an, dass sich der A nicht fortbewegt.

3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist allerdings ob P und K auch rechtswidrig gehandelt haben. Dies könnte insbesondere ausgeschlossen sein, wenn sie unter Ausübung ihrer amtlichen Befugnisse gehandelt haben.

a) § 81a StPO

Das Verbringen auf die Wache sollte zum einen der Entnahme einer Blutprobe dienen, so dass zunächst § 81a StPO als Rechtsgrundlage auch für das Verbringen in Betracht kommt. Die Norm enthält zwar keine ausdrückliche Ermächtigung, die Blutentnahme durchzusetzen und dafür notwendige Grundrechtseingriffe vorzunehmen. Es ist jedoch anerkannt, dass sie zumindest kurzfristige Freiheitsentziehungen im Wege der Annexkompetenz erlaubt.²⁹

Für eine Rechtfertigung wäre es allerdings erforderlich, dass die Voraussetzungen des § 81a StPO gegeben sind. Dabei ist hier insbesondere die Anordnungscompetenz von P und K fraglich. Zuständig für die Anordnung ist primär der Richter (§ 81a Abs. 2 StPO). P und K dürften die Maßnahme selbst nur bei Gefahr im Verzug anordnen, wobei auch noch eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft Vorrang hätte.³⁰ Gefahr im Verzug liegt nur vor, wenn wegen der Verzögerung durch die Einholung einer richterlichen Anordnung eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs droht. Die Annahme dessen setzt regelmäßig den erfolglosen Versuch voraus, eine richterliche Anordnung zu erlangen.³¹ Dies ist hier nicht geschehen, P und K haben sich nicht einmal Gedanken dazu gemacht. Auch liegen keine besonderen Gründe für eine Eilbedürftigkeit wegen Gefährdung des Untersuchungserfolgs vor. Mangels Gefahr im Verzug waren P und K daher nicht zur Anordnung berechtigt, so dass § 81a StPO als Rechtfertigungsgrund ausscheidet.

²⁸ BGHSt 32, 183 (188 f.); Fischer (Fn. 10), § 239 Rn. 6; Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 239 Rn. 4.

²⁹ S. OLG Karlsruhe StV 2009, 516 (517); Senge, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 81a Rn. 10.

³⁰ Vgl. BVerfG StV 2007, 281 (282); BVerfG NStZ 2011, 289.

³¹ BVerfGE 103, 142 (155); BVerfG NJW 2007, 1345 (1346).

b) § 163b Abs. 1 StPO

Als weitere Befugnisnorm kommt § 163b Abs. 1 i.V.m. § 163c StPO in Betracht. Hiernach ist es den Beamten des Polizeidienstes gestattet, eine einer Straftat verdächtige Person zur Identitätsfeststellung festzuhalten. Dabei kann der Betroffene auch zur Dienststelle verbracht werden wenn dies erforderlich³² und die Feststellung sonst nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich ist.³³ A ist, wie bereits festgestellt, verschiedener Straftaten verdächtig. Mangels Personalpapieren ist es vor Ort nicht möglich, seine Identität festzustellen. Daher ist davon auszugehen, dass das Verbringen auf die Wache verhältnismäßig war. P und K handelten hierbei auch zum Zweck der Personalienfeststellung. Die Maßnahme ist daher gerechtfertigt.

II. Ergebnis

Das Verbringen des A auf die Dienststelle ist durch § 163b Abs. 1 StPO gerechtfertigt. P und K haben sich daher nicht strafbar gemacht. Dies gilt ebenso für § 240 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB.

D. Konkurrenzen und Ergebnis

A hat sich durch das Fahren mit dem Wagen über die Landesgrenze nach §§ 316 Abs. 1 StGB, § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG, § 85 Nr. 2 i.V.m. § 56 Abs. 1 S. 1 AsylVfG in Tateinheit strafbar gemacht.

B hat sich tateinheitlich wegen §§ 316 Abs. 1, 26 StGB und § 21 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StVG, § 26 StGB sowie auch wegen § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG strafbar gemacht, der aus Klarstellungsgründen nicht zurücktritt.

2. Handlungsabschnitt: Das Geschehen auf der Wache

A. Strafbarkeit von P und K wegen der Blutentnahme

I. §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4 StGB

Durch die Blutentnahme könnten sich P und K weiterhin wegen gefährlicher Körperverletzung im Amt strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Das Entnehmen von Blut mittels einer Kanüle stellt eine üble unangemessene Behandlung dar, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt, so dass eine körperliche Misshandlung gegeben ist. P und K handelten dabei als Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) während der Ausübung ihres Dienstes.

Ein gefährliches Werkzeug gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist ein solches, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art der Verwendung im konkreten Einzelfall

³² Erb, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 163b Rn. 31; Wolter, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 4. Aufl. 2010, § 163b Rn. 31.

³³ BVerfG StV 2011, 389 (390).

geeignet ist, erhebliche Verletzung hervorzurufen.³⁴ Dies ist hinsichtlich der verwendeten Spritze nicht ganz zweifelsfrei, wenn man von einer ordnungsgemäßen Verwendung ausgeht.³⁵ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass P und K keine Ärzte sind, so dass die Frage zu bejahen ist. Zudem handelten P und K gemeinschaftlich, so dass auch § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB gegeben ist.

2. Subjektiver Tatbestand

P und K handelten hinsichtlich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes auch mit Vorsatz.

3. Rechtswidrigkeit

Auch hier stellt sich indes die Frage, ob der Eingriff rechtswidrig war. In Betracht kommen könnte zunächst eine Rechtfertigung durch Amtsbefugnisse. Doch gestattet § 81a StPO nach Abs. 1 S. 2 nur Blutentnahmen durch einen Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst, so dass P und K hierdurch gerade nicht gerechtfertigt werden.

Weiterhin könnte eine rechtfertigende Einwilligung durch A in Betracht kommen, der der Blutentnahme nicht widersprochen hat. Es handelt sich um einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und damit ein in den Grenzen des § 228 StGB disponibles Recht. Von einer Einwilligung kann aber nur bei einer freiwilligen, ernstlichen und in Kenntnis der Sachlage und des Weigerungsrechts erteilten ausdrücklichen Zustimmung ausgegangen werden.³⁶ A hat hier die Blutentnahme nur über sich ergehen lassen, sie also bestenfalls geduldet. Eine Einwilligung kann hierin nicht erblickt werden. Somit handelten P und K auch rechtswidrig.

4. Schuld

Die Schuld könnte ausgeschlossen sein, wenn P und K in dem Glauben handelten, zu der Blutentnahme befugt zu sein. Insofern könnte ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB in Form des Erlaubnisirrtums in Betracht kommen.³⁷ Selbst wenn P und K hier einer solchen Fehlvorstellung unterlagen war diese aber jedenfalls nicht unvermeidbar, da P und K als Polizeibeamte die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen kennen oder sich erkundigen müssen. § 17 StGB lässt die Schuld daher nicht entfallen.

³⁴ Hardtung, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 224 Rn. 19; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 224 Rn. 5; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 224 Rn. 14.

³⁵ Fischer (Fn. 10), § 224 Rn. 9; Geppert, Jura 1986, 532 (536); Paeffgen (Fn. 34), § 224 Rn. 16.

³⁶ OLG Karlsruhe NStZ 2005, 399 (400); Krause, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 81a Rn. 13 f.

³⁷ Vgl. BGHSt 3, 358 (364).

II. Ergebnis

P und K haben sich durch die Blutentnahme wegen gefährlicher Körperverletzung im Amt nach §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A wegen des Umsichtretens

I. § 113 Abs. 1 StGB

Indem A bei seinem Fluchtversuch um sich getreten hat, könnte er sich wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gemäß § 113 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der Widerstand muss bei Vornahme einer Vollstreckungshandlung geleistet werden; die allgemeine Dienstaussübung ist nicht geschützt. Vollstreckungshandlung sind nur solche Diensthandlungen, die der Durchsetzung eines bereits konkretisierten staatlichen Willens dienen.³⁸ Der Handelnde muss Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sein, der im Einzelfall zur Vollstreckung von z.B. Gesetzen berufen ist. Die Polizeibeamten P und K sind unstreitig solche Amtsträger, die ihre Befugnisse aus §§ 163b, 163c StPO bzw. § 127 StPO nutzen. Hierbei handelt es sich um eine hinreichend konkretisierte Vollstreckungshandlung.³⁹ Gegen selbige müsste A sodann auch Widerstand geleistet haben. Widerstand leisten ist jede Tätigkeit, die die Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme verhindern oder erschweren soll.⁴⁰ Dies trifft auf das Treten des A zu.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich, also mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.

3. Objektive Bedingung der Strafbarkeit: Rechtmäßigkeit der Diensthandlung

Nur die rechtmäßig betätigte Vollstreckungsgewalt soll geschützt werden.⁴¹ Nach der h.M. beurteilt sich die Rechtmäßigkeit nach einem formell-strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff. Danach kommt es ohne Rücksicht auf das jeweilige sachliche Recht nur darauf an, dass die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Beamten zum Eingreifen gegeben ist, die gesetzlichen Förmlichkeiten eingehalten werden und das Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt wurde.⁴² Dies ist hier der Fall, soweit es um das Festhalten zur Identitätsfeststellung geht.

³⁸ BGHSt 25, 313 (314 f.); Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 113 Rn. 10; Paeffgen (Fn. 34), § 113 Rn. 18.

³⁹ Vgl. Eser (Fn. 38), § 113 Rn. 13.

⁴⁰ Eser (Fn. 38), § 113 Rn. 40 ff.

⁴¹ Lackner/Kühl (Fn. 4), § 113 Rn. 1; Zöller/Steffens, JA 2010, 161 (164).

⁴² BGHSt 4, 161 (164); s. auch BGHSt 24, 132; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 271.

4. Ergebnis

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen hat sich A somit gemäß § 113 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 223 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

Indem A um sich trat, hat er sich auch wegen versuchter Körperverletzung strafbar gemacht, § 223 Abs. 2 StGB. Ein Erfolgseintritt ist nicht ersichtlich. A hat mit dem Treten jedenfalls billigend in Kauf genommen, einen der Beamten auch zu treffen. Hierin liegt zugleich auch das unmittelbare Ansetzen. Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

III. Ergebnis

A hat sich durch das Treten wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte und versuchter Körperverletzung strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des P wegen der verspäteten Kontrolle der Zelle⁴³**I. §§ 212, 13 StGB**

Durch das Ignorieren der Schreie könnte sich P wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht haben. A ist in dem Feuer zu Tode gekommen. Hätte P sofort nach den Schreien Maßnahmen ergriffen, hätte dies verhindert werden können. Nach § 13 StGB ist bei unechten Unterlassungsdelikten eine Garantenstellung notwendig. Der Garant hat auf Grund seiner besonderen Pflichtenstellung rechtlich dafür einzustehen, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt.⁴⁴ Als zuständiger Beamter auf dem Revier kam P gegenüber B eine Garantenstellung als Beschützergarant zu.

Fraglich ist aber, ob P auch mit Tötungsvorsatz handelte, als er den Schreien zunächst nicht nachging. Dafür müsste er den Tod des A zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben.⁴⁵ Hier liegen aber keine Anhaltspunkte dafür vor, dass P mit dem Tod des A gerechnet hätte. Selbst wenn man davon ausgeht, dass P eine Notlage des A für möglich hielt, ist nicht ersichtlich, dass er an eine Todesgefahr dachte und sich mit dieser abgefunden hätte.⁴⁶ Mangels Vorsatz hat sich P daher nicht nach §§ 211, 13 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 224 Abs. 1 Nr. 5, 227 Abs. 1, 13 StGB

P könnte sich durch das Ignorieren der Schreie aber wegen gefährlicher Körperverletzung mit Todesfolge im Amt durch Unterlassen strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Hierfür müsste zunächst der Tatbestand einer derart qualifizierten Körperverletzung vorliegen, dem P sodann die tödliche Folge zuzurechnen sein und hinsichtlich selbiger Fahrlässigkeit vorliegen.

a) Objektiver Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung im Amt

A ist bei dem Feuer körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt worden. Dies hätte bei sofortigem Einschreiten durch P als Beschützergaranten nach § 13 StGB (s.o.) zumindest im Ausmaß vermindert werden können. Das Nichteinschreiten erfolgte während der Ausübung des Dienstes und in einem sachlichen Zusammenhang mit diesem, da es zu den Aufgaben des P gehörte, den A mittels der Gegensprechanlage zu überwachen.

Es könnte zudem eine lebensgefährdende Behandlung vorliegen. Dies ist der Fall, wenn die Vorgehensweise nach den Umständen des Einzelfalls generell dazu geeignet ist, das Leben des Opfers zu gefährden,⁴⁷ wobei dies auch durch Unterlassen geschehen kann.⁴⁸ Dies ist angesichts des Feuers hier der Fall, so dass § 224 Abs. 1 Nr. 5 objektiv vorliegt.

b) Subjektiver Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung im Amt

P müsste vorsätzlich, also mit Wissen und Wollen der Tatumstände, gehandelt haben. Er wusste um seine Amtsträgereigenschaft und die damit verbundenen Aufgaben. Daher kannte er auch die seine Garantenstellung begründenden Tatsachen.

Fraglich ist allerdings, ob P mit zumindest bedingtem Vorsatz für die Körperverletzung oder nur bewusst fahrlässig gehandelt hat.⁴⁹ Auf der Ebene des intellektuellen Vorsatzelements genügt es für den dolus eventualis nach h.M., dass der Erfolgseintritt für möglich und nicht ganz fernliegend gehalten wird.⁵⁰ Vorliegend vernahm P die lauten Schreie des

⁴³ Hier sind angesichts der Offenheit des Sachverhalts mit entsprechender Begründung auch andere Ergebnisse vertretbar.

⁴⁴ Fischer (Fn. 10), § 13 Rn. 7; Wessels/Beulke (Fn. 22), Rn. 715.

⁴⁵ BGHSt 7, 363 (369 f.); 36, 1 (9).

⁴⁶ Zur (Anwendbarkeit der) Hemmschwellentheorie bei Unterlassen BGH NStZ 1992, 125; BGH NStZ 2007, 402; BGH NStZ-RR 1998, 101.

⁴⁷ Fischer (Fn. 10), § 224 Rn. 12; Hardtung (Fn. 34), § 224 Rn. 30; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 35. Aufl. 2011, Rn. 282.

⁴⁸ Fischer (Fn. 10), § 224 Rn. 12a; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 224 Rn. 8.

⁴⁹ S. zur Abgrenzung ausf. Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 15 Rn. 96 ff.; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 34), § 15 Rn. 14 ff.; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 21 ff.

⁵⁰ Vgl. BGHSt 7, 363 (368 f.); BGH NStZ 2011, 338 (339); Vogel (Fn. 49), § 15 Rn. 103.

gefesselten A durch eine genau für diesen Fall eingerichtete Gegensprechanlage. Solche Schreie müssen zwar nicht zwingend Ausdruck einer Gefahrensituation sein, sondern können bspw. auch Unmutsäußerungen darstellen. Hier schloss P aber nicht aus, dass sich A Verletzungen zuziehen würde. Den konkreten Ablauf in Form des Feuers musste P dabei nicht vor Augen haben, solange keine wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf vorliegt.⁵¹ Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Geschehen außerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren läge und eine andere Bewertung der Tat rechtfertigen würde.⁵²

Neben dem Wissenselement ist ein voluntatives Element erforderlich.⁵³ Dieses ist gegeben, wenn der Täter sich mit dem Erfolgseintritt abgefunden hat, ihn also billigend in Kauf nimmt.⁵⁴ Ob der Erfolg erwünscht oder unerwünscht ist, spielt dabei keine Rolle.⁵⁵ Daher genügt es auch, wenn dem Handelnden das Ergebnis gleichgültig ist.⁵⁶ Hier hat P eine Körperverletzung des A als möglich erkannt und dennoch bewusst auf eine Intervention verzichtet. Er hat sich also mit dem potentiellen Erfolgseintritt abgefunden.

Der Vorsatz des P müsste sich auch auf die Qualifikation der lebensgefährdenden Behandlung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erstrecken. Hierfür genügt es nach der Rechtsprechung zwar grundsätzlich, wenn der Täter von den die Gefährlichkeit objektiv begründenden Umständen weiß, auch wenn er diese nicht als lebensgefährlich einschätzt.⁵⁷ Andererseits erfordert der subjektive Tatbestand bei § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, dass die Tat nach der Vorstellung des Täters auf die Lebensgefährdung angelegt ist.⁵⁸ Nachdem auch für einen Gefesselten nicht jede Notlage lebensbedrohlich wird und P von dem Feuer keine Kenntnis hatte, ist hier zugunsten von P davon auszugehen, dass er nicht mit dem möglichen Eintritt einer lebensbedrohlichen Lage rechnete.

Mithin hat P durch das verspätete Nachsehen in der Zelle zunächst den Tatbestand einer einfachen Körperverletzung im Amt durch Unterlassen verwirklicht.

c) Objektive Zurechnung des Todeserfolges

A ist durch den Brand zu Tode gekommen. Das Nichteinschreiten des P war dafür kausal, da der Tod des A bei schnellerer Reaktion mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte vermieden werden können. Bei der Körperverletzung mit Todesfolge ist allerdings ein darüber hinausgehender, engerer Zusammenhang zwischen der Tat und ihrer Folge erforderlich.⁵⁹ Zu prüfen ist deshalb, ob sich in der Todesfolge die spezifischen Gefahren der vorsätzlichen Körperverletzung verwirklicht haben, also ein tatbestands-spezifischer Gefahrzusammenhang besteht.

Dabei ist es in diesem Fall weniger erheblich, ob sich dies auf den konkreten Verletzungserfolg (so genannte Letalitätslehre⁶⁰) oder die Verletzungshandlung im weiteren Sinn⁶¹ zu beziehen hat. Im Falle der Körperverletzung durch Unterlassen wird allerdings mitunter verlangt, dass die Todesgefahr durch die unterlassene Handlung erst geschaffen oder erheblich erhöht wird.⁶² Zwar entstand die Gefahr hier durch den Ausbruch des Feuers und nicht durch das Nichteinschreiten des P. Nur hierdurch konnte sich der durch das Feuer verursachte Zustand des A aber so verschlechtern, dass dieser seinen Verletzungen erlag.⁶³ Mithin wurde die Todesgefahr durch das Unterlassen des P zumindest erheblich erhöht, sodass sich der Todeserfolg gerade als Realisierung der spezifischen Gefahr der Körperverletzung darstellt.

d) Fahrlässigkeit hinsichtlich der Todesfolge

Gemäß § 18 StGB müsste P hinsichtlich der Todesfolge wenigstens fahrlässig gehandelt haben. Die erforderliche objektive Sorgfaltspflichtverletzung ergibt sich bereits aus der vorsätzlichen Verwirklichung der Körperverletzung.⁶⁴

Der Erfolg müsste aber auch objektiv voraussehbar gewesen sein, was nach dem Horizont eines umsichtig handelnden Menschen aus dem Verkehrskreis des Täters und allgemeiner Lebenserfahrung zu beurteilen ist.⁶⁵ Was dies konkret erfordert, ist im Einzelnen strittig. Während die Rechtsprechung die Voraussehbarkeit des Erfolgs an sich genügen lässt,⁶⁶

⁵¹ S. RGSt 70, 257 (258); Jäger (Fn. 21), Rn. 85.

⁵² BGHSt 7, 325 (329); Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 16 Rn. 81.

⁵³ Lackner/Kühl (Fn. 4), § 15 Rn. 23 ff. m.w.N.; a.A. etwa Kindhäuser, GA 1994, 197 (203) (sog. Möglichkeitstheorie); Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 15 Rn. 84 (sog. Gleichgültigkeitstheorie); Schumann, JZ 1989, 427 (433) – sog. Wahrscheinlichkeitstheorie).

⁵⁴ BGHSt 36, 1 (9 f.); BGH NStZ 2008, 451; Wessels/Beulke (Fn. 22), Rn. 221 m.w.N.

⁵⁵ BGHSt 7, 363 (369); BGH NStZ-RR 2009, 372 (373); BGH StV 2011, 412.

⁵⁶ BGHSt 50, 1 (6); BGH NStZ-RR 2007, 43 (44).

⁵⁷ BGHSt 19, 352 (353); 36, 1 (15); BGH NJW 1990, 3156; BGH NStZ 2004, 618.

⁵⁸ Fischer (Fn. 10), § 224 Rn. 13; enger etwa Hardtung (Fn. 34), § 224 Rn. 36.

⁵⁹ BGHSt 31, 96 (98); Fischer (Fn. 10), § 227 Rn. 3.

⁶⁰ Bussmann, GA 1999, 21 (30); Hillenkamp, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 49), Vor § 22 Rn. 112; Krey/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, Rn. 271; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 227 Rn. 2; Mitsch, Jura 1993, 18 (20 f.).

⁶¹ BGHSt 31, 96 (101); 48, 34 (37 f.); BGH NStZ 2008, 686 f.

⁶² BGH NJW 1995, 3194 (3195); Fischer (Fn. 10), § 227 Rn. 6 f.

⁶³ Vgl. BGH NStZ 2006, 686.

⁶⁴ Vgl. BGH NJW 1972, 217; Eschelbach, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2011, § 227 Rn. 13; Jäger (Fn. 21), Rn. 376.

⁶⁵ Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 12 Rn. 45; Wessels/Beulke (Fn. 22), Rn. 667a.

⁶⁶ BGHSt 3, 62 (63); 31, 96 (100 f.); BGH NStZ 2001, 478 (479); BGH NStZ 1992, 333 (335).

verlangt die Literatur mehrheitlich aber in unterschiedlicher Abstufung, dass auch der Kausalverlauf in seinen wesentlichen Grundzügen vorhersehbar gewesen sein muss.⁶⁷ Daher wird teilweise verlangt, dass auch der Gefahrezusammenhang zwischen Körperverletzung und Todesfolge objektiv erkennbar gewesen ist.

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass P zwar Verletzungen des A in Kauf nahm, aber nicht um deren konkrete Art, insbesondere nichts von dem Feuer wusste. Andererseits war ihm bewusst, dass A erheblich alkoholisiert und gefesselt in einer verschlossenen Zelle lag, als er trotz der Schreie untätig blieb. In dieser Situation liegt es nicht außerhalb der Lebenserfahrung, dass eine Notlage einen potentiell tödlichen Verlauf nimmt, sei es durch Ausbruch eines Feuers oder beispielsweise durch Erbrechen. Schließlich war gerade eine Gegensprechanlage installiert, um Notlagen von Gefangenen, die sich nicht selbst helfen können, zu bemerken und so weitergehenden Folgen vorzubeugen. Ein im Ergebnis tödlicher Verlauf war daher für einen ausgebildeten Polizisten hier keine ganz ungewöhnliche Folge, auch wenn er deren genaue Umstände nicht kannte. Jedenfalls wenn man wie die Rechtsprechung keine allzu hohen Anforderungen an die Vorhersehbarkeit stellt, war der tödliche Ausgang für P mit hin objektiv voraussehbar.⁶⁸

2. Rechtswidrigkeit

P handelte auch rechtswidrig.

3. Schuld

Insbesondere müsste der Erfolg subjektiv vorhersehbar gewesen sein. Der Täter muss auch nach seinen individuellen Fähigkeiten und persönlichen Kenntnissen in der Lage gewesen sein, die tödliche Folge vorherzusehen und den Gefahrezusammenhang zwischen dieser Folge und seinem Nichthandeln zu erkennen. Insofern bestehen bei P keine Bedenken.

4. Ergebnis

P hat sich nach §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 227 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 222, 13 StGB

P hat sich damit auch der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen strafbar gemacht.

IV. § 323c StGB

P unterließ es, A bei einem plötzlich eintretenden Ereignis, das Gefahren für Personen oder bedeutende Sachwerte zur Folge hatte (Unglücksfall), Hilfe zu leisten, obwohl dies erforderlich, möglich und zumutbar gewesen wäre. Er hat sich deshalb auch wegen unterlassener Hilfeleistung strafbar gemacht.

⁶⁷ Sternberg-Lieben (Fn. 2), § 15 Rn. 200; § 227 Rn. 7.

⁶⁸ Das gegenteilige Ergebnis ist mit entsprechender Begründung auch vertretbar.

D. Konkurrenzen und Ergebnis

P und K haben sich durch die Blutentnahme nach §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 4 StGB strafbar gemacht. P hat darüber hinaus und in Tateinheit §§ 340 Abs. 1, Abs. 3, 227 Abs. 1, 13 StGB verwirklicht, §§ 222, 323c StGB treten zurück.

A hat sich durch das Treten wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte und versuchter Körperverletzung in Tateinheit strafbar gemacht.

Frage 2

Das Ergebnis der Blutprobe wäre in einem Strafverfahren unverwertbar, wenn es einem Verwertungsverbot unterliegen würde. Hier kommt ein ungeschriebenes, unselbstständiges Verwertungsverbot in Betracht, also ein solches, das sich aus der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung ergibt. Allerdings folgt nach h.M. nicht aus jedem Fehler bei der Beweiserhebung ein Verwertungsverbot, sondern die gegenläufigen Interessen müssen abgewogen werden.

I. Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung

Wie bereits dargestellt, war die Entnahme der Blutprobe aus zwei Gründen rechtswidrig. Zum einen wurde die Anordnungscompetenz nicht beachtet, Gefahr im Verzug war nicht gegeben. Zum anderen hätte die Blutentnahme durch einen Arzt vorgenommen werden müssen.

II. Vorliegen eines Verwertungsverbotes

Fraglich ist aber, ob aus diesen Verstößen auch ein Verwertungsverbot folgt. Zur Klärung dessen sind nach h.M. die Schwere der Tat und die Bedeutung des Beweismittels auf der einen und die Schwere des Rechtsverstoßes bzw. Grundrechtseingriffs auf der anderen Seite gegeneinander abzuwägen und der Schutzzweck der verletzten Norm zu berücksichtigen.⁶⁹

1. Blutentnahme durch P und K

Nach der Rechtsprechung und Teilen der Lehre soll es nicht zu einem Verwertungsverbot führen, wenn die Blutentnahme durch einen Nichtarzt vorgenommen wird.⁷⁰ Begründet wird dies vor allem mit dem Schutzzweck der Vorschrift, der ausschließlich im Schutz der körperlichen Unversehrtheit gesehen wird und nicht etwa in einer Qualitätsgarantie hinsichtlich der Probe.⁷¹ Eine Verletzung dieses Schutzzwecks könne durch ein Verwertungsverbot nicht geheilt werden.

Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Annahme eines Verwertungsverbotes präventive Wirkung entfalten und so zukünftigen Verletzungen des Schutzzwecks vorbeugen kann; hingegen mag die folgenlose Verletzung der Norm

⁶⁹ Zu den verschiedenen Ansätzen in der Beweisverbotslehre Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2011, Rn. 362 ff.

⁷⁰ BGHSt 24, 125; Senge (Fn. 29), § 81a Rn. 14; Krause (Fn. 36), § 81a Rn. 96 m.w.N.

⁷¹ So aber Schmidt, MDR 1970, 461 (464).

Anreiz zur wiederholten Verletzung bieten.⁷² Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Missachtung des Arztvorbehalts – wie hier – nicht irrtümlich, sondern bewusst geschah.⁷³ Schließlich sind hier nicht, wie in den ursprünglich von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen, zumindest Sanitäter oder Medizinalassistenten tätig geworden, sondern medizinisch völlig ungeschulte Beamte. Dies ist bei einer Prüfung anhand des Maßstabs der Abwägungslehre zu berücksichtigen.

2. Fehlerhafte Anordnung

Nach der neueren Rechtsprechung zu § 81a StPO soll bei fehlerhafter Annahme von Gefahr im Verzug und Missachtung des Richtervorbehalts ein Verwertungsverbot zwar nicht regelmäßig eingreifen. Anderes gilt unter Rückgriff auf die Abwägungslehre aber dann, wenn die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug willkürlich angenommen oder der Richtervorbehalt bewusst umgangen wurde.⁷⁴ Teilweise wird dies schon angenommen, wenn nicht tatsächlich versucht wurde, eine Anordnung zu erwirken.⁷⁵

P und K haben sich überhaupt keine Gedanken über die Anordnungskompetenz gemacht, geschweige denn sich um eine Anordnung bemüht. Dieses gänzliche Ignorieren der Voraussetzungen entspricht einer willkürlichen Annahme von Gefahr im Verzug und stellt eine bewusste Missachtung des Richtervorbehalts dar. Angesichts dessen ist hier vom Vorliegen eines Verwertungsverbotes auszugehen.

⁷² Vgl. OLG Hamm NJW 1965, 2019; *Schellhammer*, NJW 1972, 319 (320); *Wedemeyer*, NJW 1971, 1902.

⁷³ *Schünemann*, JA 1972, 633 (640).

⁷⁴ BGH StV 2007, 337 (339); KG NSTZ 2010, 468 (469); *Lemke*, in: Julius u.a. (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 4. Aufl. 2009, § 81a Rn. 30; *Krause* (Fn. 36), § 81a Rn. 94 m.w.N.

⁷⁵ *Beukelmann*, in: *Radtke/Hohmann* (Hrsg.), *Strafprozessordnung, Kommentar*, 2011, § 81a Rn. 29.

Übungsfall: „Broken windows“ und Diversionsprobleme

Von Prof. Dr. **Hans Theile**, LL.M., Wiss. Mitarbeiterin **Marcelle Janina Gatter**, Konstanz

Sachverhalt

Das in einer bundesdeutschen Großstadt gelegene X-Viertel ist in den letzten Jahren heruntergekommen. Abgesehen von wenigen Sport- und Musikvereinen gibt es kaum attraktive Freizeitangebote für Jugendliche. Kennzeichnend sind nicht nur eine hohe Arbeitslosenquote, sondern deutliche Ausprägungen äußerer Verwahrlosung: Vormalig bewohnte Häuser stehen leer oder verfallen, Parkanlagen und Spielplätze werden nicht gepflegt, seit einiger Zeit hat sich eine Obdachlosen- und Prostituiertenszene etabliert. In aller Öffentlichkeit werden Alkohol und Drogen konsumiert.

Die bei ihren Eltern im X-Viertel wohnenden A (17 Jahre), B (15 Jahre), C (15 Jahre) und D (15 Jahre) verbringen einen Großteil ihrer Freizeit gemeinsam. A hat im letzten Jahr eine Lehre begonnen und übt diese Tätigkeit zur Zufriedenheit seines Lehrmeisters L aus, zu dem er ein Vertrauensverhältnis entwickelt hat. Sein Lehrlingsgehalt beträgt € 800,- monatlich, die er ausschließlich zur eigenen Verwendung hat. Mit den Eltern kommt es immer wieder zu Konflikten, denn A gibt nicht viel darauf, „was die Alten sagen“. Aufgrund des problematischen Verhältnisses zu seinen Eltern versucht A immer wieder, sein Selbstbewusstsein durch Schlägereien „aufzupolieren“. In der Vergangenheit trat er deswegen wegen diverser Körperverletzungsdelikte strafrechtlich in Erscheinung, jedoch sah die Staatsanwaltschaft stets von der Anklageerhebung ab. Zuletzt musste er im Rahmen eines formlosen jugendrichterlichen Erziehungsverfahrens wegen einer tätlich geführten Auseinandersetzung erstmals vor einem Richter erscheinen. B, C und D besuchen noch die Realschule und fallen dort weder positiv noch negativ auf. Allerdings war B vor einigen Monaten bei einem Kioskeinbruch erwischt worden. Nachdem sich B im Anschluss an eine ernste Unterredung mit seinen Eltern bereit erklärt hatte, dem Kioskbesitzer den bei der Tat entstandenen geringfügigen Schaden von seinem Taschengeld auszugleichen, hatte die zuständige Staatsanwaltschaft von einer Verfolgung abgesehen.

Eines Abends suchen die vier eine im Zentrum des X-Viertels gelegene Kneipe auf. Nach einiger Zeit begeben sich A, B und C nach draußen, da sie durch das Fenster der Kneipe den auf der Straße herum grölenden Obdachlosen O sehen. A, der sich wie immer als Anführer der Gruppe aufspielt, schubst O und schlägt ihm unter Anfeuerungsrufen von B und C ins Gesicht, als dieser sich gegen ihn wehrt. Da zufällig eine Polizeistreife vorbeikommt, werden A, B und C noch auf der Straße sowie D in der Kneipe aufgegriffen und ihre Personalien festgestellt.

A, B und C räumen ihr Handeln uneingeschränkt ein. D bestreitet gegenüber der Polizei, an der Tat beteiligt gewesen zu sein und behauptet stattdessen, sich die ganze Zeit in der Kneipe aufgehalten zu haben. Während A in Bezug auf D keine Angaben machen kann, da er in der Hektik nicht auf ihn geachtet habe, wird D durch B belastet, der erklärt, auch D habe A angefeuert. C wiederum sagt aus, dass D nicht

einmal auf der Straße, sondern die ganze Zeit in der Kneipe gewesen sei.

Das Gericht wertet die Tat des A nach Feststellung der Reife zutreffend als gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. In der Hauptverhandlung zeigt sich, dass A die Tat leid tut und er prinzipiell zu einer Entschuldigung bereit ist, was der als Zeuge geladene O deutlich von sich weist. Das Gericht, das die Bereitschaft des A zur Entschuldigung bei der Festsetzung der Sanktion zu seinen Gunsten berücksichtigt, verurteilt A zu der Weisung, sich für 6 Monate der Betreuung und Aufsicht seines Lehrmeisters L zu unterstellen. Ferner soll er sich noch einmal ausdrücklich bei O entschuldigen und einen Geldbetrag von € 500,- an die Staatskasse zahlen. Während A das Urteil akzeptiert, sind seine Eltern entsetzt und wollen die vor allem mit der Betreuungsweisung verbundene Einmischung in ihre Erziehung nicht hinnehmen.

Gegen B, C und D ermittelt der zuständige Staatsanwalt S wegen des Verdachts der Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung nach §§ 224 Abs. 1 Nr. 4, 27 Abs. 1 StGB. S, der von ihrer jugendstrafrechtlichen Verantwortlichkeit ausgeht, will auf die Erhebung der Anklage verzichten und die Angelegenheit stattdessen ohne förmliche Verurteilung erledigen. Indes geht er davon aus, dass jedenfalls B einen Richter zumindest einmal zu Gesicht bekommen solle und regt bei dem zuständigen Jugendrichter die Erteilung von 20 Arbeitsstunden zur Ahndung der Tat an. Nachdem der Richter mit B gesprochen hat, erteilt er der Anregung entsprechend jene 20 Arbeitsstunden, die B ohne Beanstandungen ableistet, so dass S das Verfahren einstellt.

S wendet sich ferner an C und D und fragt, ob sie zum Ausgleich der Tat bereit wären, jeweils 10 Arbeitsstunden zu erbringen, womit die Angelegenheit erledigt wäre. C und auch D, der mit dieser ganzen Angelegenheit nicht länger behelligt werden möchte, erklären sich hierzu bereit. Beide leisten die Arbeitsstunden beanstandungsfrei ab, so dass S von der weiteren Verfolgung absieht.

Aufgabe 1

Sind die Verurteilung von A sowie das Absehen von der Verfolgung gegenüber B, C und D rechtlich zu beanstanden?

Aufgabe 2

Kurze Zeit später kommt es innerhalb der Staatsanwaltschaft zu einer Diskussion über die im Jugendgerichtsgesetz normierten Diversionsvorschriften.

I. Sie sind Referendar bei der Staatsanwaltschaft und der Leitende Oberstaatsanwalt bittet Sie um eine rechtstatsächliche Bestandsaufnahme zur Diversion im Jugendstrafrecht. Welche Aussagen lassen sich aus den als Anhang beigefügten *Übersichten 1 bis 4* ableiten?

II. Bei der im Anschluss an Ihren Vortrag stattfindenden Diskussion werden Sie gefragt, welche Zielsetzung hinter dem Konzept der Diversion stehe, auf welchen Erkenntnissen

der Jugendkriminologie es beruhe und wie es sich zum Erziehungsgedanken verhalte. Was werden Sie antworten?

III. Einer der Staatsanwälte äußert, die jugendstrafrechtlichen Diversionsvorschriften und ihre Handhabung in der Praxis seien kaum mit der Verfassung in Einklang zu bringen. Zu Recht?

Aufgabe 3

Einer der Diskutanten kritisiert den allgemeinen Zustand des X-Viertels als „natürliches Biotop für Kriminelle“. Um seine Position zu untermauern, zitiert er folgenden Text:

[...] Unordnung und Kriminalität [sind] in einer Gemeinde („community“) normalerweise unentwirrbar miteinander verknüpft – in einer Art ursächlichen Abfolge. Sozialpsychologen und Polizeibeamte stimmen darin überein, dass ein zerbrochenes Fenster in einem Gebäude, das nicht repariert wird, die Zerstörung der restlichen Fenster des Gebäudes innerhalb kürzester Zeit nach sich zieht. Dies gilt für gehobene Nachbarschaftsgegenden ebenso wie für heruntergekommene. Die Zerstörung von Fensterscheiben geschieht nicht deshalb übermäßig oft in einer Gegend, weil dort viele Zerstörer von Fensterscheiben leben, während sich in anderen Gegenden Fensterscheibenliebhaber aufhalten. Viel eher trifft es zu, dass ein nicht wieder in Stand gesetztes Fenster ein Zeichen dafür ist, dass an diesem Ort keiner daran Anstoß nimmt. So können beliebig viele Fenster zerstört werden, ohne dass damit gerechnet werden muss, für den Schaden aufzukommen (Es macht ja auch eine Menge Spaß). [...] Unserer Meinung nach führt „sorgloses“ Verhalten auch zu dem Zusammenbruch von informeller Kontrolle („community controls“). Eine stabile Nachbarschaft von Familien, die für ihre Häuser sorgen, gegenseitig auf die Kinder achten und selbstbewusst ungewollte Eindringlinge missbilligen, kann sich innerhalb einiger Jahre oder auch Monate in einen unwirtlichen und angsteinflößenden Dschungel verwandeln. [...] Vergessen aber wurde der Zusammenhang zwischen Ordnungserhaltung und Verbrechensverhütung, welcher für die früheren Generationen selbstverständlich war. Dieser Zusammenhang gleicht dem zerbrochenen Fenster, das weitere zerbrochene Fenster nach sich zieht. Der Bürger, der den übelriechenden Betrunknen, den rüpelhaften Jugendlichen oder den aufdringlichen Bettler fürchtet, drückt nicht lediglich seine Abneigung gegenüber ungehörigem Verhalten aus. Er drückt ebenso ein Stückchen Volksweisheit aus, die eine zutreffende Verallgemeinerung enthält, nämlich, dass ernstzunehmende Straßenkriminalität in Gegenden floriert, in denen ungeordnetes („disorderly“) Benehmen ungehemmt geschehen kann. Der ungehinderte Bettler ist in diesem Sinne das erste zerbrochene Fenster. Straßenräuber und andere Diebe – ob gelegentliche oder professionelle Kriminelle – glauben, dass sie die Chance, geschnappt oder auch nur identifiziert zu werden, reduzieren können, wenn sie in Gegenden operieren, in denen die potentiellen Opfer ohnehin schon durch die vorherrschenden Bedingungen eingeschüchtert sind. Wenn Bürger nicht einmal einen lästigen Bettler davon abhalten können, die Passanten zu belästigen, wird der Dieb meinen, es sei sogar noch unwahrscheinlicher, dass sie die Polizei rufen werden, um einen potentiellen Straßenräuber zu

identifizieren, oder dass sie bei einem Überfall selbst eingreifen werden. (aus: *Wilson/Kelling*, Kriminologisches Journal 1996, 121)

I. Welcher zentrale Zusammenhang wird von *Wilson/Kelling* behauptet? Nehmen Sie kritisch Stellung!

II. Welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede bestehen zwischen den Überlegungen von *Wilson/Kelling* und traditionellen sozialökologischen Erklärungsansätzen für Kriminalität?

Lösung

Aufgabe 1: Die Verurteilung des A und das Absehen von Verfolgung gegenüber B, C und D

I. Die Verurteilung des A

Grundsätzlich ist eine Kombination verschiedener ambulanter Erziehungsmaßnahmen und Zuchtmittel nach § 8 Abs. 1 S. 1 JGG zulässig. Indes müssen diese Maßnahmen für sich betrachtet rechtmäßig sein.

1. Betreuungsweisung

Nach § 5 Abs. 1 JGG können aus Anlass der Tat Erziehungsmaßnahmen angeordnet werden, sofern hierfür erzieherische Gründe geltend gemacht werden können. Weisungen im Sinne der Legaldefinition des § 10 Abs. 1 S. 1 JGG sind Gebote und Verbote, welche die Lebensführung des Jugendlichen regeln und dadurch seine Erziehung fördern und sichern sollen. Die Betreuungsweisung ist in § 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 JGG ausdrücklich normiert und soll für Jugendliche bei ambulanten Sanktionen eine Lücke insoweit schließen, als ein Bewährungshelfer nur bei Verhängung von Jugendstrafe bestellt werden kann (vgl. § 24 Abs. 1 JGG).¹

Jedoch sind Zweifel angebracht, ob sich die Betreuungsweisung als erzieherisch geeignete Maßnahme darstellt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die konkrete Tat Symptom für ein tiefer liegendes Erziehungsdefizit ist,² wäre das Problem primär in der gestörten und sich in Körperverletzungsdelikten äußernden Eltern-Kind-Beziehung des A zu sehen. Zwar mag die Bestellung des L als Betreuungshelfer dazu führen, dass A angesichts des defizitären Verhältnisses zu seinen Eltern eine erwachsene Bezugsperson zugewiesen wird, zu der er Vertrauen hat und mit der er etwaige Probleme bereden kann. Indes ist unklar, wie gerade der Lehrmeister auf das konkrete Erziehungsdefizit – körperliche Aggressivität aufgrund einer gestörten Eltern-Kind-Beziehung – einwirken soll.

Dies gilt umso mehr, als der Katalog des § 10 Abs. 1 S. 3 JGG dem konkreten Defizit näher liegende Maßnahmen wie die Teilnahme an einem sozialen Trainingskurs nach § 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 JGG (Bsp.: Anti-Aggressionstraining) enthält. Ferner wäre auch die in § 12 Nr. 1 JGG normierte Auflegung der Inanspruchnahme von Hilfen zur Erziehung in

¹ Schöch, in: Meier/Rössner/Schöch (Hrsg.), Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2007, § 9 Rn. 8; Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, 14. Aufl. 2002, § 16 II.

² Vgl. den Wortlaut des § 5 Abs. 1 JGG: „Aus Anlass der Straftat eines Jugendlichen [...]“.

Form einer Erziehungsbeistandschaft (§ 30 SGB VIII) möglicherweise ein probateres Instrument. Denn ein Erziehungsbeistand soll im Vergleich zum Betreuungshelfer bei der Bewältigung des Entwicklungsproblems von vornherein (noch) stärker das soziale – namentlich: familiäre – Umfeld des Jugendlichen einbeziehen und dessen Lebensbezug zur Familie erhalten. Im Vergleich zur Betreuungsweisung erscheint deshalb sogar die im Wege einer Verurteilung auferlegte nicht-freiwillige Inanspruchnahme erzieherisch sinnvoller.³ Allerdings steht A mit 17 Jahren nahe an der Grenze der Volljährigkeit, worauf jeder Erziehungsbeistand in Wahrnehmung seiner Funktion zu achten hätte.⁴

Vor allem sind bei der Verurteilung zu Weisungen jedoch rechtliche Grenzen zu beachten.

Unter verfassungsrechtlichen Gründen kann – wie die Eltern des A monieren – eine erzieherisch ausgerichtete Sanktion wie die (Betreuungs-)Weisung eine Verletzung des elterlichen Erziehungsrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG darstellen.⁵ Überwiegend wird hierin aber kein Verfassungsverstoß gesehen, da jedenfalls dann, wenn Eltern ihrer Erziehungsaufgabe nicht gerecht werden, das subsidiäre staatliche Erziehungsrecht in den Vordergrund rückt.⁶ Zudem ist ein elterliches Zustimmungserfordernis allein in § 10 Abs. 2 S. 1 JGG vorgesehen, woraus im Umkehrschluss gefolgert werden kann, dass es bei den sonstigen Weisungen verzichtbar ist.

Indes ist die Weisung deswegen rechtlich unzulässig, weil sie insoweit völlig unbestimmt ist,⁷ als sie keinerlei inhaltliche Präzisierung enthält und ihre konkrete Ausfüllung allein dem Betreuungshelfer – Lehrmeister L – übertragen wird, dem damit die dem Richter zukommende Erziehungskompetenz zugewiesen wird. Darüber hinaus ist sie – trotz Einhaltung der gesetzlichen Höchstdauer von einem Jahr (§ 11 Abs. 1 S. 2 JGG) – unverhältnismäßig, weil die Lebensführung des A angesichts der Unbestimmtheit dieser Weisung in einer Weise rigide geregelt wird, die in keinem angemessenen Verhältnis mehr zur Tat steht.

2. Entschuldigung

Nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 JGG kann der Richter dem Jugendlichen auferlegen, sich bei dem Verletzten zu entschuldigen. Trotz der Bereitschaft des A hat O eine solche Entschuldigung in der Hauptverhandlung aber gerade deutlich zurückgewiesen. Während teilweise davon ausgegangen wird, auch eine nicht angenommene Entschuldigung könne einen beachtlichen Versuch zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens

darstellen,⁸ lehnt die h.M. für derartige Konstellationen richtigerweise die Anordnung dieser Auflage ab, da sie zu einer unnötigen Demütigung des Jugendlichen führt.⁹ Ähnlich wie beim Täter-Opfer-Ausgleich liegt es – wie geschehen – aber nahe, die erkennbare ernstliche Absicht zur Entschuldigung bei der Rechtsfolgenwahl mit zu berücksichtigen.¹⁰

3. Zahlung von € 500,- an die Staatskasse

Zwar stellt die Zahlung von € 500,- keine unzumutbaren Anforderungen an A (§ 15 Abs. 1 S. 2 JGG), der immerhin über ein Lehrlingsgehalt von monatlich € 800,- zur ausschließlich eigenen Verwendung verfügt.¹¹ Sie unterliegt insbesondere keinen Bedenken im Hinblick auf § 15 Abs. 2 JGG. Abgesehen davon, dass die etwa über § 15 Abs. 1 Nr. 1 JGG erreichbare Entschädigung des Opfers gegenüber Zahlungen an andere Institutionen grundsätzlich Vorrang haben sollte,¹² sieht § 15 Abs. 1 Nr. 4 JGG als Empfänger ausdrücklich eine gemeinnützige Einrichtung vor. Der Staat bzw. die Staats- oder Landeskasse sind keine solche Einrichtung, was sich im Umkehrschluss aus §§ 56b Abs. 2 Nr. 2, Nr. 4, 59a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StGB sowie § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StPO ergibt, die eine deutliche Differenzierung erkennen lassen.¹³ Eine Nivellierung dieses Unterschieds würde dem Erziehungsgedanken widersprechen, da die Zahlung eines Geldbetrages an eine gemeinnützige Einrichtung im Zweifel erzieherisch sinnvoller sein wird als an eine „abstrakte Institution“ wie den Staat.¹⁴

II. Das Absehen von Verfolgung gegenüber B

Das Absehen von Verfolgung gegenüber B erfolgte rechtmäßig, wenn S nach § 45 Abs. 3 JGG vorgehen konnte.

Nachdem B in der Vergangenheit bereits Adressat einer ausschließlich durch den Staatsanwalt vorzunehmenden Diversionsmaßnahme nach § 45 Abs. 2 S. 1 JGG war, hat S nunmehr das formlose jugendrichterliche Erziehungsverfahren eingeleitet. Ein Vorgehen nach § 45 Abs. 3 JGG vermei-

⁸ Schöch (Fn. 1), § 10 Rn. 17.

⁹ Albrecht, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2000, § 26 C 2; Brunner/Dölling, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 12. Aufl. 2011, § 15 Rn. 9; Laubenthal/Baier/Nestler, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 693; Schaffstein/Beulke (Fn. 1), § 20 II 2; Streng, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 III 2 (2) Rn. 403.

¹⁰ § 45 Abs. 2 Nr. 2 JGG spricht von dem „Bemühen“ des Jugendlichen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.

¹¹ Zur Kombination mit der Betreuungsweisung kritisch Eisenberg (Fn. 3), § 10 Rn. 22.

¹² Böhm/Feuerhelm, Einführung in das Jugendstrafrecht, 4. Aufl. 2004, § 24 3 a) cc).

¹³ BGH bei Böhm, NStZ-RR 2000, 321 (321); OLG Nürnberg StV 2008, 113 (113); OLG Zweibrücken NStZ 1992, 84 (85) m. Anm. Ostendorf; Schöch (Fn. 1), § 10 Rn. 24.; Schaffstein/Beulke (Fn. 1), § 20 II 4.

¹⁴ BGH bei Böhm, NStZ-RR 2000, 321 (321); Eisenberg (Fn. 3), § 15 Rn. 14; Schöch (Fn. 1), § 10 Rn. 24.

³ Dementsprechend geht Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2012, § 10 Rn. 22, davon aus, dass die Anordnung von Erziehungsbeistandschaft gegenüber Jugendlichen nur zulässig ist, wenn das Einverständnis der Erziehungsberechtigten vorliegt oder unterstellt werden kann.

⁴ Eisenberg (Fn. 3), § 12 Rn. 2.

⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang Eisenberg (Fn. 3), § 10 Rn. 22.

⁶ BVerfGE 107, 104; Grunewald, NJW 2003, 1995 (1997); Walter/Wilms, NStZ 2004, 600 (602 f.).

⁷ Vgl. Schöch (Fn. 1), § 9 Rn. 9 f.; Schaffstein/Beulke (Fn. 1), § 16 II.

det einerseits die Nachteile einer förmlichen Verurteilung und ermöglicht andererseits den erzieherisch möglicherweise gebotenen Kontakt mit einem Richter.¹⁵ Hierbei regte S bei dem zuständigen Jugendrichter zur „Ahndung“ der Tat die Erteilung einer 20 Stunden umfassenden Arbeitsauflage an. Geht man davon aus, dass der Richter im Rahmen des formlosen jugendrichterlichen Erziehungsverfahrens von Auflagen ausschließlich zu erzieherischen Zwecken Gebrauch machen darf,¹⁶ kann der von S vorgenommene Verweis auf die erforderliche „Ahndung“ der Tat problematisch sein. Dies gilt umso mehr, als bei B im Ausbildungs- oder Arbeitsbereich kein Erziehungsdefizit besteht, auf das mit einer solchen Maßnahme zu reagieren wäre. Indes ist die Erteilung von Arbeitsstunden nach dem Wortlaut des § 45 Abs. 3 S. 1 JGG nicht ausgeschlossen, der sogar auf die der Sache nach identische – allerdings eben erzieherisch zu legitimierende – Arbeitsweisung des § 10 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 JGG Bezug nimmt, so dass das Vorgehen des S nicht prinzipiell fehlerhaft erscheint.

Voraussetzung für die Durchführung dieser Diversionsmaßnahme ist ein hinreichender Tatverdacht im Sinne einer positiven Verurteilungsprognose (§ 2 Abs. 2 JGG, § 170 Abs. 1 StPO),¹⁷ von dem angesichts des Geständnisses des B ausgegangen werden kann. Nachdem der Jugendrichter die sowohl wegen Art. 103 Abs. 1 GG als auch wegen der erzieherisch gebotenen Verschaffung eines persönlichen Eindrucks erforderliche Anhörung vorgenommen hatte,¹⁸ entsprach er der Anregung des S auch der Höhe nach, was im Hinblick auf den im Vergleich zu A geringen Tatbeitrag – B feuerte lediglich an – nachvollziehbar ist. Abgesehen von der dem Unrechts- und Schuldgehalt angemessenen Höhe dürfte die Erbringung von 20 Arbeitsstunden für einen Schüler nicht unzumutbar sein (vgl. § 15 Abs. 1 S. 2 JGG).

Nachdem der Richter der Anregung des S entsprochen und B die Stunden abgeleistet hatte, konnte S das Verfahren einstellen und das (begrenzte) Prozesshindernis des § 45 Abs. 3 S. 4, 47 Abs. 3 JGG war eingetreten.

III. Das Absehen von Verfolgung gegenüber C

Das Vorgehen des S kann auf § 45 Abs. 2 S. 1 JGG gestützt werden, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.

Die Durchführung eines formlosen jugendrichterlichen Erziehungsverfahrens nach § 45 Abs. 3 JGG oder eine Anklageerhebung scheint weder aus Gründen der Sachaufklä-

rung – C hat die Tat sogar gestanden¹⁹ – noch der Prävention erforderlich,²⁰ jedoch resultieren unter einem anderen Gesichtspunkt Zweifel:

§ 45 Abs. 2 S. 1 JGG liegt die Vorstellung zugrunde, dass ein förmliches Verfahren nicht erforderlich ist, sofern bereits eine erzieherische Maßnahme – die regelmäßig durch das soziale Nahfeld erfolgt – durchgeführt wurde oder parallel durchgeführt wird. Insofern ist problematisch, ob S überhaupt und gerade diese erzieherische Maßnahme anregen durfte.

Im Gegensatz zur Polizei wird der Staatsanwaltschaft eine solche Anregungskompetenz überwiegend eingeräumt,²¹ wenn die Maßnahme als solche rechtmäßig ist.²²

Die Ableistung von Arbeitsstunden kann unter den in § 45 Abs. 2 S. 1 JGG enthaltenen Begriff der „erzieherischen Maßnahme“ subsumiert werden, der weiter zu verstehen ist als die Sanktion der Erziehungsmaßregel. Erfasst werden alle aus Anlass der Tat von privater oder öffentlicher Seite ergriffenen Maßnahmen, die darauf abzielen, die Einsicht des Jugendlichen in das Unrecht der Tat und deren Folgen zu fördern und ihn für die Zukunft zu einem normgemäßen Verhalten zu veranlassen.²³ Auch wenn der Begriff der erzieherischen Maßnahme nicht die Auflage in der ihr als Zuchtmittel beigemessenen Funktion umfasst,²⁴ ändert dies nichts daran, dass die Ableistung von Arbeitsstunden als solchen in den Grenzen der Zumutbarkeit unter diesen Begriff subsumiert werden kann.

Die Ableistung von Arbeitsstunden ist dem Grunde und der Höhe nach rechtlich nicht zu beanstanden und aufgrund des Geständnisses des C besteht der erforderliche hinreichende Tatverdacht.

Bedenken ergeben sich daraus, dass S mit der Ableistung von Arbeitsstunden eine Maßnahme anregt, die als Arbeitsweisung oder Zuchtmittel explizit in § 45 Abs. 3 S. 1 JGG benannt ist. Teilweise wird unter Hinweis darauf, dass der alternative Weg über § 45 Abs. 3 JGG zu einer auch erzieherisch unzumutbaren Verzögerung führt, eine einschränkungslose Initiativkompetenz des Staatsanwalts als zulässig erachtet.²⁵ Indes lässt sich dem Zusammenhang von § 45 Abs. 2 und § 45 Abs. 3 JGG eine deutliche Differenzierung in der Sanktionierungskompetenz zwischen Staatsanwalt

¹⁵ Vgl. hierzu *Eisenberg* (Fn. 3), § 45, Rn. 17c, 28; *Meier*, in: *Meier/Rössner/Schöch* (Fn. 1), § 7 Rn. 24 ff.

¹⁶ *Eisenberg* (Fn. 3), § 45 Rn. 17c, 28.

¹⁷ *Eisenberg* (Fn. 3), § 45 Rn. 8; *Meier* (Fn. 15), § 7 Rn. 4. Demgegenüber verlangt die folgenlose Einstellung nach § 45 Abs. 1 JGG bzw. § 153 StPO nur eine hypothetische Schuldbewertung: Es muss lediglich eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der Jugendliche die ihm zur Last gelegte Tat begangen hat und die Schuld auch bei Durchführung weiterer Ermittlungen als gering anzusehen wäre, vgl. *Meier* (Fn. 15), § 7 Rn. 4, 8.

¹⁸ *Meier* (Fn. 15), § 7 Rn. 24; *Schaffstein/Beulke* (Fn. 1), § 36 II 3 c); *Streng* (Fn. 9), § 7 IV 2 a) cc) Rn. 187.

¹⁹ Für § 45 Abs. 2 JGG genügt es, wenn der Täter die Tat nicht ernstlich bestreitet. Demgegenüber setzt § 45 Abs. 3 Nr. 1 JGG ein Geständnis des Jugendlichen voraus.

²⁰ Vgl. *Meier* (Fn. 15), § 7 Rn. 19.

²¹ *Laubenthal/Baier/Nestler* (Fn. 9), Rn. 294 f.; *Meier* (Fn. 15), § 7 Rn. 15. Anders *Diemer*, in: *Diemer/Schoreit/Sonnen*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2002, § 45 Rn. 14.

²² Eklatantes Gegenbeispiel wären erzieherisch motivierte Schläge auf das nackte Gesäß in der elterlichen Wohnung wie in BGHSt 32, 357.

²³ *Meier* (Fn. 15), § 7 Rn. 9.

²⁴ *Eisenberg* (Fn. 3), § 45 Rn. 19.

²⁵ *Eisenberg* (Fn. 3), § 45 Rn. 26; *Laubenthal/Baier/Nestler* (Fn. 9), Rn. 296; *Schaffstein/Beulke* (Fn. 1), § 36 II 2; *Streng* (Fn. 9), § 7 IV 2 a) bb) Rn. 178 ff.

und Richter entnehmen.²⁶ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass das formlose jugendrichterliche Erziehungsverfahren in beschränkte Rechtskraft erwächst, während ein nach § 45 Abs. 2 S. 1 JGG eingestelltes Verfahren jederzeit wieder aufgenommen werden kann.²⁷

IV. Das Absehen von Verfolgung gegenüber D

Zwar ist auch gegenüber einem die Tat bestreitenden Beschuldigten ein Vorgehen nach § 45 Abs. 2 S. 1 JGG grundsätzlich möglich.²⁸ Dennoch war das Vorgehen des S rechtswidrig, da es für D bereits an einem hinreichenden Tatverdacht fehlte (vgl. § 2 Abs. 2 JGG, § 170 Abs. 1 StPO);²⁹ D selbst hatte die Tatbeteiligung abgestritten. Während A gar keine Angaben machen konnte, lagen bezogen auf D einander widersprechende Aussagen von B und C vor. Anders als A, B und C wurde D nicht auf der Straße, sondern in der Kneipe von der Polizei aufgegriffen. Dass er bereit war, die Arbeitsauflage zu erbringen, ist keinesfalls als Geständnis zu werten, da er mit der Angelegenheit lediglich nicht länger behelligt werden wollte.³⁰ S hätte das Verfahren mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 S. 1 StPO einstellen müssen.

Aufgabe 2

I. Frage I

Aus *Übersicht 1* ergibt sich seit 1981 für die alten Bundesländer ein kontinuierlicher Anstieg der staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Diversionsraten sowohl im Bereich des Allgemeinen (1981: ca. 34 %; 2008: ca. 54 %) als auch im Bereich des Jugendstrafrechts (1981: ca. 44 %; 2008: ca. 70 %). Die Diversionsrate im Bereich des Jugendstrafrechts liegt deutlich über der im Allgemeinen Strafrecht, wobei sich die „Schere“ ab etwa 1990 noch einmal deutlich weiter geöffnet hat. Seither hat sich die Diversionsrate im Jugendstrafrecht relativ beständig etwa 15 % über der des Allgemeinen Strafrechts eingependelt.

Das Bild wird bestätigt durch *Übersicht 2*, die bezogen auf die einzelnen Bundesländer für das Jugendstrafrecht einen deutlichen Anstieg der staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Diversionsraten in allen Ländern dokumentiert. Aus der Übersicht ergibt sich zugleich, dass im Vergleich der Bundesländer untereinander von Diversionsmaßnahmen in unterschiedlicher Intensität Gebrauch gemacht wird. Während in den Stadtstaaten Bremen und Hamburg die Divisionsrate bereits seit Ende der 80er Jahre konstant bei über

80 % liegt, ist sie in den süddeutschen Flächenstaaten signifikant darunter angesiedelt (Bayern 2008: ca. 62 %; Baden-Württemberg 2008: ca. 68 %). Dies kann neben unterschiedlichen Sanktionierungsstrategien darauf beruhen, dass in überwiegend ländlich strukturierten Bundesländern mit nur wenigen größeren Städten tendenziell weniger Gebrauch von den Diversionsmaßnahmen des Jugendstrafrechts gemacht wird. Dementsprechend liegt die Divisionsrate des ebenfalls vergleichsweise ländlich strukturierten Niedersachsen durchaus im Bereich der von Baden-Württemberg und Bayern.

Die Hypothese, dass das insgesamt zu konstatierende Nord-Süd-Gefälle möglicherweise vor allem auf Unterschiede in den regionalen Sanktionspräferenzen sowie einen Gegensatz von Stadt/Land zurückzuführen ist, lässt sich auf *Übersicht 3* stützen, die bezogen auf die staatsanwaltschaftliche Diversion erhebliche Unterschiede in einzelnen baden-württembergischen Landgerichtsbezirken wiedergibt, die teilweise ein Auseinanderklaffen der Maxima- und Minimawerte von nahezu 50 % offenbart.

Übersicht 4 gibt demgegenüber Aufschluss über die Aufteilung der Diversionsmaßnahmen nach unterschiedlichen jugendstrafrechtlichen Divisionsbestimmungen. Dabei wird deutlich, dass in sämtlichen Bundesländern weitaus häufiger von Maßnahmen nach § 45 Abs. 1, 2 JGG als vom formlosen jugendrichterlichen Erziehungsverfahren nach § 45 Abs. 3 JGG oder der gerichtlichen Diversion nach § 47 JGG Gebrauch gemacht wird. Hieran zeigt sich nicht nur, dass die Praxis tendenziell auf weniger eingriffsintensive Divisionsmaßnahmen zurückgreift, sondern vor allem, dass die Staatsanwaltschaft die eigentliche Divisionsinstanz innerhalb der Strafjustiz ist. Im Vergleich zum Allgemeinen Strafrecht, das eine Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen regelmäßig an die Zustimmung des Gerichts bindet (vgl. § 153 Abs. 1 S. 1, 153a Abs. 1 S. 1 StPO), sind ihr im Jugendstrafrecht erheblich größere Entscheidungsbefugnisse eingeräumt.

II. Frage II

Der aus dem US-amerikanischen Rechtskreis stammende Begriff der Diversion lässt sich wörtlich mit „Umleitung“ übersetzen (engl.: to divert). Mit ihm ist keineswegs gemeint, dass formelle strafrechtliche Kontrollinstanzen aus der Konfliktlösung herausgehalten werden.³¹ Der jugendliche Beschuldigte kommt auch bei Divisionsmaßnahmen jedenfalls mit Polizei und Staatsanwaltschaft (§ 45 Abs. 1, 2 JGG), zuweilen auch mit dem Gericht (§ 45 Abs. 3, 47 JGG) in Kontakt. Allerdings zielt Diversion darauf ab, dem Jugendlichen eine förmliche Verurteilung zu ersparen und das Verfahren insofern um diese Verurteilung „umzuleiten“. Diversion stellt sich daher als Ausdruck des jugendstrafrechtlichen Subsidiaritätsprinzips dar, nach dem Anklage oder Verurteilung nur erfolgen sollen, wenn weniger einschneidende Reaktionen aus Gründen der Erziehung oder Gerechtigkeit ausscheiden.³²

²⁶ Böhm/Feuerhelm (Fn. 12), § 13 2; Eisenberg (Fn. 3), § 45 Rn. 21; Meier (Fn. 15), § 7 Rn. 17; Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2009, § 45 Rn. 13.

²⁷ Böhm/Feuerhelm (Fn. 12), § 13 Rn. 2; Eisenberg (Fn. 3), § 45 Rn. 31; Meier (Fn. 15), § 7 Rn. 17; Ostendorf (Fn. 26), § 45 Rn. 20; Schaffstein/Beulke (Fn. 1), § 36 II 2.

²⁸ Eisenberg (Fn. 3), § 45 Rn. 19a.

²⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang BVerfGE 82, 106 (114 ff.).

³⁰ Zum Erfordernis eines Geständnisses, sofern der Staatsanwalt im Rahmen des § 45 Abs. 2 JGG eine Maßnahme anregt, s. Streng (Fn. 9), § 7 IV 1 Rn. 174.

³¹ Meier (Fn. 15), § 7 Rn. 2; Schaffstein/Beulke (Fn. 1), § 36 I.

³² Eisenberg (Fn. 3), § 45 Rn. 9; Streng (Fn. 9), § 7 IV 1 Rn. 173 f.

Jugendkriminologisch lässt sich das Konzept der Diversion auf die empirisch fundierte Erkenntnis zurückführen, dass nahezu jeder Jugendliche oder Heranwachsende im Verlauf seiner Entwicklung eine oder mehrere Straftaten begeht (sog. Ubiquität der Jugenddelinquenz). Statistisch normal in dieser Lebensphase ist demnach nicht das Ausbleiben, sondern die Begehung von Straftaten, wobei sich die Taten dieser Tätergruppe im Regelfall auf weniger schwerwiegende Straftatbestände beziehen oder jedenfalls geringere Schweregrade verwirklichen.³³ Ebenso normal ist aber, dass die Begehung von Straftaten in der Jugendphase für die allermeisten Jugendlichen lediglich episodenhaften Charakter aufweist und von selbst wieder abbricht (sog. episodenhafter Charakter bzw. Spontanbewährung).³⁴

Diversionsmaßnahmen entsprechen eher dem Erziehungsgedanken des Jugendgerichtsgesetzes als eine förmliche Verurteilung. Zur erzieherischen Einwirkung auf den Jugendlichen bedarf es in den allermeisten Fällen keiner förmlichen Sanktionierung im Wege eines Strafurteils und im Zweifel nicht einmal einer Reaktion von Polizei oder Staatsanwaltschaft. Neben der bloßen Entdeckung von Tat oder Täterschaft wirken Maßnahmen des sozialen Nahfeldes wie der Familie nicht nur zielgerichteter und nachhaltiger, sondern vor allem schneller.³⁵ Ein Strafverfahren und insbesondere eine förmliche Verurteilung sind demgegenüber vielfach mit Stigmatisierungseffekten verbunden und begründen die Gefahr krimineller Justizkarrieren. Abgesehen von dem mit Diversionen verbundenen Entlastungseffekt für die Strafjustiz als Ganzes werden über die §§ 45, 47 JGG daher erzieherische Erfolge möglicherweise besser – oder jedenfalls nicht schlechter – erreicht als bei förmlichen Verurteilungen.³⁶

III. Frage III

Die Diversionsvorschriften als solche wie die Praxis ihrer Anwendung können unter verschiedenen Gesichtspunkten verfassungsrechtlich problematisch sein. Ausgangspunkt entsprechender Bedenken ist, dass die mit einem förmlichen Verfahren und einer förmlichen Verurteilung verbundenen Schutzgarantien für die Rechtsposition des Beschuldigten und zudem die Gleichheit der Rechtsanwendung beeinträchtigt sind.

Problematisch ist bereits der Umstand, dass die Diversionen eine Sanktionierung von Jugendlichen gestatten, obwohl die Sanktionsinstanz keinesfalls die ansonsten eine Verurteilung tragende Überzeugung (vgl. § 2 Abs. 2 JGG, § 261 StPO) gewonnen hat, sondern die Sanktionierung in einem Verfahrensstadium erfolgt, in dem der Beschuldigte aufgrund der Unschuldsvermutung noch als unschuldig zu gelten hat (vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK). Stattdessen wird die Sanktionierung lediglich auf einen hinreichenden (vgl. §§ 45 Abs. 2, 3, 47 JGG) Tatverdacht gestützt, der sonst allenfalls

die Anklageerhebung legitimiert.³⁷ Keineswegs unproblematisch ist auch die Vorschrift des § 47 Abs. 1 Nr. 4 JGG, die lediglich eine Verfahrenseinstellung ermöglicht, obwohl der Jugendliche an sich mangels Reife strafrechtlich nicht verantwortlich ist. Das angeblich aus Erziehungsgründen angezeigte Motiv, der Jugendliche solle einen Freispruch nicht als Freibrief verstehen,³⁸ soll hier das Absehen von dem ansonsten angezeigten Freispruch (§ 2 Abs. 2 JGG, § 260 Abs. 1 StPO) tragen.

Im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung und dessen Konkretisierung in Gestalt des Richtervorbehalts (Art. 20 Abs. 2 S. 2, 92 GG) entstehen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit ferner daraus, dass die Diversionen Vorschriften über die mit ihnen verbundenen Sanktionskompetenzen weithin materielle Rechtsprechungsfunktionen vom Richter auf den Staatsanwalt übertragen. Hiermit ist eine partielle Rückkehr zum Inquisitionsprozess verbunden, bei dem Ankläger und Urteilender in einer Person vereinigt sind.³⁹ Nimmt man hinzu, dass anders als im Erwachsenenstrafrecht (vgl. dort aber § 153 Abs. 1 S. 2 StPO) für das Absehen von der Strafverfolgung in den Vorschriften der § 45 Abs. 1, 2 JGG nicht einmal die Zustimmung des Gerichts erforderlich ist, sondern ausschließlich der Staatsanwaltschaft die maßgeblichen und mit Rechtsbehelfen nicht angreifbaren Entscheidungen trifft, wird der Staatsanwalt nicht einmal mehr als „Richter vor dem Richter“, sondern anstelle eines Richters tätig.⁴⁰

Abgesehen von der folgenlosen Einstellung nach § 45 JGG bzw. § 2 Abs. 2 JGG, § 153 StPO dürfte die Durchführung der erzieherischen Maßnahmen im Zuge von § 45 Abs. 2, 3 bzw. § 47 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 JGG auch keineswegs vollends „freiwillig“ erfolgen, sondern vielmehr durch den Druck einer als Drohpotential im Hintergrund stehenden förmlichen Verurteilung motiviert sein.⁴¹ Vor diesem Hintergrund sind Zweifel im Hinblick auf die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG nicht von vornherein unbegründet, zumal § 2 Abs. 2 JGG, § 136a StPO diesem Aspekt einfachgesetzlich Rechnung getragen hat. Jugendliche Beschuldigte dürften im Vergleich zu erwachsenen Beschuldigten noch schutzloser den Vernehmungsmethoden ausgesetzt sein, auf die § 2 JGG, § 136a StPO Bezug nimmt.

Angesichts der erheblichen Unterschiede in der Handhabung der Diversionen zwischen und innerhalb der einzelnen Bundesländer müssen Zweifel an der Vereinbarkeit

³³ Meier (Fn. 15), § 7 Rn. 1.

³⁴ Meier (Fn. 15), § 7 Rn. 1.

³⁵ Schaffstein/Beulke (Fn. 1), § 36 I.

³⁶ Meier (Fn. 15), § 7 Rn. 35.

³⁷ Bei der – allerdings folgenlosen – Einstellung nach § 45 Abs. 1 bzw. § 2 JGG, § 153 Abs. 1 StPO genügt ein Verdachtsgrad im Sinne einer gewissen Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung.

³⁸ Meier (Fn. 15), § 5 Rn. 14. Kritisch Eisenberg (Fn. 3), § 47 Rn. 12.

³⁹ Schaffstein/Beulke (Fn. 1), § 36 II 2.

⁴⁰ Vgl. Kausch, Der Staatsanwalt – ein Richter vor dem Richter?, 1980, passim. Vgl. die Kritik bei Streng (Fn. 9), § 7 IV 5 b) Rn. 196 f.

⁴¹ Vgl. am Beispiel des § 45 Abs. 2 JGG etwa Schaffstein/Beulke (Fn. 1), § 36 II 2; Streng (Fn. 9), § 7 IV 2 a) bb) Rn. 179.

einer solchen Praxis mit Art. 3 Abs. 1 GG aufkommen.⁴² Diese lassen sich auch nicht durch den Hinweis auf die immerhin in 15 Bundesländern existierenden und auf das externe und interne Weisungsrecht (§§ 146, 147 Abs. 1 Nr. 2 GVG) gestützten Diversionsrichtlinien ausräumen, bei denen es sich ihrer Rechtsnatur nach um bloße Verwaltungsvorschriften handelt. Überdies haben die Richtlinien bislang nicht zu einer Vereinheitlichung der Handhabung der Diversionsvorschriften geführt, die der Forderung des Bundesverfassungsgerichts genügen würde, „eine im Wesentlichen einheitliche Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften“ zu gewährleisten.⁴³

Aufgabe 3

I. Frage I

Die Textauszüge entstammen einem Aufsatz von *Wilson/Kelling*, die in den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts die These propagierten, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen städtebaulichem Verfall („urban decay“) – der in zerbrochenen Fensterscheiben („broken windows“) Ausdruck findet – und Kriminalität existiert. Diese „Theorie“ hatte in der Folge einen eminenten Einfluss auf die Kriminalpolitik nicht nur in den Vereinigten Staaten und führte unter anderem zur Herausbildung des kriminalpolitischen Konzeptes der „Zero Tolerance“. Letztlich handelt es sich weniger um eine Kriminalitätstheorie, sondern um einen Präventionsansatz, bei dem die Überlegungen zu Entstehungsursachen von Kriminalität vornehmlich der Entwicklung adäquater Maßnahmen der Kriminalprävention dienen. Ein zentraler Baustein war insoweit eine Neubestimmung der Aufgabe der Polizei, die sich nicht oder jedenfalls nicht mehr ausschließlich auf die Strafverfolgung, sondern vor allem auf die Aufrechterhaltung öffentlicher Ordnung konzentrieren sollte.⁴⁴

Was die Entstehungsursachen von Kriminalität angeht, gehen *Wilson/Kelling* von einem Verstärkerkreislauf aus, der im Ergebnis zu Kriminalität führt und an dessen Anfang jener städtebauliche Verfall steht, der sich neben den zerbrochenen Fensterscheiben auch in anderen Formen äußerer Verwahrlosung manifestiert: Leer stehende oder verfallende Gebäude, ungepflegte öffentliche Anlagen, Alkoholkonsum in der Öffentlichkeit u.s.w. Als kriminogen werden weniger die Verfallssymptome als solche, sondern vielmehr das von ihnen ausgehende Signal angesehen, nach dem in derartigen Gegenden keine wirkungsvolle soziale Kontrolle existiere. Dies wiederum soll dazu führen, dass unerwünschte Personen angelockt werden und den öffentlichen Raum erobern, die problematische oder sogar kriminelle Verhaltensweisen ausüben. Der hierdurch entstehende Eindruck fehlender Ordnung („public disorder“) führt – so *Wilson/Kelling* – dazu, dass sich die traditionell in der Gegend ansässige Bevölkerung aufgrund ihrer Kriminalitätsfurcht immer stärker aus dem

öffentlichen Raum zurückzieht und die informelle soziale Kontrolle geschwächt wird, wodurch massive Gelegenheitsstrukturen für die hinzukommenden unerwünschten Personen begründet werden.

Ungeachtet der zeitweiligen kriminalpolitischen „Konjunktur“ dieses Ansatzes sind jedoch schon deswegen erhebliche Bedenken anzumelden, weil die Ursachenfrage erkennbar unterkomplex beantwortet wird.⁴⁵ *Wilson/Kelling* benennen keine Gründe, wieso es zu städtebaulichem Verfall kommt oder wieso nachlassende soziale Kontrolle zu Straftaten führt.⁴⁶ Stattdessen werden zentrale Punkte des beschriebenen Verstärkerkreislaufs eher postuliert als argumentativ untermauert. Darüber hinaus ist das Konzept auch wegen der aus ihm zu folgernden Präventionsstrategien fragwürdig.⁴⁷ Abgesehen davon, dass ein überzeugender empirischer Nachweis für den Zusammenhang zwischen „public disorder“ und Kriminalität aussteht,⁴⁸ wird durch ein solches Konzept das schwierige Verhältnis zwischen „Freiheit“ und „Ordnung“ einseitig zum Nachteil der Freiheit verschoben.⁴⁹ Darüber hinaus kommt es – neben dem merkwürdig antiquierten Bild, das *Wilson/Kelling* von der modernen Gesellschaft haben – zu einer anstößigen Selektivität der sozialen Kontrolle, indem die „anständige Bevölkerung“ Kontrolle über die „unerwünschten Personen“ ausübt.

II. Frage II

Vor *Wilson/Kelling* hatten bereits die Vertreter der sozial-ökologischen Chicago School (*Burgess, Park, Shaw, McKay, McKenzie*) den Zusammenhang zwischen städtischem Raum und Kriminalität untersucht, waren dabei aber von anderen Voraussetzungen ausgegangen und kamen zu anderen Schlussfolgerungen.⁵⁰

Insbesondere *Shaw/McKay* gingen von der Beobachtung aus, dass die Kriminalität über das Stadtgebiet von Chicago keineswegs gleichmäßig verteilt, sondern unabhängig von der Dominanz der jeweiligen Gruppe gerade in den von Einwanderern bewohnten und ebenso starkem Zuwachs wie Fluktua-

⁴⁵ Zu den Unausgegorenheiten s. *Laue*, MSchrKrim 1999, 277 (280 ff.).

⁴⁶ *Kunz*, Kriminologie, 6. Aufl. 2011, Kap. 7 § 39 III Rn. 19; *Meier*, Kriminologie, 4. Aufl. 2010, § 3 Rn. 53.

⁴⁷ *Kunz* (Fn. 46), Kap. 7 § 39 III Rn. 19 ff.; *Meier* (Fn. 46), § 3 Rn. 56.

⁴⁸ Vgl. insoweit *Hess*, Kriminologisches Journal 1996, 179 (186 ff.); *ders.*, KJ 1999, 32 (32, 51 ff.). Kritisch *Laue* MSchrKrim 1999, 277 (284 ff.); *Walter*, DRiZ 1998, 354 (358).

⁴⁹ Um das Ziel der Verwirklichung öffentlicher Ordnung zu gewährleisten, legitimieren *Wilson/Kelling* insoweit durchaus rechtswidrige Eingriffe in Rechtspositionen der unerwünschten Personen, vgl. etwa *Wilson/Kelling*, Kriminologisches Journal 1996, 121 (123, 131 ff.). S. ferner *Hess*, Kriminologisches Journal 1996, 179 (188 ff.); *ders.*, KJ 1999, 32 (39); *Kunz* (Fn. 46), Kap. 7 § 39 III.

⁵⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang, *Lamnek*, Theorien abweichenden Verhaltens, Bd. 1, 8. Aufl. 2007, S. 98, 108, 147, 196, 296.

⁴² *Meier* (Fn. 15), § 7 Rn. 36; *Streng* (Fn. 9), § 7 IV 5 b) Rn. 196 f.

⁴³ BVerfGE 90, 145 (190).

⁴⁴ S. insbesondere *Wilson/Kelling*, Kriminologisches Journal 1996, 121 (128 ff.). Vgl. hierzu auch *Hess*, KJ 1999, 32 (39).

tion geprägten Gebieten konzentriert war: „Likewise, the areas that are slowly increasing in population tend to be the areas with medium rates of delinquents, while the areas of more rapid increases tend to be the low-rate areas.“⁵¹ Zuwachs und Fluktuation der Bevölkerung führten dazu, dass sich keine homogenen Wertvorstellungen und damit letztlich Formen informeller sozialer Kontrolle herausbilden können. Der hierdurch begründete Zustand sozialer Desorganisation begünstige sodann kriminelles Verhalten, indem Jugendliche kriminalitätsbegünstigende Einstellungen beobachten, erlernen und verbreiten, so dass die ökologische Situation eines Wohngebiets die Persönlichkeit und das Verhalten der Bevölkerung beeinflusst: „In the areas of low rates of delinquents there is more or less uniformity, consistency, and universality of conventional values and attitudes with respect to child care, conformity to law, and related matters; whereas in the high-rate areas systems of competing and conflicting moral values have developed“.⁵²

Auch dieser Ansatz weist nicht nur deshalb, weil die Ausgangsbeobachtung einer ungleichen Kriminalitätsverteilung empirisch vornehmlich auf Daten formeller strafrechtlicher Kontrollinstanzen basierte, Schwächen auf: Weder werden die konkreten Gründe benannt, wieso in den delinquenzbelasteten Gebieten auch normkonformes und in den nicht delinquenzbelasteten Gebieten auch normwidriges Verhalten auftritt,⁵³ was allerdings auch gegenüber jeder anderen Kriminalitätstheorie eingewandt werden könnte.

Anders als *Wilson/Kelling* beschreiben die Vertreter des klassischen sozialökologischen Ansatzes aber keinen Verstärkerkreislauf und verweisen argumentativ auch nicht auf das seit den 70er Jahren immer stärker diskutierte Problem der Kriminalitätsfurcht.⁵⁴ Überdies ging es der Chicago-School nicht darum, einen Gegensatz zwischen eingesessener und normkonform lebender Bevölkerung auf der einen, und unerwünschter und nicht normkonform lebender Bevölkerung auf der anderen Seite herauszuarbeiten. Stattdessen sahen sie das zentrale – und letztlich über sozialpolitische Anstrengungen zu lösende – Problem in der auch durch soziale Ungleichheiten begründeten sozialen Desorganisation: „While it is apparent from these data that the foreign born and the Negroes are concentrated in the areas of high rates of delinquents, the meaning of this association is nor easily determined. One might be led to assume that the relatively large number of boys brought into court is due to the presence of certain racial or national groups were it not for the fact that the population composition of many of these neighborhoods has changed completely without appreciable change in their rank as to rates of delinquents. Clearly, one must beware of attaching causal significance to race or nativity. For, in the present social and economic system, it is the Negroes and the foreign born, or at least the newest immigrants, who have least access to the necessities of life and

who are therefore least prepared for the competitive struggle. It is they who are forced to live in the worst slum areas and who are least able to organize against the effects of such living [...]. Within the same type of social area, the foreign born and the natives, recent immigrant nationalities, and older immigrants produced very similar rates of delinquents. Those among the foreign born and among the recent immigrants who lived in physically adequate residential areas of higher economic status displayed low rates of delinquents, while conversely, those among the native born and among the older immigrants who occupied physically deteriorated areas of low economic status displayed high rates of delinquents. Negroes living in the most deteriorated and disorganized portions of the Negro community possessed the highest Negro rate of delinquents, just as whites living in comparable white areas showed the highest white rates.“⁵⁵ Dementsprechend wird man den sozialökologischen Ansatz als Ausdruck einer auf soziale Inklusion ausgerichteten Moderne und das Broken-Windows-Konzept als Ausdruck einer durch soziale Exklusion geprägten Postmoderne interpretieren können.

⁵¹ *Shaw/McKay*, Social Factors in Juvenile Delinquency, Bd. 2, 1931, S. 171.

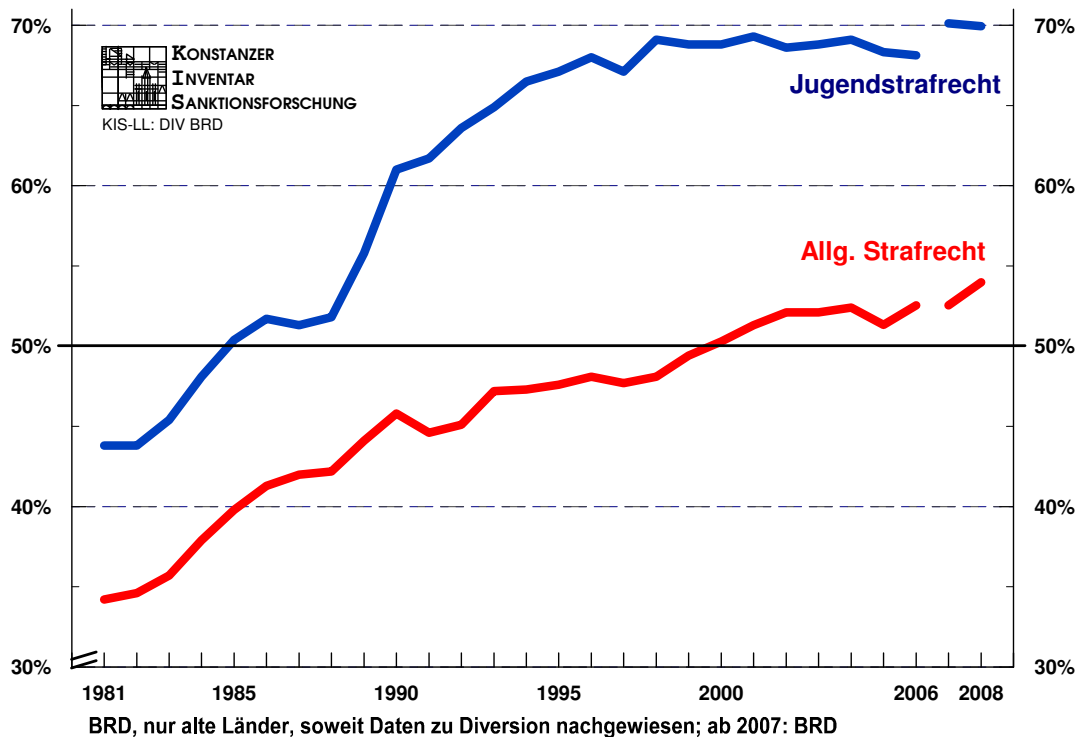
⁵² *Shaw/McKay* (Fn. 51), S. 170.

⁵³ *Meier* (Fn. 46), § 3 Rn. 49.

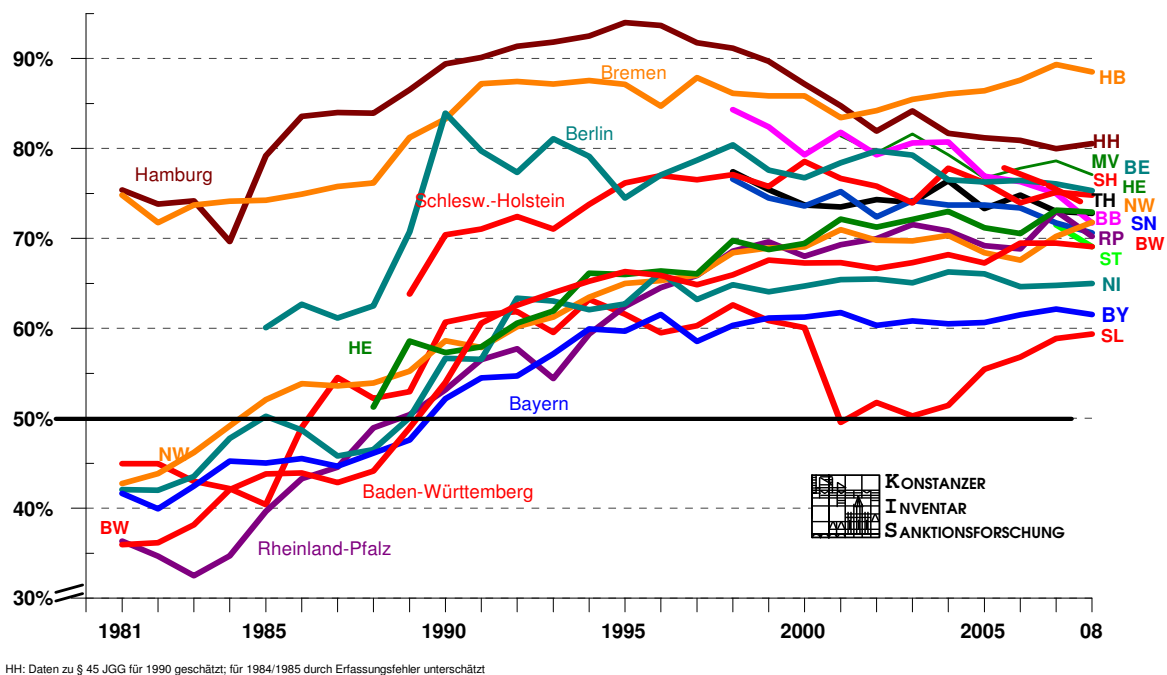
⁵⁴ *Meier* (Fn. 46), § 3 Rn. 52 f.

⁵⁵ *Shaw/McKay*, Juvenile Delinquency and Urban Areas, 2. Aufl. 1972, S. 154 f., 160 f.

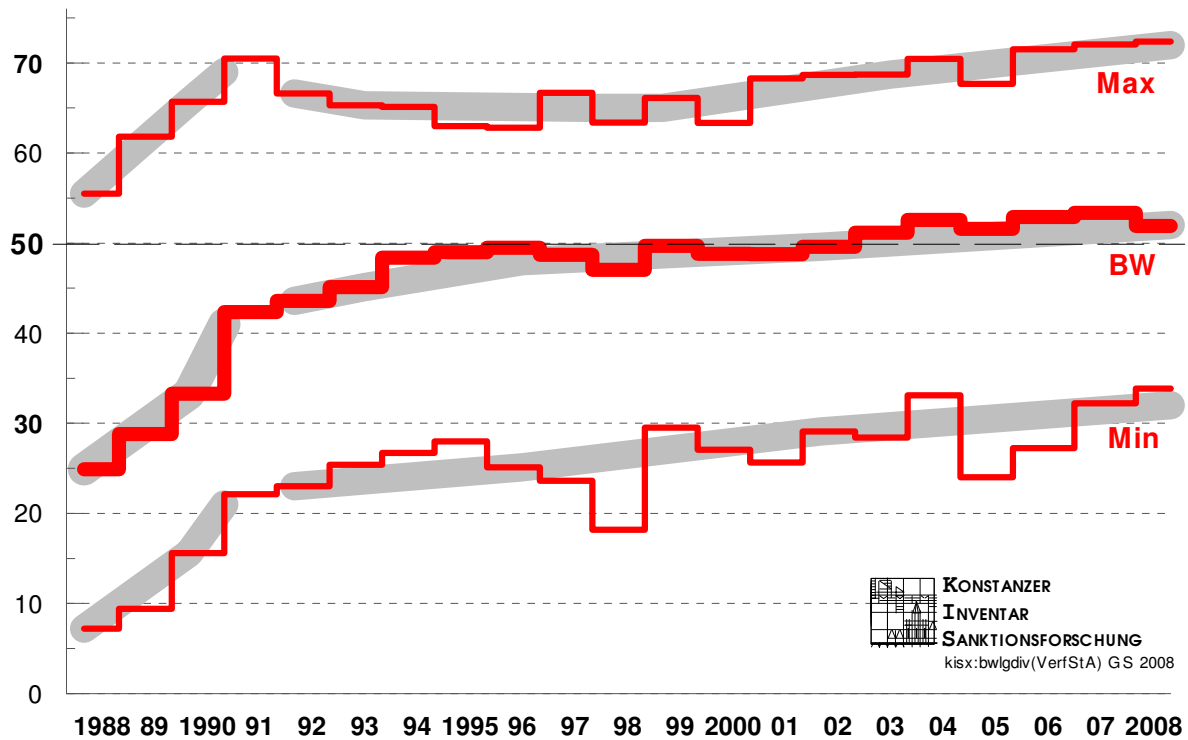
Übersicht 1: Diversionsraten StA und Gerichte im Jugendstrafrecht und Allgemeinem Strafrecht (Anteile der staatsanwaltlichen und gerichtlichen Einstellungen gem. §§ 45, 47 JGG, §§ 153 ff. StPO bezogen auf formell und informell Sanktionierte, BRD (alte Länder); ab 2007: BRD)



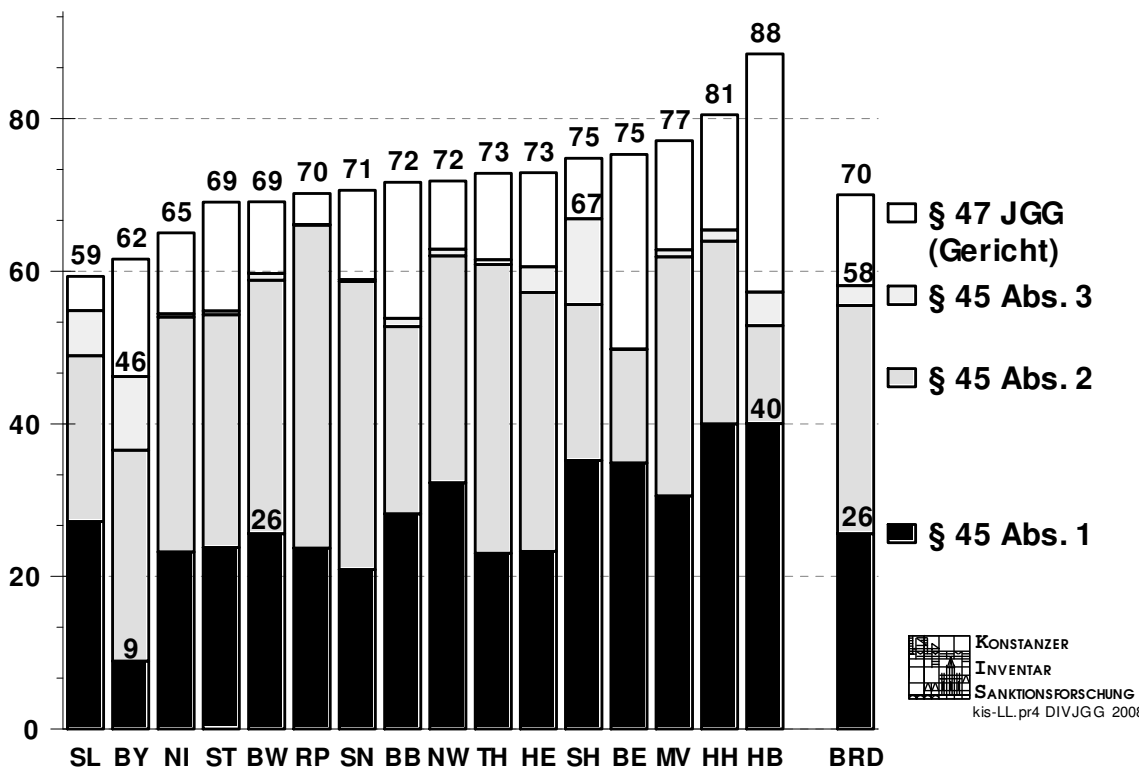
Übersicht 2: Diversionsraten StA und Gerichte im Jugendstrafrecht (Anteile der staatsanwaltlichen und gerichtlichen Einstellungen nach §§ 45, 47 bezogen auf formell und informell Sanktionierte nach Ländern)



Übersicht 3: Regionale Diversionsraten der StA in Jugendsachen in Baden-Württemberg seit 1988; jährliche Diversionsraten (StA, § 45 JGG, verfahrensbezogen); Minima und Maxima über LG-Bezirke



Übersicht 4: Diversionsraten nach JGG, 2008, nach Ländern; % bezogen auf nach JGG Verurteilte oder gem. §§ 45, 47 informell Sanktionierte



Entscheidungsbesprechung

Kernbestand von Unionsbürgerrechten gegen den eigenen Mitgliedstaat – Grundrechtrevolution im Mehrebenensystem?

Art. 20 AEUV ist dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, einem Drittstaatsangehörigen, der seinen minderjährigen Kindern, die Unionsbürger sind, Unterhalt gewährt, zum einen den Aufenthalt im Wohnsitzmitgliedstaat der Kinder, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, zu verweigern und ihm zum anderen eine Arbeitserlaubnis zu verweigern, da derartige Entscheidungen diesen Kindern den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehren würde. (Entscheidungsformel)

AEUV Art. 20, 21

*EuGH (Große Kammer), Urt. v. 8.3.2011 – C-34/09 – Ruiz Zambrano gegen Office national de l'emploi (ONEm)*¹

I. Kernaussagen des Urteils

Der EuGH leitet im Zambrano-Urteil aus dem Unionsbürgerstatus des Art. 20 AEUV ab, dass die Mitgliedstaaten ihren eigenen Bürgerinnen und Bürgern auch in Fällen ohne grenzüberschreitenden Bezug den tatsächlichen Genuss des „Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht“,² nicht verwehren dürfen. Für minderjährige Unionsbürger folgt daraus, dass ihre Mitgliedstaaten ihren drittstaatsangehörigen Eltern, wenn diese den Kindern Unterhalt gewähren, ein Aufenthaltsrecht und eine Arbeitserlaubnis einräumen müssen, weil die Kinder sonst faktisch gezwungen wären, gemeinsam mit den Eltern das Unionsgebiet zu verlassen.

II. Prüfungs- und Klausurrelevanz

Aufgrund seiner vielfältigen Bezüge hat das Urteil hohe Prüfungs- und Klausurrelevanz. Seine Bedeutung reicht weit über das Europarecht und das Aufenthaltsrecht hinaus, weil es grundlegende Auswirkungen auf das Verhältnis zum nationalen Recht hat. Es markiert einen vorläufigen Höhepunkt der Ausweitung des Europarechts in der Interpretation durch den EuGH in Rechtsbereiche hinein, die ehemals allein nati-

onaler Zuständigkeit oblagen.³ Im Schrifttum wird es äußerst intensiv und kontrovers diskutiert.⁴

III. Sachverhalt

Hauptpersonen des Urteils sind die minderjährigen Unionsbürger Diego und Jessica Ruiz Moreno. Sie wurden als zweites und drittes Kind kolumbianischer Eltern 2003 und 2005 in Belgien geboren und erhielten den Nachnamen der Mutter, Ruiz Moreno.⁵ Ihre Eltern waren 1999 mit dem ersten Kind eingewandert. Diego und Jessica erlangten nach der damals maßgeblichen Rechtslage die belgische Staatsangehörigkeit und damit die Unionsbürgerschaft. Das Urteil ist nach ihrem Vater, Gerardo Ruiz⁶ Zambrano benannt, weil es ein Rechtsstreit um sein Arbeitslosengeld war, der zu der Vorlage an den EuGH führte.

Herr Ruiz Zambrano hatte, obgleich er um seine Aufenthaltsberechtigung noch stritt und keine Arbeitserlaubnis besaß, von 2001 an fünf Jahre lang bei einem belgischen Unternehmen gearbeitet und ordnungsgemäß Sozialversicherungsbeiträge entrichtet.⁷ Nachdem er seinen Arbeitsplatz verloren hatte, wurde ihm die Zahlung von Arbeitslosengeld verweigert und zwar unter Verweis auf das Fehlen einer Arbeitserlaubnis, die mangels Aufenthaltsrechts erforderlich sei.⁸ Hiergegen klagte Herr Zambrano. Das belgische Gericht richtete ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH.

IV. Entscheidung und Begründung des EuGH

Der EuGH entschied, dass der Unionsbürgerstatus minderjähriger Kinder aus Art. 20 AEUV es verbietet, ihren unterhaltsgewährenden Eltern Aufenthalt und Arbeitserlaubnis zu verweigern, weil dies den Kindern den tatsächlichen Genuss des Kernbestands von Rechten verwehren würde, die ihnen der

³ Zur Entwicklung: Mangold, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011, S. 86 ff.; 138 ff.

⁴ Vgl. etwa Nettesheim, JZ 2011, 1030; Hailbronner/Thym, NJW 2011, 2008; Hailbronner/Thym, CMLRev. 48 (2011), 1253; Vitzthum, EuR 2011, 550; Huber, NVwZ 2011, 856; Kochenov, Columbia J. of Europ. L. 18 (2011), 55; Hailbronner/Sánchez, ICL-J 5 (2011), 498; v. Bogdandy u.a., ZaöRV 2012, 45; v. Bogdandy u.a., CMLRev 49 (2012), im Erscheinen; vgl. zu den beiden letztgenannten Beiträgen auch das „Online-Symposium“ des „Verfassungsblog“, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/category/rescue-english/> (zuletzt abgerufen: 22.3.2012).

⁵ Vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston v. 30.9.2010 – C-34/09 – Zambrano, Rn. 8, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82590&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=856326> (zuletzt abgerufen: 30.3.2012).

⁶ Ruiz ist ebenfalls ein Nachname; im Spanischen wird allerdings häufig abkürzend nur einer der beiden Nachnamen verwendet (so etwa auch bei Pablo Ruiz Picasso).

⁷ Vgl. Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 23 („seltsame[r] Gegensatz“ zwischen der Bereitschaft, die Sozialversicherungsbeiträge „der belgischen Staatskasse einzuverleiben“, und der Verweigerung der Aufenthaltsgenehmigung).

⁸ Vgl. näher Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 39.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=80236&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=DE&cid=856326>

(zuletzt abgerufen: 30.3.2012). Für maßgebliche Anregungen danke ich Dr. Nikolaus Marsch.

² So die gleich bleibende Formulierung in: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 8.3.2011 – C-34/09 – Zambrano, Rn. 42, 45 und Entscheidungsformel (nach Rn. 46), vgl. auch Rn. 44.

Unionsbürgerstatus verleiht. Herrn Ruiz Zambrano steht danach eine abgeleitete Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis zu, die über den „Kernbestand“ der Unionsbürgerrechte seiner Kinder Diego und Jessica vermittelt wird.

Die Begründung des EuGH fällt denkbar kurz aus. Sie beschränkt sich im Wesentlichen auf vier Randnummern (41 bis 44): Ausgangspunkt ist die vom EuGH „bereits mehrfach hervorgehoben[e]“ Aussage, der Unionsbürgerstatus sei dazu bestimmt, „der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“ zu sein.⁹ Der Gerichtshof folgert daraus jetzt, dass Art. 20 AEUV nationalen Maßnahmen entgegensteht, die bewirken, dass Unionsbürgern „der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird“. ¹⁰ Für diese zentrale Aussage verweist der EuGH auf sein Rottmann-Urteil zur Entziehung der Staatsbürgerschaft.¹¹ Sodann stellt er fest, dass „eine derartige Auswirkung“ – also eine Verwehrung des Kernbestandsschutzes – vorliegt, „wenn einer einem Drittstaat angehörenden Person in dem Mitgliedstaat des Wohnsitzes ihrer minderjährigen Kinder, die diesem Mitgliedstaat angehören und denen sie Unterhalt gewährt, der Aufenthalt und eine Arbeitserlaubnis verweigert werden“. ¹² Eine Aufenthaltsverweigerung habe zur Folge, dass die Kinder sich gezwungen sähen, das Unionsgebiet zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten.¹³ Ebenso könne sich die Verweigerung einer Arbeitserlaubnis auswirken, weil die Gefahr bestehe, dass dieser Person dann die für ihren Unterhalt und den ihrer Angehörigen erforderlichen Mittel fehlten.¹⁴

V. Die Folgeentscheidungen McCarthy und Dereci

1. Bekräftigung des Kernbestandsschutzes – Einbeziehung von Art. 21 AEUV in McCarthy

In den beiden Folgeentscheidungen McCarthy und Dereci hat der EuGH das Konzept eines Kernbestands an Rechten, die von einem grenzüberschreitenden Bezug unabhängig sind, im Grundsatz bekräftigt.¹⁵ Im McCarthy-Urteil wird zudem, anders als in Zambrano und Dereci, ausdrücklich ein Bezug zu dem Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt aus Art. 21 AEUV hergestellt. Obwohl Frau McCarthy, eine Bürgerin des Vereinigten Königreichs und Irlands, stets im Vereinigten Königreich gelebt und von ihrem Recht auf Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht hatte, stellte der EuGH fest, dass „eine Person wie Frau McCarthy“ als Staatsangehörige mindestens eines Mitgliedstaats den Unionsbürgerstatus gemäß Art. 20 Abs. 1 AEUV genieße und sich daher auch gegenüber

ihrem Herkunftsmitgliedstaat „auf die mit diesem Status verbundenen Rechte [...], insbesondere auf das Recht aus Art. 21 AEUV, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“ berufen könne.¹⁶

2. Eingrenzung der ausländerrechtlichen Folgen: In der Regel kein Ehegatten- und Familiennachzug

Im McCarthy-Urteil, vor allem aber im Dereci-Urteil hat der EuGH jedoch zugleich die Reichweite des Kernbestandschutzes im Ausländerrecht deutlich eingegrenzt.

Der Kernbestandsschutz vermittelt danach *erwachsenen* Unionsbürgern in der Regel keine Rechte auf den Familiennachzug oder die Legalisierung des Aufenthalts etwa von Ehegatten oder sonstigen erwachsenen Familienangehörigen. Der faktische Zwang, das EU-Gebiet zu verlassen, muss also ein besonderes, geradezu existenzielles Ausmaß erreichen. Während dieser Zwang bei minderjährigen Kindern, die ihren unterhaltsgewährenden Eltern ins EU-Ausland folgen müssen, ausreicht, soll der Wunsch eines Unionsbürgers, „zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft“ mit seinem Ehepartner im Unionsgebiet zusammenzuleben „für sich genommen nicht die Annahme“ rechtfertigen, „dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn kein Aufenthaltsrecht gewährt würde“. ¹⁷

VI. Inländerdiskriminierung und Unionsgrundrechte als Hintergründe des Urteils – Schlussanträge als wichtige Erkenntnisquelle

Das Zambrano-Urteil besitzt, auch mit den Klarstellungen und Eingrenzungen durch McCarthy und Dereci, ein ganz erhebliches „Sprengpotential“ für das Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten. Im Hintergrund stehen vor allem zwei Grundsatzdebatten: Die Problematik der so genannten Inländerdiskriminierung sowie die Debatte über die Reichweite der Unionsgrundrechte.

Wie häufig bei wichtigen EuGH-Urteilen empfiehlt es sich, nicht nur die Entscheidung selbst zu lesen, sondern auch die Schlussanträge der Generalanwälte. Während die Begründung der Entscheidung nicht selten, wie auch im Fall Zambrano, eher karg und knapp ausfällt, werden die Rechtsfragen in den Schlussanträgen häufig ausführlich mit ihrem Für und Wider erörtert. Solange der EuGH diese Argumentation nicht ausdrücklich aufgreift, darf man sie zwar keinesfalls einfach dem Urteil selbst zuschreiben. Für das Verständnis der Hintergründe der Entscheidung und der Alternativen, vor denen sich der EuGH gesehen hat, liefern die Schlussanträge jedoch oft wertvolle Hinweise. Sie erleichtern die Einordnung in den Entwicklungskontext, die für das Verständnis von Gerichtsentscheidungen unabdingbar ist.¹⁸

⁹ EuGH, Urt. v. 8.3.2011 – C-34/09 – Zambrano, Rn. 41 mit den dortigen Nachweisen, *Hervorhebung des Verf.*

¹⁰ EuGH, Urt. v. 8.3.2011 – C-34/09 – Zambrano, Rn. 42.

¹¹ EuGH, Urt. v. 8.3.2011 – C-34/09 – Zambrano, Rn. 42, mit Verweis auf EuGH – C-135/08, Urt. v. 2.3.2010 – Rottmann, Rn. 42.

¹² EuGH, Urt. v. 8.3.2011 – C-34/09 – Zambrano, Rn. 43.

¹³ EuGH, Urt. v. 8.3.2011 – C-34/09 – Zambrano, Rn. 44.

¹⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 8.3.2011 – C-34/09 – Zambrano, Rn. 44.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 5.5.2011 – C-434/09 – McCarthy, Rn. 44-48; EuGH, Urt. v. 5.11.2011 – C-256/11 – Dereci, Rn. 59-69. Vgl. zu Dereci: *Thym*, NVwZ 2012, 103.

¹⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.5.2011 – C-434/09 – McCarthy, Rn. 48, *Hervorhebung des Verf.*

¹⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 5.11.2011 – C-256/11, Rn. 68.

¹⁸ Vgl. zum Verständnis der EuGH-Rechtsprechung „im Kontext“ instruktiv: *Halterm*, Europarecht, 2. Aufl. 2007.

1. Inländerdiskriminierung

Ein Blick auf die Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston im Fall Zambrano¹⁹ hilft zum einen, die Aufmerksamkeit darauf zu richten, dass die Kernbestandsdoktrin im Ergebnis zu einem partiellen Verbot der so genannten Inländerdiskriminierung oder umgekehrten Diskriminierung, also der Diskriminierung *eigener* Staatsangehöriger gegenüber anderen Unionsbürgern, führt. Den Kernbestand der Unionsbürgerrechte müssen die Mitgliedstaaten gleichermaßen für ihre eigenen Staatsangehörigen wie für alle anderen Bürgerinnen und Bürger der Union gewährleisten.

Der EuGH reagierte damit auf einen noch erheblich weitergehenden Vorschlag der Generalanwältin. Diese hielt „die Zeit für gekommen, dem Gerichtshof vorzuschlagen, sich offen mit der Problematik der umgekehrten Diskriminierung zu befassen“.²⁰ Sie schlug vor, das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV so auszulegen, dass es „einer umgekehrten Diskriminierung entgegensteht, die durch das Ineinandergreifen von Art. 21 AEUV und nationalem Recht verursacht wird, wenn sie eine Verletzung der im Unionsrecht anerkannten Grundrechte beinhaltet und wenn nach nationalem Recht kein mindestens gleichwertiger Schutz zur Verfügung steht“.²¹

Nach den Vorstellungen der Generalanwältin soll ein Verbot also greifen, wenn *drei Voraussetzungen* kumulativ gegeben sind: *Erstens* muss die Ungleichbehandlung durch ein „Ineinandergreifen“ von Freizügigkeitsrechten und nationalem Recht verursacht werden. Ungleich behandelt werden müssen also „statische“ Unionsbürger, die von ihren Freizügigkeitsrechten noch keinen Gebrauch gemacht haben, gegenüber dynamischen Unionsbürgern, die sich auf die wirtschaftlichen Freizügigkeitsrechte oder das allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 AEUV berufen können.²² *Zweitens* soll nur eine Ungleichbehandlung ausreichen, die zugleich auch die Verletzung eines unionsrechtlich geschützten Grundrechts umfasst.²³ *Drittens* greift Art. 18 AEUV danach als subsidiärer Rechtsbehelf nur dann, wenn das nationale Recht keinen angemessenen Grundrechtsschutz bietet.²⁴ Hier wird also der Solange-Gedanke der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts praktisch „umgedreht“.²⁵

Sharpston hatte dazu ausgeführt: „Ein radikaler Wandel der gesamten Rechtsprechung zur umgekehrten Diskriminierung wird sich nicht über Nacht vollziehen. Das will ich auch gar nicht nahelegen. Meine Vorschläge beschränken sich

vielmehr auf Fälle, in denen es um die Unionsbürgerschaft geht. Dies ist der Bereich, in dem die gegenwärtige Rechtsprechung eindeutig zu den negativsten Ergebnissen führt und in dem ein Wandel vielleicht am dringendsten erforderlich ist.“²⁶

Der EuGH hat auch einen so „beschränkten“ – immer noch sehr weitreichenden – Wandel seiner Rechtsprechung zu Art. 18 AEUV nicht gewollt. Er hat jedoch die Anregung, an der Unionsbürgerschaft anzuknüpfen, radikalisiert und so über Art. 20 AEUV, was den Kernbestand betrifft, im Ergebnis dasselbe erreicht, ohne auf Art. 18 AEUV zurückzugreifen. Indem er die neuartige Figur des Kernbestands der Unionsbürgerrechte kreierte, vermied es der EuGH, seine Rechtsprechung zu Art. 18 AEUV explizit korrigieren zu müssen. Zugleich reduzierte er die Reichweite der Entscheidung auf den Schutz eines „Kernbestands“ von Rechten.

2. Reichweite der Unionsgrundrechte gegenüber den Mitgliedstaaten

Ein ähnliches Wechselspiel mit den Schlussanträgen kennzeichnet das Urteil auch in der Frage der Reichweite der Unionsgrundrechte gegenüber den Mitgliedstaaten. Auch insoweit ist es der Generalanwältin gelungen, einen potentiell weitreichenden Schritt des EuGH als Antwort auf ein noch wesentlich radikaleres Szenario zu provozieren.

Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta der Grundrechte der Union (GrCh)²⁷ ordnet die Geltung der Charta für die Mitgliedstaaten ausschließlich „bei der Durchführung“ des Rechts der Union an. Die Erläuterungen des Konventspräsidiums²⁸ zu dieser Bestimmung nehmen auf die ständige Rechtsprechung des EuGH Bezug, nach der die Mitgliedstaaten nur an die Unionsgrundrechte gebunden sind, wenn sie „im Anwendungsbereich“ des Unionsrechts handeln.²⁹ Art. 51 Abs. 2 GrCh bestimmt außerdem: „Diese Charta dehnt den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus und begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben.“

Es ist schon streitig, ob die bisherige expansive Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsbereich des Unionsrechts, welche die Unionsgrundrechte etwa nicht nur bei der Richtlinienumsetzung im Spielraumbereich, sondern auch bei

¹⁹ Schlussanträge Sharpston (Fn. 5).

²⁰ Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 139.

²¹ Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 144.

²² Vgl. Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 146.

²³ Vgl. Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 147.

²⁴ Vgl. Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 148.

²⁵ Vgl. den diesen Grundgedanken für die Unionsgrundrechte insgesamt aufgreifenden Titel des Vorschlags des Autorenteams um v. Bogdandy, CMLRev 59 (2012), im Erscheinen: „Reverse Solange, Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States“; zur Diskussion über eine Kurzfassung dieses Vorschlags im „Verfassungsblog“ siehe den Nachw. oben Fn. 4.

²⁶ Vgl. Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 140.

²⁷ ABl. EU 2007 Nr. C 303/01, abrufbar unter:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:DE:PDF>

(zuletzt abgerufen: 30.3.2012).

²⁸ Vgl. zu deren Bedeutung die Präambel der Charta, Abs. 5 S. 2 („[...] erfolgt die Auslegung der Charta [...] unter gebührender Berücksichtigung der Erläuterungen [...]“).

²⁹ Vgl. Erläuterungen zur Charta, ABl. EU 2007 Nr. C 303/17, S. 32, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:DE:PDF> (zuletzt abgerufen: 30.3.2012). Im Schrifttum ist gleichwohl streitig, ob beides gleichzusetzen ist; vgl. auf die Entstehungsgeschichte abstellend etwa Calliess, JZ 2009, 113 (115).

der Beschränkung von Grundfreiheiten³⁰ für anwendbar hält, mit Art. 51 GrCh vereinbar ist. Der Generalanwältin geht dies hingegen längst noch nicht weit genug. Sie schlug dem EuGH vor, die Unionsgrundrechte zukünftig bereits dann als anwendbar anzusehen, wenn die Mitgliedstaaten in einem Sachgebiet handeln, für das die Union überhaupt eine Zuständigkeit besitzt: „Wenn die Union die (ausschließliche oder geteilte) Zuständigkeit in einem bestimmten Rechtsbereich besitzt, sollten die Unionsgrundrechte den Unionsbürgern Schutz bieten, selbst wenn diese Zuständigkeit noch nicht wahrgenommen wurde.“³¹

Die föderalistisch-zentralisierende Wirkung eines derart umfassend verstandenen Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte verglich Sharpston ausdrücklich mit derjenigen der *Gitlow*-Entscheidung von 1925.³² Mit dieser Entscheidung hatte der U.S. Supreme Court begonnen, nach und nach die meisten Grundrechte der U.S.-Bundesverfassung, die unmittelbar nur für die Bundesebene gelten, vermittelt über die „Due Process Clause“ des 14. Zusatzartikels³³ auch auf die Einzelstaaten anzuwenden.

Die Zeit für einen so grundlegenden Schritt – für eine *Gitlow*-Entscheidung des EuGH – sah die Generalanwältin zwar im *Zambrano*-Fall selbst noch nicht ganz gekommen. Wegen seines grundlegenden Charakters bedürfe ein Wandel dieser Art „sowohl einer Weiterentwicklung in der Rechtsprechung als auch einer unmissverständlichen politischen Erklärung der Mächte, aus denen sich die Union zusammensetzt (ihrer Mitgliedstaaten) in Richtung einer neuen Stellung der Grundrechte in der Union“.³⁴ In dem maßgebenden Zeitpunkt der Geburt von *Diego* am 1.9.2003 habe „die erforderliche konstitutionelle Entwicklung“, so Sharpston, „einfach noch nicht

stattgefunden“: „Damals bestand der Vertrag über die Europäische Union seit dem Vertrag von Maastricht im Wesentlichen unverändert. Der Gerichtshof hatte in seinem Gutachten 2/94 klar festgestellt, dass die Europäische Gemeinschaft seinerzeit keine Befugnisse zur Ratifizierung der EMRK gehabt habe. Die Charta war noch ‚soft law‘ ohne unmittelbare Wirkung und ohne Übernahme in den Vertrag. Der Vertrag von Lissabon war noch nicht einmal angedacht.“³⁵

Die Generalanwältin legte damit jedoch, ohne dies ausdrücklich zu sagen, zugleich nahe, dass sich seit 2003 die Lage ausreichend gewandelt habe – mit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages, der Charta der Grundrechte sowie der Kompetenz und Verpflichtung der Union zum Beitritt zur EMRK. Der Gerichtshof werde sich „eher früher als später“ entscheiden müssen, ob er „mit den sich entwickelnden Verhältnissen Schritt halten“ wolle.³⁶ Er werde sich „[i]rgendwann“ der Frage stellen müssen „ob die Union nicht nunmehr an der Schwelle zu einer Verfassungsänderung steht“.³⁷ Die Beantwortung dieser Frage könne „derzeit noch zurückgestellt werden, aber wahrscheinlich nicht mehr sehr viel länger.“³⁸

3. Aufenthaltsrecht ohne grenzüberschreitenden Bezug aus Art. 21 AEUV?

Man darf vermuten, dass es der Generalanwältin bewusst war, dass ihre beiden Radikalszenarien auf den Gerichtshof eine eher abschreckende Wirkung entfalten würden. Beide Szenarien – ein weitreichendes Verbot der Inländerdiskriminierung und eine umfassende Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte – entwickelte sie wohl nicht ohne Grund nur für den Fall, dass der EuGH ihrem eigentlichen Hauptvorschlag nicht folgen wollte: der Anerkennung eines eigenständigen Aufenthaltsrechts aus Art. 21 AEUV, das von einer vorherigen Ausübung des Freizügigkeitsrechts und damit auch von dem Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs unabhängig ist.³⁹ Je weitreichender und unabsehbarer die Folgen der beiden anderen Alternativen sich darstellten, umso naheliegender musste es für den EuGH erscheinen, sich diesem Hauptvorschlag anzuschließen.

Der EuGH ist allerdings auch diesem Vorschlag nur ein Stück weit, eben für den Kernbestand, entgegen gekommen. Das Urteil stützt sich dabei allein auf Art. 20 AEUV ohne auf Art. 21 AEUV einzugehen und ohne näher zu konkretisieren, welches der Kernbestandsrechte, „die die Unionsbürgerschaft verleiht“, *Diego* und *Jessica Ruiz Moreno* zugunsten ihres Vaters geltend machen konnten. Auch wenn man davon ausgeht, dass es sich letztlich nur um das Aufenthaltsrecht aus Art. 21 AEUV handeln kann und das *McCarthy*-Urteil als Bestätigung dessen versteht,⁴⁰ bleibt doch deutlich, dass der EuGH die Kernbestandsdoktrin als ein eigenständiges Schutz-

³⁰ Grundlegend: EuGH, Urt. v. 18.6.1991 – C-260/89 – ERT; s. kritisch dazu etwa *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 GrCh, Rn. 7-17; die Position des EuGH verteidigend etwa *Vitzthum*, EuR 2011, 550 (558 Fn. 48) mit zahlreichen weiteren Nachw.

³¹ Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 163.

³² Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 172 mit Fn. 150, unter Verweis auf U.S. Supreme Court, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

³³ 14th Am., Section 1, S. 2 („nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law“). Vgl. dazu, auch zu dem Verhältnis zwischen der Doktrin der sog. „Inkorporation“ der Rechte in die Due Process-Clause und dem materiellen Verständnis des Due Process (sog. „substantive due process“), aus jüngerer Zeit vor allem U.S. Supreme Court, *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. ____ (2010), abrufbar unter

<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1521.pdf> (zuletzt abgerufen: 30.3.2012), Justice Alito, slip op., S. 5-9, 11-19 (op. of the Court), 10-11 (plurality op.), wo beides als voneinander isoliert angesehen wird; Justice Stevens, slip op., S. 4 ff. (unter I.); Justice Stevens, diss. op. (slip op., S. 4-13 [unter I.], 27-28 [unter IV.]), wo beides als untrennbar miteinander verknüpft betrachtet wird.

³⁴ Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 173, *Hervorhebung* im Original.

³⁵ Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 175.

³⁶ Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 177.

³⁷ *Ibid.*, *Hervorhebung* des Verf.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Vgl. Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 67-103, bes. 98-101.

⁴⁰ Siehe oben Fn. 16.

konzept ansieht. Nur für diesen Kernbestandsschutz ist geklärt, dass der EuGH von einem grenzüberschreitenden Bezug absieht. Auch bleiben die genaueren Maßstäbe für die Prüfung einer Kernbestandsverletzung einstweilen unklar. Insbesondere ist fraglich, ob der „Kernbestand“ ohne jegliche Beschränkungsmöglichkeit geschützt ist, oder ob eine Rechtfertigung auch hier denkbar bleibt.⁴¹

VII. Fazit und Ausblick: Das Zambrano-Urteil als potentieller Vorbote eines „Rettungsschirms für die Unionsgrundrechte“ – und als künftiges studentisches „Mindestgepäck“

Der Blick auf die Schlussanträge zeigt die grundlegende Bedeutung des Zambrano-Urteils im Schnittfeld verschiedener Debatten. Das Urteil lässt sich als eine kreative Kombination der drei Vorschläge der Generalanwältin lesen. Der EuGH folgt einerseits keinem dieser Vorschläge vollständig, andererseits aber, auf den Kernbestand der Unionsbürgerrechte begrenzt, allen dreien zugleich.

Erstens erkennt der Gerichtshof Kernbestandsrechte an, die von einem grenzüberschreitenden Bezug unabhängig sind. Dazu gehört im Ergebnis auch der Kern eines Aufenthaltsrechts, unabhängig davon, ob dieser auch in Art. 21 oder nur in Art. 20 AEUV verankert ist. Zweitens gilt für diesen Kernbestand im Ergebnis ein Verbot der Inländerdiskriminierung, unabhängig davon, dass dieses der „Hausnummer“ nach nicht in Art. 18, sondern in Art. 20 AEUV zu verorten ist. Und drittens hat sich der EuGH zumindest potentiell die Möglichkeit eröffnet, auch die Unionsgrundrechte, soweit sie mit dem Kernbestand der Unionsbürgerrechte zusammenfallen, auch bei ansonsten rein innerstaatlichen Sachverhalten vor den Mitgliedstaaten selbst zu schützen.

Im Schrifttum wird mit Blick auf den dritten Schritt plastisch von einem „Rettungsschirm für die Grundrechte“⁴² gesprochen, der vom EuGH gegenüber Mitgliedstaaten aktiviert werden könne, welche die Grundrechte ihrer Bürgerinnen und Bürger missachten, wie es etwa derzeit in Ungarn zu beobachten ist. In den Schlussanträgen findet sich insoweit das fiktive Beispiel einer nationalen Regelung, die „den Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit zu religiösen Themen nur denjenigen Personen“ gewährt, „die sich dort 20 Jahre lang ununterbrochen aufgehalten haben“.⁴³

Für die föderale Struktur der Union, also im Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten, bedeutet ein solcher „Rettungsschirm“ freilich eine grundlegende Gewichtsverschiebung: Die unionsrechtlichen Kernbestandsvorgaben entfalten „unitarisierende“ Wirkung und schwächen die Autonomie der Mitgliedstaaten.⁴⁴ Sie greifen unabhängig davon, ob eine sekundärrechtliche Vollharmonisierung vorliegt und

es sich damit um einen Sachbereich handelt, in dem das Bundesverfassungsgericht nach der „Solange-Rechtsprechung“ seine aus deutschen Grundrechten folgenden Verwerfungsbefugnisse⁴⁵ bislang – anders als im Verhältnis zum EGMR⁴⁶ – grundsätzlich nicht ausübt. Auch soweit lediglich an eine Stärkung der nationalen Grundrechte gedacht ist, so etwa von der Generalanwältin im Bereich der *geteilten* (nicht ausschließlichen) Unionszuständigkeit,⁴⁷ ist ein „bloßes Mehr“ an Grundrechtsschutz in den sog. „multipolaren“ Grundrechtsbeziehungen nicht ohne Weiteres umsetzbar. Denn in solchen Beziehungen kann ein Mehr an Grundrechtsschutz für die einen (z.B. „mehr“ Persönlichkeitsschutz für Prominente) zugleich ein Weniger an Grundrechtsschutz für andere (z.B. „weniger“ Pressefreiheit) bedeuten.

Wie auch immer die weitere Entwicklung in dieser zentralen Frage verlaufen wird, eins lässt sich jetzt schon mit Gewissheit sagen: Mit dem Zambrano-Urteil ist die Unionsbürgerschaft zu einem wesentlichen Element des europäischen Mehrebenensystems der Rechte der Einzelnen⁴⁸ geworden. Die Generalanwältin hat also keineswegs übertrieben, als sie feststellte, der Gerichtshof habe „eine Reihe schwieriger und bedeutsamer Entscheidungen zu treffen“,⁴⁹ zu denen sie auch diejenige über die folgende Frage zählte: „Ist die Unionsbürgerschaft lediglich die nichtökonomische Variante derselben generellen Freizügigkeitsrechte, die für wirtschaftlich tätige oder über Eigenmittel verfügende Personen schon seit Langem anerkannt sind? Oder ist unter Unionsbürgerschaft *ein radikaleres Konzept* zu verstehen: ein echter Bürgerstatus mit einheitlichen Rechten und Pflichten in einer Union des Rechts, zu deren Wesensmerkmalen zwangsläufig die Achtung der Grundrechte gehört?“⁵⁰

Der EuGH bejahte jedenfalls für den Kernbestand der Unionsbürgerrechte eindeutig letzteres. Er bestätigte insoweit die Einschätzung seiner Generalanwältin, welche die Feststellung des Gerichtshofs, dass die Unionsbürgerschaft dazu bestimmt sei, „der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“,⁵¹ für „potenziell ähnlich bedeutsam“ hielt, wie die „wegweisende Aussage im Urteil Van Gend en Loos, dass ‚die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten [...] ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine

⁴¹ Vgl. für letzteres eintretend etwa *Nettesheim*, JZ 2011, 1030 (1034 f.). Die Generalanwältin hatte eine ausführliche Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen (vgl. Schlussanträge Sharpston [Fn. 5], Rn. 104-122) während der EuGH in dem Urteil keinerlei Rechtfertigungsprüfung durchgeführt hat.

⁴² Vgl. v. *Bogdandy u.a.*, ZaöRV 2012, 45.

⁴³ Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 84.

⁴⁴ Siehe oben bei Fn. 32 ff.

⁴⁵ Zur Deutung der Solange-Rechtsprechung als lediglich auf die Verwerfungsbefugnis und nicht schon auf die Prüfungsprüfungsbezug: *Bäcker*, EuR 2011, 103.

⁴⁶ Vgl. dazu etwa *Hong*, EuGRZ 2011, 214.

⁴⁷ Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 168.

⁴⁸ Vgl. zu diesem Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 2012.

⁴⁹ Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 2.

⁵⁰ Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 3, *Hervorhebung des Verf.*

⁵¹ St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 20.9.2001 – C-184/99 – *Grzelczyk* = Slg. 2001, I-6193, Rn. 31.

Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind“⁵².

Das Zambrano-Urteil gehört deshalb künftig zum studentischen „Mindestgepäck“ nicht nur für das Europarecht, sondern für das Öffentliche Recht insgesamt.

Dr. Mathias Hong, Freiburg i.Br.

⁵² Schlussanträge Sharpston (Fn. 5), Rn. 68, unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – 26/62 – Van Gend en Loos = Slg. 1963, 3 (25).

Entscheidungsbesprechung

Zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme (§ 331 Abs. 1 StGB) bei der unmittelbaren Zuwendung eines Vorteils an Dritte

StGB § 331 Abs. 1

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.4.2010 – 2 (7) Ss 173/09-AK (LG Offenburg)¹

I. Einführung

Ein Amtsträger, der für die Dienstaussübung einen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, macht sich nach § 331 Abs. 1 StGB wegen Vorteilsannahme strafbar. Die Auslegung dieses Tatbestandes bereitet der Praxis mitunter erhebliche Schwierigkeiten. So müssen sich die Gerichte immer wieder mit der Frage des strafrechtlichen Amtsträgersbegriffs auseinandersetzen, von dem der Kreis der potentiellen Täter abhängt. Die Legaldefinition in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB trägt zur Konturierung nur wenig bei. Dass Beamte und Richter Amtsträger sind, würde auch ohne diese Regelung gewiss niemand in Zweifel ziehen. Im Übrigen kommt es darauf an, ob eine Person „in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB) oder zumindest „dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB). Die Kriterien, von denen die Beurteilung der Amtsträgereigenschaft nach der zuletzt genannten Variante abhängt, sind in hohem Maße ausfüllungsbedürftig.² So bedurfte es einer Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs, um zu klären, ob kommunale Mandatsträger Amtsträger sind. Der 5. Strafsenat hat dies verneint, soweit sie nicht mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut sind, die über ihre Mandatsausübung hinausgehen.³ Die Mitglieder der kommunalen Gemeindevertretungen sind deshalb, anders als die Bürgermeister, keine Amtsträger.

Darüber hinaus tut sich die Rechtsprechung angesichts der gegenwärtigen Gesetzesfassung schwer damit, für die Feststellung der seit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz v. 13.8.1997⁴ nur noch in gelockerter Form erforderlichen Un-

rechtsvereinbarung⁵ greifbare Kriterien zu entwickeln. Während eine strafbare Vorteilsannahme früher voraussetzte, dass der Amtsträger den Vorteil als Gegenleistung für eine (bestimmbare) vergangene oder zukünftige Diensthandlung forderte, sich versprechen ließ oder annahm,⁶ reicht es nach gegenwärtigem Recht, wenn er dies für die Dienstaussübung tut. Zwar muss der Vorteil nach allgemeiner Einschätzung immer noch die Gegenleistung dienstlichen Verhaltens sein.⁷ Doch reicht es – entsprechend der rechtspolitischen Intention des Korruptionsbekämpfungsgesetzes von 1997 – aus, wenn er das Äquivalent für das allgemeine Wohlbefinden des Amtsträgers bei nicht näher konkretisierbaren künftigen Amtshandlungen darstellt.⁸ Solches lässt sich angesichts der dem Tatbestand eigenen „Unschärfe im Randbereich“⁹ schnell vermuten. Ob ein Vorteil i.S.d. § 331 Abs. 1 StGB für die Dienstaussübung angenommen wird, ist damit – wie auch der Bundesgerichtshof einräumt¹⁰ – weitgehend eine Frage der tatrichterlichen Beweiswürdigung.

Dabei ist es eine gesellschaftlich verbreitete Fehlvorstellung, dass der Tatbestand der Vorteilsannahme zusätzlich ein eigennütziges Verhalten des Amtsträgers voraussetze.¹¹ Die Voraussetzungen des § 331 Abs. 1 StGB gegenwärtiger Fassung sind (jedenfalls nach ihrem Wortlaut) auch erfüllt, wenn der Amtsträger den Vorteil für einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. In der Konsequenz dieser ebenfalls auf das Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 zurückgehenden Wertung können auch gemeinnützige Spenden den Verdacht einer strafbaren Vorteilsannahme und -gewährung auslösen, soweit die Vermutung naheliegt, dass sie aus der Perspektive des Gebers nicht ausschließlich altruistischer Motivation entspringen.¹² Ein entsprechender Sachverhalt lag der Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 27.4.2010 zugrunde. Der Fall ist didaktisch nicht zuletzt deshalb interessant, weil er deutlich macht, dass die Konzentration der

Stein, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 129. Lfg., Stand: September 2011, § 331 Rn. 3 f.

⁵ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 331 Rn. 22.

⁶ Korte, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 331 Rn. 81.

⁷ BGHSt 53, 6 (14 Rn. 30); Kuhlen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 331 Rn. 77 f.; Stein (Fn. 4), § 331 Rn. 27.

⁸ BGHSt 49, 275 (281); 53, 6 (14 Rn. 27) zu § 333 StGB; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 331 Rn. 10a; Rosenau, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 331 Rn. 29.

⁹ Fischer (Fn. 5), § 331 Rn. 24a.

¹⁰ BGHSt 53, 6 (14 Rn. 34) zu § 333 StGB.

¹¹ Eine andere Frage ist, ob der Straftatbestand auch in seiner Neufassung weiterhin auf die Bestrafung eines eigennütziges Amtsträgers abzielt, so Korte (Fn. 6), § 331 Rn. 39.

¹² Siehe dazu die Beispiele bei Winkelbauer/Felsinger, in: Winkelbauer/Felsinger/Dannecker (Hrsg.), Gemeinnützig oder strafbar?, 2003, S. 9.

¹ Veröffentlicht in NSTz 2011, 164.

² Wann den Mitarbeitern privater Unternehmen und Selbständigen aufgrund der besonderen Art ihrer Tätigkeit und ihrer Verbindung zur öffentlichen Hand der Status des Amtsträgers zukommt, ist deshalb nicht selten eine schwer zu beurteilende Rechtsfrage; siehe dazu beispielhaft den knappen Überblick bei Bannenberg, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 331 Rn. 10 f.

³ BGHSt 51, 44.

⁴ Dazu Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 331 Rn. 1b; Sowada, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2008, Vor § 331 Rn. 23;

gegenwärtigen Diskussion auf die Amtsträgereigenschaft und die Unrechtsvereinbarung dazu verleiten kann, die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit aus dem Blick zu verlieren. Dabei wird es gerade in den Fällen fremdnütziger Spenden häufig schon an einer Tathandlung des Amtsträgers fehlen.¹³

II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Als hauptamtlicher Bürgermeister unterzeichnete der Angeklagte am 3.4.2001 eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Gemeinde E und der F (einem Unternehmen), die Letzterer das Recht zur Nutzung des Wegenetzes der Gemeinde für Versorgungsleitungen einräumte. Ermöglicht wurde der Vertragsschluss durch den einstimmigen Beschluss des Gemeinderates vom 7.8.2000.¹⁴ Kurz vor der Unterzeichnung des Vertrages teilte die F dem Angeklagten schriftlich mit, sie wolle der Gemeinde, wie auch anderenorts üblich, aus Anlass des Vertragsschlusses eine Spende in Höhe von 2898 DM für einen kulturellen Zweck zukommen lassen, und bat den Angeklagten, geeignete Spendenempfänger zu benennen. Dabei behielt sie sich eine Ablehnung des Vorschlags vor. Da das Schreiben den Angeklagten nicht erreichte, wandte sich die F am 7.11.2001 nochmals schriftlich an ihn, wobei sie darauf hinwies, die Spende würde verfallen, falls er bis zum 5.12.2001 keine (möglichen) Empfänger benenne. Mit Schreiben vom 4.12.2001 benannte der Angeklagte den örtlichen Fußballverein als möglichen Empfänger der Spende, an den diese in der Folgezeit auch tatsächlich ausbezahlt wurde. Amts- und Landgericht haben das Verhalten des Angeklagten als strafbare Vorteilsannahme gewertet. Seine auf die Sachrüge gestützte Revision führte zur Aufhebung der landgerichtlichen Verurteilung.¹⁵

III. Rechtliche Würdigung

Eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme setzte voraus, dass der Angeklagte als Amtsträger für die Dienstaussübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten gefordert, sich versprechen lassen oder angenommen hat, § 331 Abs. 1 StGB.

1. Amtsträgereigenschaft

Der Angeklagte war als hauptamtlicher Bürgermeister nach den auch im Tatzeitraum geltenden Regeln der baden-württembergischen Kommunalverfassung Beamter auf Zeit (§ 42 Abs. 1 GO BW). Seine Amtsträgereigenschaft ergab sich infolgedessen aus § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB.¹⁶

2. Vorteil

Darüber hinaus ist die Spende ein Vorteil i.S.d. § 331 Abs. 1 StGB. Darunter versteht man jede materielle (und unter der Voraussetzung der Messbarkeit nach überwiegender Ansicht

auch jede immaterielle) Besserstellung, auf die der Amtsträger oder der begünstigte Dritte keinen rechtlichen Anspruch hat.¹⁷ Dass die Spende für den Angeklagten selbst in irgendeiner Weise (messbar) vorteilhaft war, ergibt sich jedenfalls aus dem in der Entscheidung des OLG Karlsruhe mitgeteilten Sachverhalt nicht. Sie stellte aber einen materiellen Vorteil für den örtlichen Fußballverein dar, auf den dieser keinen Anspruch hatte. Von der Warte des Angeklagten handelte es sich damit um einen Dritt Vorteil, auf den sich die Tathandlungen des § 331 Abs. 1 StGB seit der Reform durch das Korruptionsgesetz von 1997 nach ganz überwiegender Auffassung auch ohne mittelbare Besserstellung des Amtsträgers beziehen können.¹⁸

Soweit hingegen auch für das gegenwärtige Recht noch angenommen wird, der Dritt Vorteil müsse für den Amtsträger zumindest einen mittelbaren Nutzen haben,¹⁹ hat dies im Gesetz keinen Niederschlag gefunden. Auch die Entstehungsgeschichte spricht dagegen: Mit der Einbeziehung von Dritt Vorteilen wollte der Gesetzgeber Beweisschwierigkeiten beseitigen, die nach der alten Gesetzesfassung typischerweise auftraten, wenn lediglich ein mittelbarer Eigenvorteil des Amtsträgers in Betracht kam.²⁰ Diese Beweisschwierigkeiten lassen sich nur vermeiden, wenn man auf die Voraussetzung der Besserstellung des Amtsträgers verzichtet und infolgedessen – entgegen gesellschaftlichem Vorverständnis – auch die altruistisch motivierte Annahme von Dritt Vorteilen als tatbestandsmäßiges Verhalten bewertet. Die Einbeziehung rein altruistischen Verhaltens ist infolgedessen die notwendige (wenngleich möglicherweise unerwünschte) Kehrseite der vollständigen Erfassung mittelbar eigennützigen Verhaltens.

3. Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen des Vorteils für die Dienstaussübung

Die Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Vorteilsannahme hängt bei dieser Sachlage entscheidend davon ab, ob der angeklagte Bürgermeister den Dritt Vorteil durch die Benennung des örtlichen Fußballvereins (als Gegenleistung) für seine Dienstaussübung gefordert, sich versprechen lassen oder, wie das Landgericht meinte, angenommen hat. Nur mit

¹³ Korte (Fn. 6), § 331 Rn. 39.

¹⁴ OLG Karlsruhe NSTZ 2011, 164 (165).

¹⁵ OLG Karlsruhe NSTZ 2011, 164.

¹⁶ Dem entgegen verweisen die veröffentlichten Entscheidungsgründe auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB, der allerdings nur subsidiär in Betracht käme.

¹⁷ Trüg, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 1.1.2011, § 331 Rn. 17 m.w.N.

¹⁸ Heine (Fn. 4), § 331 Rn. 20; Lackner/Kühl (Fn. 8), § 331 Rn. 6; Korte (Fn. 6), § 331 Rn. 79; Kuhlen (Fn. 7), § 331 Rn. 45; Rosenau (Fn. 8), § 331 Rn. 20; Stein (Fn. 4), § 331 Rn. 23; Trüg (Fn. 17), § 331 Rn. 20.

¹⁹ Wentzell, Zur Tatbestandsproblematik der §§ 331, 332 StGB, 2004, S. 106, 170, die den Begriff des Dritten i.S.d. §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB – nicht aber i.S.d. §§ 332 Abs. 1, 334 Abs. 1 StGB (a.a.O., S. 170) – restriktiv auslegen will und auf diesem Wege eine mittelbare Besserstellung des Amtsträgers verlangt; im Ergebnis ebenso (ohne Erörterung der §§ 332 Abs. 1, 334 Abs. 1 StGB) Winkelbauer/Felsinger (Fn. 12), S. 9 (S. 18); vgl. zu weiteren Einschränkungsvorhaben Stein (Fn. 4), § 331 Rn. 23a m.w.N. und treffender Ablehnung.

²⁰ BT-Drs. 13/3353, S. 11.

diesen Voraussetzungen der Strafbarkeit setzt sich das OLG Karlsruhe auseinander. Dabei sollte die Prüfung, auch in einer Klausur, regelmäßig in zwei Schritten erfolgen. Der Amtsträger muss den Vorteil nach § 331 Abs. 1 StGB zunächst überhaupt gefordert, sich versprochen lassen oder angenommen haben. Erst wenn eine dieser Voraussetzungen bejaht werden kann, kommt es darauf an, ob dies (als Gegenleistung) für die Dienstausbübung geschah und somit die Voraussetzungen der Unrechtsvereinbarung (oder im Fall des Forderns: des Angebots auf Abschluss einer Unrechtsvereinbarung) vorlagen. Beide, nicht stets sauber getrennten, Tatbestandsvoraussetzungen sind nur insoweit aufeinander bezogen, als die (beim Fordern einseitige, ansonsten vereinbarte) Zweckbestimmung des Vorteils notwendig die Verwirklichung einer Tathandlung voraussetzt. Umgekehrt ist es aber ohne Weiteres denkbar, dass der Amtsträger einen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, ohne dass dies für die Dienstausbübung erfolgt.

a) Fordern oder Sichversprechenlassen

Die Benennung eines potentiellen Spendenempfängers kann, jedenfalls wenn sie auf die Bitte des potentiellen Spenders erfolgt, auch konkludent nicht als einseitiges Verlangen des Vorteils²¹ verstanden werden. Das Ergebnis erschien offenbar auch dem erkennenden *Senat* des OLG Karlsruhe so selbstverständlich, dass er es nicht weiter für begründungsbedürftig erachtete.²² Erwogen hat er hingegen, ob sich der Angeklagte den Vorteil durch sein Verhalten hat versprechen lassen. Die Verwirklichung dieser Tatvariante sei aber „von den bisherigen tatrichterlichen Feststellungen nicht zweifelsfrei getragen“, weil sich die F vorbehalten habe, „den vorgeschlagenen Spendenempfänger auch abzulehnen, so dass die Verbindlichkeit des Spendenangebots im Sinne eines ‚Versprechens‘ fraglich erscheint.“²³ Für den – hier nicht festgestellten – Fall eines verbindlichen Angebots hätte der *Senat* offenbar keine Bedenken gehabt, diese Handlungsvariante zu bejahen.²⁴ Das ist zweifelhaft. Der Amtsträger lässt sich einen Vorteil nur versprechen, wenn er das verbindliche Angebot auch annimmt.²⁵ Allein die Benennung eines potentiellen Spendenempfängers dürfte dafür nicht ausreichen. Vielmehr ist zusätzlich zu verlangen, dass in der Erklärung des Amtsträgers – sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend – die Erwartung einer nunmehr bestehenden (faktischen) Verpflichtung zur Leistung der Spende zum Ausdruck kommt. Ob dies der Fall ist, hängt freilich in hohem Maße von den Gesamtumständen des Einzelfalles ab, die sich allein auf der Grundlage des in der Entscheidung mitgeteilten Sachverhaltes nicht verlässlich beurteilen lassen.

²¹ Zum Begriff des Forderns *Rosenau* (Fn. 8), § 331 Rn. 22.

²² A.A. *Oğlakcioğlu*, HRRS 2011, 275 (279).

²³ OLG Karlsruhe NSTz 2011, 164; *Hervorhebung* durch den Verf.

²⁴ Zustimmend *Oğlakcioğlu*, HRRS 2011, 275 (276 f.).

²⁵ Vgl. BGHSt 49, 275 (282).

b) Annehmen

Ungeachtet dieser Frage stellte sich angesichts der vorangegangenen Überlegungen das Problem, ob der Amtsträger einen Vorteil, der unmittelbar einem Dritten zugewendet wird, annehmen kann. Die besondere Problematik des zugrunde liegenden Sachverhalts bestand darin, dass der Amtsträger zu keinem Zeitpunkt die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Vorteil erlangt hatte. Wenn Annehmen das Empfangen des Vorteils voraussetzen sollte, käme eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme nicht in Betracht. Diesem in der Literatur vorwiegend vertretenen Standpunkt²⁶ steht die Ansicht gegenüber, es müsse ausreichen, wenn der Vorteil im Einverständnis mit dem Amtsträger an den Dritten gelange. Soweit dies ohne aktuelles Wissen des Amtsträgers erfolge, sei dessen spätere Kenntnisnahme und Billigung erforderlich.²⁷ Während die Vorinstanz eine Annahme des Vorteils durch den Angeklagten (offenbar ohne nähere Begründung) bejaht hat, meint das OLG Karlsruhe, dass die tatsächlichen Feststellungen diese rechtliche Bewertung nicht tragen.²⁸ Dabei lässt der *Senat* offen, unter welchen Voraussetzungen die Annahme eines Dritt Vorteils seiner Einschätzung nach bejaht werden kann. Wörtlich heißt es in der Entscheidung:

„Im Falle der Drittzugewendung ist bereits zweifelhaft, ob die Tatbestandsvariante des Annehmens überhaupt in Frage kommt, wenn der Dritte den Vorteil behalten soll [...], oder ob dies mit dem Wortlaut ‚annimmt‘ nicht mehr zu vereinbaren ist. Jedenfalls erfordert die Annahme eines Vorteils in dieser Konstellation *zumindest Kenntnis und Einverständnis des Amtsträgers mit der tatsächlichen Vorteilsgewährung an den Dritten*. Auch wenn es hier unter Berücksichtigung des nahen zeitlichen Zusammenhangs nicht fern liegt, dass der Angekl. als Bürgermeister einer kleinen Gemeinde von der Auszahlung der Spende an den örtlichen Fußballverein erfahren hat, ist vorliegend gleichwohl nicht festgestellt, dass der Angekl. davon Kenntnis erlangt hat, dass die F. die Spende tatsächlich im Dezember 2001 an den von ihm vorgeschlagenen FC E. ausgezahlt habe.“²⁹

Überzeugend ist das nicht. Der Angeklagte hat spätestens im Zuge des Ermittlungsverfahrens Kenntnis von der Auszahlung erlangt, sodass er – wenn dies allein entscheidend sein sollte, und es zugleich auf eine Kenntnis vor oder beim

²⁶ In diesem Sinne ausdrücklich *Korte* (Fn. 6), § 331 Rn. 56, 58; *Kuhlen* (Fn. 7), § 331 Rn. 25; *Trüg* (Fn. 17), § 331 Rn. 23; *Stein* (Fn. 4), § 331 Rn. 26; *Winkelbauer/Felsinger* (Fn. 12), S. 9 (S. 16); ebenso wohl *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 331 Rn. 7 und *Rosenau* (Fn. 8), § 331 Rn. 25, beide allerdings ohne ausdrückliche Erörterung der vorliegenden Fallgestaltung; offengelassen bei *Sowada* (Fn. 4), § 331 Rn. 29.

²⁷ *Fischer* (Fn. 5), § 331 Rn. 20 i.V.m. Rn. 16; *Heine* (Fn. 4), § 331 Rn. 20c; LG Wuppertal NJW 2003, 1405; in diesem Sinne auch der 3. *Strafsenat* in BGHSt 49, 275 (298), obwohl er in dem zugrunde liegenden Fall lediglich auf das Sichversprechenlassen des Vorteils abgestellt hat, siehe BGHSt 49, 275 (282).

²⁸ OLG Karlsruhe NSTz 2011, 164.

²⁹ OLG Karlsruhe NSTz 2011, 164; *Hervorhebungen* durch den Verf.

Auszahlungsvorgang nicht ankommen kann – jedenfalls in diesem Zeitpunkt den Vorteil angenommen haben müsste. Die fehlende Feststellung späterer Kenntnis kann für sich genommen deshalb kein Anlass sein, die Voraussetzungen der Annahme des unmittelbar dem Fußballverein gewährten Vorteils zu verneinen. Ebenso wenig können fehlende Feststellungen zu dem vom *Senat* ebenfalls verlangten Einverständnis mit der Vorteilsgewährung dessen Rechtsansicht tragen. Es ist angesichts der getroffenen Feststellungen selbstverständlich, dass er mit der Spende, die er doch selbst vorgeschlagen hatte, einverstanden war.

Angesichts dieser Überlegungen ist es naheliegend, dass der entscheidende Gesichtspunkt ein anderer sein muss. Insofern wird auch nicht behauptet, dass Kenntnis und Einverständnis des Amtsträgers mit der tatsächlichen Vorteilsgewährung nach der weitergehenden Auffassung bereits hinreichende Momente für die Tatbestandsverwirklichung darstellten. Vielmehr betont der *Senat* nur, dass zumindest diese Voraussetzungen vorliegen müssten. Dass allein das Einverständnis mit der Vorteilsgewährung an den Dritten und deren spätere Kenntnisnahme nicht genügen können, zeigt aber gerade der hier zu beurteilende Fall: Das Einverständnis mit der Spende begründet noch keinen Vorwurf, da sich der Angeklagte diesen Dritt Vorteil nicht hat versprechen lassen. Im Zeitpunkt der späteren Kenntnisnahme kann er die Zuwendung nicht mehr verhindern, sodass die Annahme schicksalhaft über ihn käme. Soweit zusätzlich die nachträgliche Billigung erforderlich sein soll, mag sie – soweit überhaupt prozessual feststellbar³⁰ – eine rechtlich problematische Gesinnung belegen. Einen strafbaren Vorwurf kann sie nicht begründen. Es fehlt damit an einem hinreichenden Grund, dem Amtsträger die Zuwendung an den Dritten zuzurechnen.

Ein solcher könnte allerdings in einer vorhergehenden Vereinbarung zwischen ihm und dem Geber bestehen.³¹ Dafür reicht es aber nicht, dass er mit der Zuwendung an den Dritten einverstanden war. Vielmehr müssen ihm der Vorteil und seine Zuwendung an den Dritten zuvor versprochen worden sein und er muss dieses verbindliche Angebot auch angenommen haben. Eine entsprechende Konstellation lag der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Frage der Vorteilsannahme durch Einwerbung von Wahlkampfspenden zugrunde, in welcher der 3. *Strafsenat* obiter dictu von der Möglichkeit der Annahme eines dem Dritten unmittelbar gewährten Vorteils ausging.³² In diesen Fällen erfolgt mit der Gewährung des Vorteils die Erfüllung der zuvor getroffenen Vereinbarung, weshalb es prima facie denkbar erscheint, dem Amtsträger diese auch zuzurechnen.

Der Sinn einer solchen Zurechnung ist allerdings gerade deshalb fraglich, weil sie notwendig ein ebenfalls tatbestand-

liches Sichversprechenlassen voraussetzt. Soweit das Annehmen gegenüber dem Sichversprechenlassen als schwerer wiegender Fall der Vorteilsannahme zu beurteilen sein mag, trifft dies jedenfalls für diese Konstellation nicht zu. Der Amtsträger muss – anders als in den sonstigen Fällen des Annehmens – keine erneute, das Unrecht vertiefende Entscheidung treffen. Er wird nicht vor die Wahl gestellt, den Vorteil im Zeitpunkt seiner Gewährung anzunehmen oder abzulehnen.

Darüber hinaus lässt sich auch nicht begründen, warum es für die Zurechnung der Zuwendung bei dieser Sichtweise überhaupt der nachträglichen Kenntnisnahme durch den Amtsträger bedarf. Besteht der Grund der Zurechnung in dem vorhergehenden Sichversprechenlassen, dann müsste es für den Vorsatz nach allgemeinen Regeln ausreichen, wenn er in diesem Zeitpunkt und damit bei Begehung der Tat i.S.d. §§ 16 Abs. 1, 8 StGB vorlag. Folgerichtig will *Oğlakcioğlu* auf das Erfordernis nachträglicher Kenntnisnahme und Billigung verzichten und für die Annahme des dem Dritten gewährten Vorteils statt dessen ausreichen lassen, dass der Amtsträger von einer faktischen Verfügungsmöglichkeit über den Vorteil Gebrauch macht.³³ Würde man dafür, was der Begriff nahelegt, die tatsächliche und nicht mehr von dem Willen des Gebers abhängige Verfügungsmacht voraussetzen, müsste der Amtsträger den Vorteil allerdings doch wieder entsprechend den Grundsätzen der vorherrschenden Auffassung selbst empfangen haben. Verlangt man weniger, ist nicht ersichtlich, wie sich die Ausübung der tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit vom Sichversprechenlassen unterscheidet. So will *Oğlakcioğlu* eine Annahme des Vorteils im konkreten Fall denn auch für den – nicht festgestellten – Fall bejahen, dass der Geber seine Offerte als verbindlich angesehen hat.³⁴ Im Ergebnis wird damit die faktische Bindung durch die Vereinbarung mit einer faktischen Verfügungsmöglichkeit gleichgesetzt. Das Sichversprechenlassen des Vorteils begründete zugleich seine Annahme. Dass der Amtsträger sich den Vorteil nicht nur versprechen lassen, sondern ihn auch angenommen hat, könnte dann aber – entgegen der Einschätzung *Oğlakcioğlu*'s³⁵ – noch nicht einmal für die Strafzumessung relevant sein.

Es spricht deshalb viel dafür, im Fall der unmittelbaren Zuwendung des Vorteils an den (ausschließlich) begünstigten Dritten eine Annahme durch den Amtsträger für unmöglich zu halten. Eine andere Beurteilung mag sachgerecht erscheinen, wenn der dem Dritten gewährte Vorteil zugleich mittelbar den Amtsträger begünstigt.³⁶ Für eine dann in Betracht kommende Annahme des mittelbaren Eigenvorteils durch Unterlassen müsste aber hinzukommen, dass es der Amtsträger in der Hand hat, seine mittelbare Besserstellung unabhän-

³⁰ Kritisch *Winkelbauer/Felsinger* (Fn. 12), S. 9 (S. 33).

³¹ Als Zurechnungsgrund kommt grundsätzlich auch das im vorliegenden Fall fernliegende (und deshalb nicht weiter berücksichtigte) Fordern des Vorteils in Betracht.

³² BGHSt 49, 275 (298); tragend sind allerdings nur die Ausführungen zum Gewähren i.S.d. § 333 Abs. 1 StGB. Dem entgegen hatte die Vorinstanz auch im konkreten Fall die Annahme bejaht, siehe LG Wuppertal NJW 2003, 1405.

³³ *Oğlakcioğlu*, HRRS 2011, 275 (278 f.).

³⁴ „Bezogen auf den Fall bleibt es allerdings beim gleichen Ergebnis, da der Täter – soweit man die tatrichterlich festgestellte ‚Unverbindlichkeit‘ ernst nimmt – gerade nicht davon ausgehen durfte, dass er bereits Verfügungsmacht über den Vorteil hat.“ (*Oğlakcioğlu*, HRRS 2011, 275 [278 f.]).

³⁵ *Oğlakcioğlu*, HRRS 2011, 275 (279).

³⁶ Vgl. *Sowada* (Fn. 4), § 331 Rn. 29.

gig von der Annahme des Vorteils durch den Dritten abzulehnen.³⁷ Für die Beurteilung des konkreten Falles ist diese Konstellation ohne Bedeutung. Der Entscheidung des OLG Karlsruhe ist jedenfalls im Ergebnis beizupflichten. Der angeklagte Bürgermeister hat keinen Vorteil angenommen, wobei es – entgegen der Einschätzung des Gerichts – nicht entscheidend darauf ankommt, dass es das Landgericht versäumt hat, die Kenntnisnahme von der Zuwendung festzustellen.

c) Für die Dienstaussübung

Das OLG Karlsruhe sieht sich zur Aufhebung der Verurteilung noch aus einem weiteren Grund veranlasst. Die Feststellung, dass die Spende für die Dienstaussübung des Angeklagten gewährt wurde, beruht nach seiner Auffassung auf einer lückenhaften Beweiswürdigung. Soweit die Kammer davon ausgegangen sei, der gewährte Vorteil knüpfe an die im Zeitpunkt des ersten Schreibens noch bevorstehende Unterzeichnung des Vertrages an, habe sie nicht erwogen, ob statt dessen als Bezugspunkt des Spendenangebots auch der einstimmige Beschluss des Rates in Betracht komme. Zur rechtlichen Bewertung dieser Möglichkeit heißt es in dem Beschluss lakonisch, es handele sich um eine „Geschehensalternative, bei deren Vorliegen der Angekl. straflos sein könnte.“³⁸

Da der Angeklagte als Bürgermeister nach den Regeln der baden-württembergischen Kommunalverfassung bei Beschlüssen des Rates kraft seines Amtes Stimmrecht hat (§ 37 Abs. 6 S. 3 GO BW), ist es zunächst naheliegend, davon auszugehen, dass auch er an dem Beschluss mitgewirkt hat. Dies vorausgesetzt, wäre die Spende bei der vom Senat erwogenen Geschehensalternative prima facie auch eine Belohnung für seine darin liegende Dienstaussübung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll der Vorteil aber nur dann das Äquivalent der Dienstaussübung sein, wenn er seinen Grund nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Übereinkunft der Beteiligten gerade in der Dienstaussübung des Amtsträgers hat.³⁹ Man kann das als Hinweis darauf verstehen, dass die Dienstaussübung zumindest ein wichtiges und nicht bloß untergeordnetes Motiv für die Gewährung des Vorteils sein muss. Bei dieser Sichtweise ist die Feststellung einer Unrechtsvereinbarung in der vom OLG Karlsruhe erwogenen Geschehensalternative fernliegend, weil der Anknüpfungspunkt für die Spende dann jedenfalls primär die Entscheidung der Gemeindevertretung als Ganzes war.

Darüber hinaus lässt sich erwägen, ob die Ausübung des Stimmrechts im Gemeinderat für den Bürgermeister überhaupt zu dessen Dienstaussübung i.S.d. § 331 Abs. 1 StGB gehört. Zwar ist das – nicht in allen Bundesländern vorgesehene – Stimmrecht nach der baden-württembergischen Kommunalverfassung Folge seiner Stellung als Bürgermeister, die ihrerseits seinen Status als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2

lit. a StGB begründet. Nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint es jedoch, die Ausübung dieses Rechts nicht als Amts-, sondern als Mandatsausübung zu bewerten. Bei der Ausübung seines Stimmrechts würde er dadurch den anderen Mitgliedern des Gemeinderats gleichgestellt. Eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme scheidet in der vom Senat erwogenen Geschehensalternative aus, weil die Spende nicht als Dankeschön für seine Dienstaussübung i.S.d. § 331 Abs. 1 StGB verstanden werden könnte. Stattdessen wäre seine Strafbarkeit – wie die aller anderen Ratsmitglieder – insoweit nach § 108e StGB zu beurteilen. Die Belohnung eines vergangenen Stimmverhaltens ist unter dem Gesichtspunkt der auch auf kommunale Mandatsträger anwendbaren Abgeordnetenbestechung aber gerade nicht als tatbestandliches Unrecht erfasst.

IV. Fazit

Im Ergebnis hat das OLG Karlsruhe die Verurteilung des angeklagten Bürgermeisters zu Recht aufgehoben. Der vom Landgericht festgestellte Sachverhalt rechtfertigt nicht die Annahme, er habe die Spende als Vorteil für seine Dienstaussübung angenommen. Dies begründet einen klassischen Fall der Verletzung des sachlichen Rechts, da die Subsumtion der Vorinstanz fehlerhaft war. Darüber hinaus hat es das Landgericht versäumt, sich mit der nach den Feststellungen nicht fernliegenden Möglichkeit auseinanderzusetzen, dass der Vorteil nicht durch die Unterzeichnung des Vertrages, sondern durch den vorhergehenden Ratsbeschluss veranlasst war. Sein Urteil beruht in diesem Punkt auf einer lückenhaften Beweiswürdigung, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁴⁰ ebenfalls als Verletzung des sachlichen Rechts gerügt werden kann. Dass sich die Tatgerichte im Rahmen ihrer Beweiswürdigung zur Frage der Unrechtsvereinbarung stets auch mit anderen „behaupteten oder sonst in Betracht kommenden“ Zielsetzungen der Vorteilszuwendung auseinandersetzen müssen, entspricht den Leitlinien, die der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zum Tatbestand der Vorteilsgewährung (§ 333 Abs. 1 StGB) entwickelt hat.⁴¹

Eine Klärung des fallrelevanten Auslegungsproblems fördert die Entscheidung allerdings nicht. So bleibt im Ergebnis offen, ob es für den Amtsträger überhaupt – und bejahendfalls unter welchen Voraussetzungen – möglich ist, einen Vorteil anzunehmen, der unmittelbar einem Dritten zugewandt wird. Höchstrichterlich ist diese Frage noch nicht geklärt. Soweit der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in seiner ersten Entscheidung zur Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme durch Einwerbung von Wahlkampfspenden davon ausgegangen ist, der einem Dritten ohne aktuelle Kenntnis des Amtsträgers gewährte Vorteil könne von diesem bei nachträglicher Kenntnisnahme und Billigung angenommen werden,⁴² war dies ohne Bedeutung für die Lösung des zugrunde liegenden Falles. Der Bundesgerichtshof hat das Verhalten des Amts-

³⁷ Winkelbauer/Felsinger (Fn. 12), S. 9 (S. 33).

³⁸ OLG Karlsruhe NStZ 2011, 164 (165); *Hervorhebung* durch den Verf.

³⁹ BGHSt 53, 6 (16 Rn. 30) zu § 333 StGB; BGH NJW 2005, 3011 (3012).

⁴⁰ Grundlegend und lesenswert BGHSt 14, 162.

⁴¹ BGHSt 53, 6 (16 Rn. 32).

⁴² BGHSt 49, 275 (298), *Hervorhebung* durch den Verf.; ebenso im Ergebnis bereits LG Wuppertal NJW 2003, 1405 (1407).

trägers in derselben Entscheidung deshalb auch ohne nähere Darlegung lediglich unter dem Gesichtspunkt des Sichversprechenlassens gewürdigt.⁴³ Die Entscheidung betraf ferner einen Fall, in dem der Dritt Vorteil zugleich eine mittelbare Besserstellung begründete,⁴⁴ die unabhängig von der Besserstellung des Dritten vom Amtsträger hätte abgelehnt werden können. Angesichts der möglichen Bedeutung dieses Problemkreises für die Entscheidung des konkreten Falles erstaunt es, dass sich das OLG Karlsruhe im Ergebnis damit begnügt hat, die Verurteilung wegen unzureichender Feststellungen aufzuheben, ohne darauf einzugehen, unter welchen Voraussetzungen eine Annahme i.S.d. § 331 Abs. 1 StGB für Konstellationen der vorliegenden Art nach seiner Einschätzung in Betracht kommt.

Für Studenten bietet die Entscheidung deshalb eine willkommene Möglichkeit, jenseits ausgetretener Pfade über die richtige Lösung nachzudenken. Für das Gericht, das sich nach der Aufhebung des Urteils mit dem Fall befassen muss, ist sie unbefriedigend, weil die Zurückhaltung des Revisionsgerichts das Risiko einer neuerlichen Aufhebung erhöht. Dazu konnte es im konkreten Fall freilich nicht mehr kommen. Die für die Neuverhandlung zuständige Kammer des Landgerichts Offenburg hat das Verfahren am 11.8.2011 mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft nach § 153 StPO eingestellt.⁴⁵ Bei der Lektüre der Entscheidung beschleichen einen allerdings Zweifel, ob angesichts des mitgeteilten Sachverhalts überhaupt jemals die Annahme hinreichenden Tatverdachts gerechtfertigt war – auch wenn das OLG Karlsruhe der Revision des Angeklagten ausdrücklich nur „vorläufigen“⁴⁶ Erfolg beschieden hat.

Prof. Dr. Mark Deiters, Münster

⁴³ BGHSt 49, 275 (282): „ob und in welcher Weise er [der Angeklagte] diese Vorteile auch angenommen hat, bedarf [...] deshalb keiner Erörterung.“

⁴⁴ BGHSt 49, 275 (282).

⁴⁵ *Rohn*, Baden Online, Portal der Ortenau v. 12.8.2011, abrufbar unter

http://www.baden-online.de/news/artikel.phtml?page_id=&d-b=news_lokales&table=artikel_ortenau&id=16793

(zuletzt abgerufen am 13.3.2011).

⁴⁶ OLG Karlsruhe NStZ 2011, 164.

Entscheidungsbesprechung

Zu den Grenzen der Verlesung ärztlicher Atteste

Die Vernehmung eines Arztes kann auch dann durch die Verlesung eines ärztlichen Attests ersetzt werden, wenn die ärztliche Sicht zu Schlüssen aus der attestierten Körperverletzung auf ein anderes Delikt nichts beitragen kann. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die Körperverletzung bei einer nachfolgenden Sexualstraftat allein als Drohung fortgewirkt haben kann. (Amtlicher Leitsatz)

StPO §§ 250, 256 Abs. 1 Nr. 2

BGH, Beschl. v. 21.9.2011 – 1 StR 367/11¹

I. Einführung

Strafprozessuale Probleme spielen in den Prüfungen außerhalb einschlägiger Schwerpunktgebiete in erster Linie im Rahmen der sog. Zusatzfrage eine Rolle. Aus studentischer Sicht ist die zu besprechende Entscheidung des BGH dann auch schlicht deswegen interessant, weil sie auf den ersten Blick gut als Basis einer Zusatzfrage geeignet ist – der Themenkreis „Grenzen der (bloßen) Verlesung ärztlicher Atteste“ ist überschaubar, die Frage lässt sich mit wenigen Worten der Überleitung gut an einen materiell-rechtlich zu lösenden Sachverhalt anschließen. Dem Anschein nach geht es um Basiswissen, nämlich um den Grundsatz der Unmittelbarkeit. Die Entscheidung basiert indes auf einer Rechtsprechungslineie, ohne deren Kenntnis es kaum möglich wäre, diese Zusatzfrage adäquat zu beantworten; eine solche Aufgabenstellung wäre deswegen aus didaktischer Sicht mit Blick auf das notwendige Vorwissen nur bedingt sinnvoll. Man kann sich allerdings nie sicher sein, dass Aufgabensteller so etwas bedenken – denn wer die Rechtsprechung kennt, gewinnt schnell das Gefühl, dass man das Problem eigentlich auch sehen müsste, wenn man sie nicht kennt. Umso mehr bietet es sich an, die lehrreiche Entscheidung hier zu erläutern, zumal dies die Gelegenheit mitbringt, alle klassischen Auslegungsmethoden einzusetzen und etwas über die Mechanismen der Entwicklung höchstrichterlicher Rechtsprechung zu lernen.

II. Sachverhalt und erstinstanzliche Entscheidung

Der Angeklagte sprach eine junge Frau vor einer Disco an. Als sie sich nicht auf ihn einlassen wollte, stieß er sie in ein Gebüsch mit dornigen Pflanzen. Nach einem „Gerangel“ zerrte der Angeklagte die Frau zu einem schlecht beleuchteten Teil des Parkplatzes und versuchte, ihr Zungenküsse zu geben. Dergestalt eingeschüchtert, manipulierte sie aus Angst vor weiterer Gewalt auf seinen Wunsch mehrere Minuten an seinem Geschlechtsteil. Später konnte ein Arzt feststellen, dass in ihren Unterarmen Dornen steckten. Das Landgericht

führte das ärztliche Attest durch Verlesung ein und verurteilte den Angeklagten wegen sexueller Nötigung in Tateinheit mit Körperverletzung, unter anderem mit der Begründung, die Dornenverletzungen stützten die Darstellung des Opfers. Es bedarf nicht viel Phantasie, um für eine Examensprüfung einen (Nötigungs-)Parallellfall ohne Sexualbezug zu bilden.

III. Rechtliche Probleme

Der BGH hatte zu entscheiden, ob das Landgericht² zu Recht lediglich das Attest über die Verletzungen durch die Dornen verlesen hatte, anstatt den behandelnden Arzt als Zeugen zu vernehmen. Bekanntlich gilt der Grundsatz der Unmittelbarkeit mit der Folge, dass in der Regel das sachnähere Beweismittel den Vorzug verdient. Eine spezielle Ausprägung hat dieser Grundsatz in § 250 StPO gefunden. Diese Vorschrift normiert den Vorrang des Zeugenbeweises gegenüber der Verlesung von Protokollen und sonstigen Aufzeichnungen. Doch kennt die StPO Ausnahmen von diesem Grundsatz. Große Bedeutung in der Praxis hat § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO, der es erlaubt, ärztliche Atteste über Körperverletzungen unter Verzicht auf die Vernehmung des Arztes als Zeugen zu verlesen, sofern sie – die Körperverletzungen – nicht zu den schweren gehören. Zum Verständnis der Entscheidung hilft es, sich den Hintergrund dieser Regelung zu verdeutlichen. Wie man an der Formulierung des § 244 Abs. 2 StPO unschwer erkennen kann, sind Ausmaß und Grenzen der dort normierten richterlichen Aufklärungspflicht in hohem Maße interpretationsbedürftig. § 250 StPO trifft nun für einen Teilbereich eine sehr viel starrere und genauere Festlegung.³ Hat also das Gericht § 250 StPO missachtet, so braucht man § 244 Abs. 2 StPO gar nicht mehr zu prüfen. Die Ausnahmen vom Grundsatz des § 250 StPO kennzeichnen dann Fälle, in denen die Vermutung, dass ein mittelbarer Beweis auch ein unzureichender Beweis sei, erschüttert ist. Es liegt auf der Hand, dass in diesen Fällen § 244 Abs. 2 StPO wieder eine Rolle spielen muss. Die Zulässigkeit einer bloßen Verlesung besagt also nicht, dass diese Vorgehensweise im konkreten Fall auch mit der richterlichen Aufklärungspflicht vereinbar ist.

Naiv gedacht birgt die Verlesung nach § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO in unserem Fall zunächst keine Probleme.⁴ Denn es ist abwegig, die von den Dornen verursachten Verletzungen als

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=3063fa6a7d970281f211cdfd217880e9&nr=58196&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

² Warum vor dem Landgericht verhandelt wurde, lässt sich ohne Kenntnis der näheren Umstände nicht beurteilen – aber es ist eine gute Gelegenheit, Basiswissen zu § 24 GVG zu erwerben und sich damit ein weiteres typisches Feld der Zusatzfragen zu erschließen.

³ Instrukтив zu diesem in der Lehrbuchliteratur leider kaum erörterten, für das Verständnis enorm wichtigen Verhältnis von Unmittelbarkeitsgrundsatz und Aufklärungspflicht Goppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, S. 186.

⁴ Im Folgenden wird auf den klarstellenden Hinweis verzichtet, dass bei allseitigem Einverständnis (§ 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO) bei gleichzeitiger Berücksichtigung der Grenzen der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) eine Verlesung stets rechtmäßig ist.

schwere Körperverletzungen zu werten. Das gilt selbst dann, wenn man nicht weiß, was ohnehin der Wortlaut nahelegt, nämlich dass mit den schweren Körperverletzungen solche mit Folgen im Sinne des § 226 StGB gemeint sind. Es bleibt zu fragen, ob die Verlesung im Widerspruch zu § 244 Abs. 2 StPO steht. So würde vielleicht auch ein in Sachen „Grundlagen“ gut vorbereiteter, aber nicht über die Detailfragen orientierter Examenskandidat argumentieren. Interessanterweise wird diese Ansicht aber soweit ersichtlich von niemandem vertreten. Der BGH kommt in seiner zu besprechenden Entscheidung zwar zum selben Ergebnis, nämlich zur Maßgeblichkeit der richterlichen Aufklärungspflicht,⁵ gestaltet den Weg dorthin aber sehr viel komplizierter. Um all das nachvollziehen zu können, ist ein Gang durch die Rechtsprechungsentwicklung unabdingbar.

RG und BGH haben in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die hier als „naiv“ bezeichnete Auslegung der Norm nicht adäquat ist. Widerspruch sucht man in der Literatur vergeblich.⁶ Vielmehr herrscht seltene Einigkeit darüber, dass in mehrfacher Hinsicht Einschränkungen vonnöten sind. So darf ein ärztliches Attest über Körperverletzungen dann nicht lediglich verlesen werden, wenn es Mutmaßungen oder Schlussfolgerungen über die Verletzungsursache enthält. Das lässt sich leicht begründen, wenn man bedenkt, wie nah man in solchen Fällen am Sachverständigenbeweis samt aufwändigem Gutachten ist. Gleiches gilt – ebenso gut nachvollziehbar –, wenn es gar nicht um medizinische Feststellungen geht, sondern etwa um Angaben des Verletzten über den Tathergang, die er gegenüber dem Arzt gemacht hat.⁷ Missverständlich ist die Formulierung von *Meyer-Goßner*, Feststellungen über die Art der Verletzung oder die Tatfolgen dürften nicht durch Verlesung eingeführt werden.⁸ Parallel dazu heißt bei ihm nämlich zu Recht, es könnten auch gut-

achterliche Äußerungen des Arztes über Schwere und Folgen der Verletzung verlesen werden. Ursache dieses vermeintlichen oder tatsächlichen Widerspruchs dürfte eine auch von *Meyer-Goßner* zitierte Entscheidung des BGH sein, in der zwischen der zulässigen Feststellung des „bloße[n] Vorhandensein[s] der bescheinigten Körperverletzung“ und der unzulässigen Verlesung und Verwertung der „Art der Verletzungen“ unterschieden wird.⁹ Das Hauptproblem lag in dieser Entscheidung freilich darin, dass diese Feststellungen Relevanz für die Frage des Tötungsvorsatzes hatten, so dass die Verlesung schon allein deswegen nicht ausreichen konnte. Zudem ist die Differenzierung zwischen dem „Vorhandensein der bescheinigten Körperverletzung“ und deren Art nur begrenzt überzeugend, denn „die bescheinigte Verletzung“ könnte eben eine klaffende, 3 cm tiefe Wunde sein, womit zugleich ihre Art bestimmt wäre. Nachdem nur diese einzelne Entscheidung derartige Probleme aufwirft,¹⁰ wird man die hergebrachte BGH-Rechtsprechung insgesamt so verstehen müssen, dass die „Art“ nur im Sinne von „Stichverletzung“ oder „Kratzspuren“,¹¹ die „Tatfolgen“ nur im Sinne von Spätfolgen insbesondere psychischer Natur¹² einer Verlesung nicht zugänglich sind, anders als die äußere Beschaffenheit einer Wunde.

Auf diese Überlegungen kann ein sehr kluger (oder wisender) Bearbeiter wenigstens zum Teil noch kommen. Sie führen ihn zu dem Ergebnis, dass unsere Entscheidung keinen dieser Fälle betrifft, einer Verlesung also im ersten Schritt nichts entgegensteht. Die wichtigere Einschränkung hingegen ist weit davon entfernt, sich von selbst zu erschließen: Auch die festzustellende und angeklagte¹³ Tat muss eine einfache oder gefährliche Körperverletzung sein.¹⁴ Warum? Diese Frage lässt sich nicht ohne Blick auf den Sinn und Zweck der Norm beantworten; der Wortlaut gibt dafür nichts her, denn „Körperverletzung“ lässt sich auch weitaus weniger technisch verstehen, nämlich im Sinne eines Verletzungserfolgs. Der Gesetzgeber verweist auf die „große Zahl“ der Anklagen wegen „leichter Körperverletzungen“ und will eine „allzu große[] Belästigung der Ärzte“ ebenso verhindern wie den Anstieg der Verfahrenskosten durch Fahrtkosten und Ver-

⁵ BGH, Beschl. v. 21.9.2011 – 1 StR 367/11, Rn. 14.

⁶ Siehe *Gollwitzer*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 25. Aufl. 2001, § 256 Rn. 40 und die Nachweise dort in Fn. 144. Noch strenger *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, § 256 Rn. 27 f.; die Auseinandersetzung damit würde an dieser Stelle zu weit führen, es muss bei der Bemerkung verbleiben, dass *Velten* das „Ob der Verletzung“ zu eng interpretiert, sich insoweit zu Unrecht auf den BGH beruft und die Vorschrift angesichts der Bedürfnisse der Praxis weitgehend leerlaufen lässt (bei Verlesung kann stets dem Urteil nur eine bagatellarische, gerade so überhaupt strafbare Körperverletzung zugrunde gelegt werden). Soweit sich andere Kommentatoren auf die Wiedergabe der BGH-Rechtsprechung beschränken, wird im Folgenden auf Fundstellen verzichtet.

⁷ So enthielt das Gutachten in BGHSt 4, 155 Angaben über den Zustand der Kleidung der Zeugin und über ihre Äußerungen zur behaupteten Vergewaltigung. Vgl. auch OLG Hamburg StV 2000, 9 f.: zeitlicher Abstand zwischen dem Vorfall und dem Erreichen der Praxis.

⁸ *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 256 Rn. 19.

⁹ Die Entscheidung ist nur als Kurzwiedergabe zugänglich: BGH (Pf/M) NSTZ 1984, 211.

¹⁰ Zu Recht interpretiert *Gollwitzer* (Fn. 6), § 256 Rn. 43 die Entscheidung (ohne Begründung) so, dass nicht von der Art der Verletzung Rückschlüsse auf die Tatbegehung gezogen werden dürften.

¹¹ Verallgemeinernd: Bezeichnungen, die Rückschlüsse über den Hergang der Verletzung bzw. deren Ursache im weitesten Sinne enthalten; die Feststellung „tiefe Fleischwunde“ (statt Stichverletzung) oder „längliche, extrem schmale Abschürfungen“ (statt Kratzspuren, denn dieser Begriff lässt an Fingernägel denken) wäre hingegen in Ordnung, da sie keine mittelbare Aussage über den Ursprung der Verletzung trifft.

¹² Vgl. BGH StraFo 2011, 95.

¹³ *Meyer-Goßner* (Fn. 8), § 256 Rn. 20.

¹⁴ Siehe nur RGSt 26, 38; BGHSt 4, 155; 39, 389; BGH StV 1982, 142; jüngst BGH StraFo 2011, 95.

dienstausfall.¹⁵ Nach der subjektiven Auslegung kommt es mithin auf den relativen Bagatelldeliktcharakter der Körperverletzung als Massendelikt an. Daraus soll sich dann anscheinend ergeben – auch wenn niemand das deutlich macht –, dass der Begriff „Körperverletzung“ in § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO eine Art Doppelnatur hat. Er bezeichnet in diesem Verständnis und im Lichte der bereits im vorigen Absatz genannten Einschränkungen dann sowohl einen Zustand „Körperverletzung“ als auch das Delikt „Körperverletzung“.¹⁶ Nur wenn beides erfüllt ist, also die Attestverlesung Beweis über Verletzungen erbringen soll und dies lediglich Grundlage einer Verurteilung wegen Körperverletzung mit Ausnahme der §§ 226, 227 StGB sein soll, darf die Verlesung erfolgen.

Wendet man diese Grundsätze an, dann kommt man in einer spezifischen Fallkonstellation zu einer geradezu absurden Konsequenz, wie der Fall BGHSt 33, 389 zeigt. Der BGH hat sie zu Recht nicht gezogen und hat es für einen Verfahrensverstöß nicht ausreichen lassen, dass die Körperverletzung, auf die sich das verlesene Attest bezieht, in Tateinheit mit einer Körperverletzung mit Todesfolge begangen wurde. Die Vorinstanz hatte die sukzessive Schädigung zweier Rechtsgutsträger – der eine starb an den Folgen der Körperverletzung, der andere nicht – als Tateinheit bewertet. In dieser Konstellation ist es tatsächlich fernliegend, den Täter damit doppelt zu „belohnen“, dass die ohnehin bei der Rechtsfolgenentscheidung vorteilhafte Tateinheit noch zu einem Verfahrensverstöß führt,¹⁷ obwohl zwischen dem verlesenen Attest und der Körperverletzung mit Todesfolge keinerlei Zusammenhang besteht.¹⁸ Der BGH weitet dies noch dahingehend aus, dass die Verlesung immer dann unproblematisch sei, wenn das andere, von § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO an sich nicht abgedeckte Delikt auch unabhängig von dem Attest bereits bewiesen ist.¹⁹ Tatsächlich wäre ein Beharren auf der Vernehmung des Arztes auch in diesen Fällen bloße Förmerei, und ohnehin würde es am „Beruhen“²⁰ fehlen. Der 3. Strafsenat bringt sein Ergebnis im 33. Band wie folgt auf den Punkt: „Kommen [...] die Angaben in dem Attest auch als Indiztatsache für die Schuld oder den Schuldumfang bezüglich eines anderen Delikts in Betracht, so ist die

Verlesung unzulässig“²¹, und zwar auch bei Tateinheit. Zur Erinnerung, Verdeutlichung und Abgrenzung: Im dortigen Fall bezog sich das Attest ausschließlich auf die einfache Körperverletzung; mit der Bestrafung aus § 227 StGB oder dem Nachweis der Körperverletzung mit Todesfolge hatte das Attest nichts zu tun. Gleichwohl stellt der BGH in dieser Entscheidung einen darüber hinausgehenden allgemeinen Satz auf, der auch der zu besprechenden Entscheidung zugrunde liegt: In Fällen der Tateinheit sei die bloße Verlesung zulässig, solange ein „überzeugender Grund“ dafür bestehe, dass nach Sinn und Zweck des Gesetzes die Verlesung ausreichend ist.²² Anders erklärt: Die Regel, dass „die bloße Verlesung [...] bei Tateinheit nach dem Sinn und Zweck der Regelung unzulässig [ist]“, hat sich anhand des Falles BGHSt 33, 389 als falsch herausgestellt. Deswegen macht der BGH eine Ausnahme von dieser Regel in allen Fällen, in denen zwischen den tateinheitlich begangenen Delikten keine Beziehung dergestalt besteht, dass die Körperverletzung dem Nachweis des anderen Delikts dient. Das lässt sich als Präzisierung verstehen, denn in Wahrheit kommt es nicht darauf an, ob Tateinheit oder Tatmehrheit vorliegt, sondern ob ein Zusammenhang zwischen den Delikten besteht oder nicht. Mit Hilfe der Verallgemeinerung des „überzeugenden Grundes“ ersetzt der BGH in der zu besprechenden Entscheidung²³ dann aber mehr oder weniger deutlich die alte Regel und ihre Präzisierung durch eine neue Regel, nach der die bloße Verlesung nach § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO immer dann korrekt ist, wenn die richterliche Aufklärungspflicht ihr nicht entgegensteht.

Es ist typisch für Entwicklungen in der Rechtsprechung, dass als falsch erkannte Ergebnisse durch Ausnahmen vom Grundsatz oder dessen Präzisierung vermieden werden, nicht durch Aufgabe des Grundsatzes. Erinnert sei nur an das Thema „gekreuzte Mordmerkmale“.²⁴ Die zu besprechende Entscheidung des 1. Strafsenats erweckt den Eindruck der Kontinuität, indem sie jeden zentralen Satz mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BGH versieht. Das ändert aber nichts daran, dass der 1. Strafsenat mit seiner Entscheidung, die Feststellungen über die Dornen im verlesenen Attest als Basis einer Verurteilung wegen eines Sexualdelikts genügen zu lassen, Neuland betreten hat. Wenn der BGH an anderer Stelle entschieden hat, dass die Verlesung des Attestes unzulässig ist, wenn aus der Art der Verletzungen (in der Scheide eines Kindes) auf ein Sexualdelikt geschlossen werden soll,²⁵ so stützt dies nur auf den ersten Blick die zentrale Überlegung aus der aktuellen Entscheidung. Diese besteht nämlich darin, dass die Verlesung immer dann zulässig ist, wenn der Arzt dem Gericht bei der Ursachenforschung nicht durch seine Sachkunde besonders behilflich sein kann. Selbstverständlich ist danach die Verlesung unzulässig, wenn die Ver-

¹⁵ Hahn/Stegemann, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3, Materialien zur Strafprozessordnung, Abt. 1, S. 196.

¹⁶ Deutlich wird diese Differenzierungsmöglichkeit am ehesten bei Velten (Fn. 6), § 256 Rn. 28.

¹⁷ BGHSt 33, 389 (392 f.).

¹⁸ Dass eine Verlesung zulässig ist, wenn sie ausschließlich dem Nachweis einer tatmehrheitlich begangenen Körperverletzung dient, ist allgemein anerkannt.

¹⁹ BGHSt 33, 389 (393) im Anschluss an Krumme, Anm. zu BGHSt 4, 155, LM Nr. 2 zu § 256 StPO. Siehe auch BGHR § 256 Abs. 1 StPO Körperverletzung 1; BGHR § 256 Abs. 1 StPO Körperverletzung 4 (Tateinheit von Körperverletzung und Vergewaltigung, wobei – das ist der springende Punkt – der Angeklagte die Vergewaltigung gestanden hatte und die Verlesung ausschließlich für Schuldspruch und Strafzumessung bei der Körperverletzung benötigt wurde).

²⁰ Dazu näher unter IV.

²¹ BGHSt 33, 389 (393 f.).

²² BGHSt 33, 289 (393); von einer doppelten Verneinung befreit.

²³ BGH, Beschl. v. 21.9.2011 – 1 StR 367/11, Rn. 13 f.

²⁴ BGHSt 23, 39; vgl. zu dieser Thematik Engländer, JA 2004, 410.

²⁵ BGH NSTZ 2008, 474.

letzungen gleichsam zum direkten Nachweis der einzelnen Handlung dienen, die den Tatbestand des anderen Delikts erfüllt: weil in der Scheide Verletzungen festzustellen waren, die von Fingern stammen mussten (was nur ein Arzt beurteilen kann), war der Angeklagte auch des sexuellen Missbrauchs und nicht nur der Körperverletzung schuldig. Dass die Verlesung aber immer dann zulässig ist, wenn der Zusammenhang nicht derartig eng ist, geht aus dieser älteren Entscheidung nicht hervor. Im Gegenteil hält der BGH in ihr ausdrücklich daran fest, dass das Attest nicht verlesen werden darf, wenn es dem Nachweis eines Sexualdelikts dient.²⁶

Genau gegen diesen Grundsatz verstößt der *1. Strafsenat* des BGH aber in der zu besprechenden Entscheidung, denn unzweifelhaft diene die Attestverlesung (auch) dem Nachweis der sexuellen Nötigung. Vielmehr stellt der *1. Strafsenat* einen gänzlich neuen Satz auf, nämlich den Leitsatz der Entscheidung. Gemeint ist Folgendes: Die Dornen im Körper des Opfers können belegen, dass das Opfer Gewalt erfahren hat und danach die sexuellen Handlungen nicht aus freien Stücken vorgenommen hat, sondern aus Angst vor weiterer Gewalt. Dieser Schluss bedarf aber keiner ärztlichen Kompetenz. Kein Richter würde den Arzt, hätte er ihn als Zeugen geladen, dazu befragen, ob die Dornen als Beweis für ein Sexualdelikt dienen können – das ist eine Frage, die zur ureigensten Kompetenz des Richters gehört. Und der noch eher als medizinisch zu bezeichnende „Schluss“, dass die Dornen sich beim Fallen in das Gebüsch in die Haut gebohrt haben, ist so banal, dass man für ihn keinen Arzt braucht. Gibt es in einer solchen Situation keine Anhaltspunkte dafür, dass der Arzt etwas berichten könnte, das sich nicht im Vorhandensein bestimmter Verletzungen erschöpft, dann besteht – so im Ergebnis der BGH – kein Grund, ihn zu laden, auch nicht mit Blick auf § 244 Abs. 2 StPO. Der BGH geht aber wie angedeutet noch einen Schritt weiter, indem er letztlich allein auf § 244 Abs. 2 StPO abstellt: „Im Kern kommt es also darauf an, ob eine solche Vernehmung Gebot der richterlichen Aufklärungspflicht ist.“²⁷ Das lässt sich hören, aber es stellt der Sache nach eine vollständige Aufgabe der vorigen Rechtsprechung dar. Daran ändern auch die vom BGH an diesen Satz angefügten Zitate nichts. Selbstverständlich bleibt die richterliche Aufklärungspflicht von § 256 StPO unberührt, was durch die Zitate belegt wird. Damit ist aber klassischerweise gemeint, dass die Zulässigkeit der Verlesung nach § 256 StPO keine Gewähr dafür bietet, dass mit der Verlesung auch der Aufklärungspflicht entsprochen ist. Dies belegt auch der Wortlaut von Nr. 111 Abs. 2 S. 2 RiStBV, auf die sich der BGH stützt. Der vom BGH zwar nicht explizit aufgestellte, aber seinem Ergebnis auch nicht gänzlich fernstehende Umkehrschluss, dass die Einhaltung der Grenzen der Aufklärungspflicht die Zulässigkeit der Verlesung nach § 256 StPO indiziert (freilich nur in den Grenzen des Wortlautes des § 256 StPO), ist zweifelhaft, wenn nicht zugleich das bereits referierte Verständnis des RG vom Begriff „Körperverletzung“ aufgegeben wird. Denn wenn es entscheidend auf die Aufklärungspflicht ankommt, woraus rechtfertigt es sich

dann noch, § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO durch das Beharren auf dem Beweiszweck „Körperverletzungstatbestand“ enger auszulegen, als es sein Wortlaut bedingt? Am Ende genügt es dem BGH als „überzeugender Grund“ für die Ausnahme vom Dogma „keine Verlesung zum Zwecke des Nachweises anderer Delikte“, dass § 244 Abs. 2 StPO isoliert betrachtet die Verlesung ausreichend erscheinen lässt. Denkt man an den Anknüpfungspunkt zum „überzeugenden Grund“, nämlich den Sinn und Zweck der Regelung, so wird die Sache am ehesten rund, wenn der Sinn des § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO darin besteht, dass aus verfahrensökonomischen Gründen Abstriche am (starren) Unmittelbarkeitsgrundsatz, nicht aber an der (flexibleren und letztlich den Hintergrund des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bildenden) Aufklärungspflicht gemacht werden sollen.

Die Entscheidung verdient in ihrem Ergebnis – Maßgeblichkeit der Aufklärungspflicht – also dann und nur dann Zustimmung, wenn Sinn und Zweck des § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO abweichend von den Motiven des Gesetzgebers bestimmt werden und wenn die Norm anders als herkömmlich ausgelegt wird, nämlich wie folgt: „Körperverletzung“ meint in § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht, dass die mit Hilfe des Attests festzustellende Tat eine Körperverletzung ist, sondern dass sich das Attest auf einen Körperverletzungserfolg bezieht. Denn wenn es allein um das angebliche oder tatsächliche Missverhältnis zwischen den großen Mühen des Arztes und der geringen Bedeutung einfacher Körperverletzungen geht, die gleichzeitig massenhaft auftreten, dann darf ein verlesenes Attest niemals dem Nachweis eines anderen Delikts dienen, auch nicht im vom BGH entschiedenen Fall. Im Ergebnis ist und bleibt die Entscheidung des BGH richtig, weil das Gesetz klüger ist als der Gesetzgeber. Der Zusammenhang zwischen der „Körperverletzung als Massendelikt“ und einer „weniger erschöpfenden Beweisaufnahme“ (RG²⁸) bzw. der „Körperverletzung als Massendelikt“ und „keiner erschöpfenden Beweisaufnahme“ (BGH vereinzelt²⁹) bzw. der „Körperverletzung als Massendelikt“ und dem Vorrang der Verfahrenskosten und der Ärzteinteressen (Motive³⁰) ist hingegen nur begrenzt tragfähig:

Erstens ist der StPO nicht der Grundsatz zu entnehmen, dass leichte Delikte nach anderen Maßstäben aufzuklären sind als schwere.³¹ Vielmehr ergibt sich der Maßstab für die Aufklärungspflicht allein aus „sachlogischen Zusammenhän-

²⁸ RGSt 26, 38 (39) zur Verlesung zum Zweck des Nachweises einer Vergewaltigung.

²⁹ BGHSt 33, 389 (391).

³⁰ Vgl. oben bei Fn. 15.

³¹ Implizit anders *Velten* (Fn. 6), § 256 Rn. 6, für die der Bagatelldelikt „wohl“ ebenfalls eine Rolle spielt. Kein Gegenargument zur hiesigen Ansicht ergibt sich aus § 420 Abs. 4 StPO, der den Richter im beschleunigten Verfahren (und im Strafbefehlsverfahren, § 411 Abs. 2 S. 2 StPO) von den hohen Anforderungen des § 244 Abs. 3 StPO an die Ablehnung von Beweisanträgen entbindet. Denn er lässt die Aufklärungspflicht ausdrücklich unberührt.

²⁶ BGH NStZ 2008, 474 f.

²⁷ BGH, Beschl. v. 21.9.2011 – 1 StR 367/11, Rn. 14.

gen“.³² Entscheidend ist, ob die zu erwartenden Ergebnisse für den Schuldvorwurf relevant sein können.³³ Selbstverständlich ist es für eine Unfallflucht mit geringem Sachschaden nicht relevant, wie der Täter aufgewachsen ist, für ein schwerwiegendes Gewaltdelikt hingegen schon. Ob aber eine Verletzung vorliegt und wie schwer sie ist, ist für § 223 StGB angesichts der Ausfüllung des Strafrahmens sehr wohl von großer Bedeutung. Die in der Praxis zu beobachtende weniger aufwändige Beweisaufnahme in Bagatellfällen dürfte andere Gründe haben als einen unterschiedlichen Maßstab.³⁴ Zweitens kann man – wenn man dem ersten Argument nicht folgen wollte – insbesondere § 224 StGB nicht als Massendelikt bezeichnen, dessentwegen kein besonderer Aufwand betrieben zu werden braucht. Das zeigen schon die Höchststrafe von bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe³⁵ und die Variante „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung“. Drittens bleibt offen, weswegen andere Massendelikte mit vergleichbarem Strafraumen wie etwa eine einfache Nötigung nicht ebenfalls mittels der Verlesung festgestellt werden dürfen, sofern das ärztliche Attest Rückschlüsse auf sie zulässt.

Viertens führt die Auslegung des RG zu einer Reihe unnötiger Folgeprobleme. Zu nennen sind insbesondere die bereits erörterte Problematik von BGHSt 33, 389 sowie die Behandlung von § 225 StGB, § 229 StGB und § 340 StGB. Während § 340 StGB durch seine Überschrift „Körperverletzung im Amt“ auch von der h.M. schlüssig als Anwendungsfall des § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO betrachtet werden kann,³⁶ sorgen die anderen Normen für Schwierigkeiten. § 225 StGB enthält ebenfalls den Begriff der Misshandlung und der Gesundheitsschädigung. Die potentiellen Anwendungsfälle mögen seltener sein, da mit dem verlesenen Attest unter keinen Umständen belegt werden kann und darf, dass die Misshandlungen roh waren oder die Gesundheitsschädigung auf einer böswilligen Vernachlässigung der Fürsorgepflicht beruht. Dennoch sind Fälle denkbar, in denen aus anderen Umständen auf Rohheit oder Böswilligkeit geschlossen werden kann und die Verlesung des Attestes nur auf den Verletzungsnachweis abzielt. Weil der Strafraumen derselbe ist wie bei der gefährlichen Körperverletzung, kann auch er nicht als Argument erhalten. Mit § 229 StGB hat sich schon das Reichsge-

richt beschäftigt. Probleme gibt es, wenn die Folgen schwer sind. Das RG hat die Verlesung mit der Begründung für ausreichend erachtet, dass es hier nicht um den Schuldnachweis, sondern nur um die Strafzumessung gehe.³⁷ Man müsste aber die Verlesung eines Attestes auch dann für ausreichend halten, wenn dieses nur für die Strafzumessung bezüglich eines anderen Delikts, nicht aber für den Schuldspruch in Bezug auf ein anderes Delikt, etwa ein eingeständenes Sexualdelikt, von Belang ist. Diesen Weg ist die spätere Rechtsprechung aber (im Ergebnis zu Recht) nicht gegangen und hat sich vielmehr auch in diesen Fällen auf das Dogma gestützt, dass das Attest keine Bedeutung für andere Delikte haben darf, wenn die Verlesung ausreichend sein soll.

Fünftens dürfen nach § 256 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StPO behördliche Gutachten immer verlesen werden. Auch solche Gutachten können verletzungsbezogen sein. Dann aber sollen die Beschränkungen des § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht gelten.³⁸ Das stützt zwar nicht unmittelbar die hiesige Interpretation, belegt aber, dass ohnehin viele Fälle über die richterliche Aufklärungspflicht gelöst werden müssen. Sechstens und letztlich streitet auch die Systematik gegen die h.M., wie sogleich zu sehen sein wird.

Um all das zu vermeiden, sollte das Wort „Körperverletzung“ in § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO ausschließlich im Sinne eines Zustands verstanden werden. Der Grund für diese Abweichung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes liegt dann darin, dass vom Arzt als Zeugen in diesen Fällen nicht viel zu erwarten ist und dass die Wahrscheinlichkeit, dass seine Feststellungen nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv der Wahrheit entsprechen, aufgrund seiner Routine im Schreiben von Attesten und vor allem aufgrund des sehr engen Zusammenhangs zwischen dem Wahrnehmungsobjekt und dem spezialisierten Erfahrungswissen des Zeugen sehr viel höher ist als bei anderen Zeugen oder bei nicht-verletzungsbezogenen Wahrnehmungen des Arztes. Auch ist das Irrtums- und Interpretationspotential vergleichsweise gering: Während sich der Arzt etwa bei der Uhrzeit durchaus verschreiben kann, so wird er – in der Regel – verschiedene Verletzungsarten auseinanderzuhalten und zutreffend zu beschreiben wissen. Zudem ist der Arzt in aller Regel der perfekte neutrale Beobachter;³⁹ anders als bei Polizeibeamten und Behörden ist auch eine schleichende einseitige Beeinflussung durch Aufgabenstellung und Berufsauffassung nicht nur eher unwahrscheinlich, sondern im Regelfall so gut wie ausgeschlossen. Hinzu kommt die berufsrechtliche Bindung des Arztes.⁴⁰ Anders formuliert, normiert § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO einen Fall, in dem – anders als normalerweise – eine Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes nicht stets zugleich die Qualität der Aufklärung beeinträchtigt, so dass der an sich sehr schwache Grund der Verfahrensökonomie ausnahmsweise den Unmittelbarkeitsgrundsatz einschränken kann. Sollte das im Einzelfall trotz Vorliegen der Voraussetzungen

³² Formulierung von Fischer, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung 6. Aufl. 2008, § 244 Rn. 33, der allerdings nicht explizit die Aussage trifft, dass es auf die Schwere nicht entscheidend ankommt.

³³ Fischer (Fn. 32), § 244 Rn. 33 unter Verweis auf BGH NJW 1994, 1294 (1295).

³⁴ So treibt die Polizei bei leichteren Taten tendenziell einen geringeren Ermittlungsaufwand, was zu weniger Beweismitteln führt.

³⁵ Die Verfasser der Motive hatten von einer noch eindeutigeren Situation auszugehen: Strafraumen von bis zu 3 Jahren Gefängnis oder Geldstrafe (einfache Körperverletzung) vs. Mindeststrafe von 2 Monaten Gefängnis (gefährliche Körperverletzung).

³⁶ OLG Oldenburg MDR 1990, 1135 – dass das Bagatell- und Massenargument indes bei § 340 StGB ebenso wenig überzeugt wie bei § 224 StGB, liegt auf der Hand.

³⁷ RGSt 39, 286 (290 f.).

³⁸ Gollwitzer (Fn. 6), § 256 Rn. 44.

³⁹ Vorsichtiger, aber in dieselbe Richtung Velten (Fn. 6), § 256 Rn. 6.

⁴⁰ Darauf verweist auch Gollwitzer (Fn. 6), § 256 Rn. 3.

der Norm anders sein, geht die Aufklärungspflicht vor. Diese Argumentation verträgt sich auch sehr viel besser mit den anderen Alternativen des § 256 StPO als die h.M. Denn diese Alternativen sind sämtlich deliktsunabhängig; sie beruhen vielmehr mehr auf Erwägungen, die den hier angestellten vergleichbar sind: So verweist *Gollwitzer* ganz allgemein auf die besondere Eignung der in § 256 StPO benannten Schriftstücke für den Urkundenbeweis, auf die Objektivität der fixierten Äußerungen, auf die Fachkunde und die Seltenheit von zusätzlichen, nicht niedergeschriebenen Wahrnehmungen der genannten Personen.⁴¹ Besonders augenfällig ist das bei der noch recht neuen Vorschrift § 256 Nr. 5 StPO. Protokolle über dienstliche Wahrnehmungen von Ermittlern können – theoretisch: auch in einem Mordfall⁴² – verlesen werden, sofern es sich nicht um Vernehmungen handelt. Die Vernehmungen sind gerade deswegen ausgeschlossen, weil sie regelmäßig ein besonderes Irrtums- und Beeinflussungspotential aufweisen. Eine ordentliche Aufklärung allein anhand von Vernehmungsprotokollen, obwohl der Zeuge zur Verfügung steht, ist schlechthin undenkbar. Auch § 251 Nr. 3 StPO (Verlesung von Urkunden über Vermögensschäden) hat sehr viel mehr mit der tatsächlichen oder vermeintlichen Objektivität solcher Dokumente als mit der Schwere von Vermögensdelikten zu tun. Dem allen steht nicht entgegen, dass es zu dem Verständnis von „schwer“ als „schwer im Sinne des § 226 StGB“ keine sinnvolle Alternative gibt. Denn nach hier vertretener Auffassung liegt zwar die Betonung auf dem Zustand und nicht auf dem Delikt, doch ist damit keineswegs ein alltagssprachlicher Begriff von „Körperverletzung“ gemeint.

Es sei eingeräumt, dass auch die hier vorgeschlagene Lösung nicht gänzlich frei von Problemen ist. *Velten* begründet die h.M. etwa damit, dass die Schwere einer Verletzung kein Indikator dafür sei, ob die nähere Beurteilung der Verletzung für den Arzt einfach oder schwierig ist; deswegen könne nur die Schwere des Tatvorwurfs relevant sein.⁴³ So mag man sich tatsächlich fragen, ob die hiesigen Erwägungen (etwa: geringe Komplexität der Verletzungen) nicht auch für den Verlust eines Armes gelten (vgl. § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Allerdings handelt es sich insoweit immerhin um Verletzungen, die nicht alltäglich sind und für die das Routine-Argument nicht im selben Maße gilt. Zudem wird es anders als bei leichteren Verletzungen regelmäßig für die Strafzumessung von Bedeutung sein, welche medizinischen Maßnahmen ergriffen wurden und was deren Ergebnis für das Leben des Verletzten bedeutet; insoweit wird man ohnehin einen Arzt laden müssen, sei es als Sachverständigen oder als Zeugen. Der Verlust von Organen ist hingegen ebenso wie die Fälle des § 226 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 StGB ein hochkomplexes Feld, so dass die hiesige Argumentation ohnehin bestens passt. Außerdem berücksichtigt *Velten* nicht, dass die Feststellung der Körperverletzung auch dem Nachweis von Delikten dienen könnte, die – wie etwa eine einfache Nötigung –

eine geringere Strafbewehrung als die Körperverletzung aufweisen, die Deliktsschwere mithin kein überzeugendes Argument ist. Erkennt man diese hiesige Argumentation an, ist die Folge, dass beispielsweise im Falle einer Anklage wegen einer einfachen Körperverletzung ein Attest über eine schwere Körperverletzung⁴⁴ nicht verlesen werden darf, richtig.⁴⁵

Klarstellend seien noch einmal die beiden wichtigsten Einschränkungen betont, die auch nach der hiesigen Interpretation weiterhin zu beachten sind:⁴⁶ Zum einen muss sich die Verlesung auf das Vorhandensein von (durchaus näher bezeichneten) physischen Verletzungen beschränken, sämtliche sonstigen Angaben und jegliche spezifisch ärztliche Schlussfolgerungen können nicht auf diesem Wege eingeführt werden. Zum anderen bleibt die Aufklärungspflicht zu beachten. So, wie trotz § 256 Nr. 5 StPO die optischen Wahrnehmungen des Beamten am Tatort so gut wie immer durch Zeugenbeweis und nicht durch Protokollverlesung einzuführen sind, so darf auch keineswegs jedes Attest über eine Körperverletzung verlesen werden. Wenn sich irgendwelche Widersprüche zwischen dem Attest und Angaben von Beteiligten (den Angeklagten selbstredend eingeschlossen) finden – von fernliegenden Einwendungen abgesehen –, gebietet es § 244 Abs. 2 StPO, den Arzt zu vernehmen. Dasselbe gilt, wenn aufgrund der Umstände des Falles zu erwarten steht, dass Fragen an den Arzt als sachverständigen Zeugen für die Feststellungen des Gerichts von Bedeutung sein könnten oder wenn Ausmaß, Schwere und Folgen der Verletzungen von großer Bedeutung für das Strafmaß oder den Schuldspruch sind. So lässt sich etwa die vom BGH über den Begriff „Körperverletzung“ gelöste Konstellation bewältigen, dass das Tatgericht (möglicherweise) vom Ausmaß der inneren Verletzungen auf den bedingten Tötungsvorsatz geschlossen hatte.⁴⁷

IV. Weitere Aspekte der Entscheidung

Die Entscheidung beschäftigt sich noch mit weiteren Punkten, von denen einer zwar nicht prüfungsrelevant, aber doch sehr interessant ist: Liest man nämlich nach der intensiven Diskussion über den Unmittelbarkeitsgrundsatz weiter, so stellt man fest, dass es auf all das gar nicht ankommt. Denn der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass das Urteil ohnehin nicht auf der Verlesung des Attestes beruht,⁴⁸ das Landgericht mit anderen Worten auch ohne Verwertung des Attestes den Angeklagten für schuldig befunden hätte. Die Begründung des BGH im konkreten Fall ist unmittelbar einleuch-

⁴¹ *Gollwitzer* (Fn. 6), § 256 Rn. 3.

⁴² Praktisch indes deliktsunabhängig nur unter sehr hohen Voraussetzungen, BGH NStZ 2008, 358 f.

⁴³ *Velten* (Fn. 6), § 256 Rn. 28; s. aber auch Rn. 6.

⁴⁴ Dazu kann es kommen, wenn es am Gefährdungsbezug zwischen Körperverletzung und schwerer Folge fehlt, so dass der Angeklagte nur nach §§ 223 f. StGB verurteilt werden kann, obwohl das Opfer beispielsweise dauerhaft entstellt ist.

⁴⁵ Anders freilich die h.M., vgl. nur *Meyer-Goßner* (Fn. 8), § 256 Rn. 20.

⁴⁶ Nach der h.M. also ebenfalls, vgl. *Gollwitzer* (Fn. 6), § 256 Rn. 4 m.w.N.

⁴⁷ BGH StV 2007, 569.

⁴⁸ „Beruhen“ nach § 337 StPO Abs. 1 StPO, s. dazu statt aller *Meyer-Goßner* (Fn. 8), § 337 Rn. 36 ff.

tend: Das Urteil des Landgerichts spreche lediglich von einer Bestätigung der Feststellungen durch das Attest, und es lägen in Gestalt der Aussage des Opfers und von DNA-Spuren des Täters im Gesicht des Opfers genügend eindeutige Indizien vor, um den Angeklagten zu überführen. Der Angeklagte hatte sich nämlich dahingehend eingelassen, gar nicht am Tatort gewesen zu sein – wie seine DNA-Spuren in das Gesicht des Opfers geraten sind, konnte er offenbar nicht erklären. Der *1. Strafsenat* hätte also den Fall mit sehr viel weniger Aufwand entscheiden können, denn das Revisionsgericht muss nur prüfen, ob die Revision überhaupt begründet ist. Ein Fall, in dem es für die Akzeptanz der Entscheidung ratsam erscheint, die Begründung auf mehrere Aspekte zu stützen, liegt angesichts der Eindeutigkeit der Beruhensfrage nicht vor, wenngleich auch dies die Entscheidung motiviert haben mag. Wahrscheinlich sollte aber auch Rechtsfortbildung betrieben bzw. – je nach Einschätzung – die Rechtsprechung trotz fehlender Entscheidungserheblichkeit präzisiert werden.

V. Fazit

Die Entscheidung des BGH verdient Zustimmung, nicht nur in der Frage des Beruhens. Das gilt unabhängig von ihrer nicht gänzlich konsequenten Begründung. Denn „die Kontinuität einer bestimmten Rechtsprechung [ist] ein Wert an sich [...] – ein Wert, der übertrumpft werden kann, aber doch ein Wert“.⁴⁹ Deswegen begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, dass der *1. Strafsenat* darauf verzichtet, seine Entscheidung auf ein gänzlich neues Fundament zu stellen. Dogmatisch vorzugswürdig bleibt der Weg, das Wort „Körperverletzung“ in § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht als Straftatbestand, sondern allein im Sinne eines juristisch bewerteten physischen Zustandes zu verstehen und für die Verlesung ungeeignete Fälle über die Aufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO auszusondern, die schließlich auch der BGH in den Mittelpunkt stellt.

Didaktisch betrachtet wäre es die falsche Lehre aus diesem Beitrag, wenn man glaubte, nun auch noch die hier vertretene „Mindermeinung“ parat haben zu müssen. Vielmehr sollte man das Grundproblem verstanden haben, sein Basiswissen zum Unmittelbarkeitsgrundsatz und zur Aufklärungspflicht auffrischen und jedenfalls im Rahmen von Seminararbeiten in Zukunft einer „ganz herrschenden Meinung“ oder gar einer „allgemeinen Ansicht“ immer dann im ersten Schritt mit (im Nachhinein vielfach unberechtigtem) Misstrauen begegnen, wenn sie allzuursorisch begründet wird.

Um zum Ausgangspunkt zurückzukehren: Eine sinnvolle Zusatzaufgabe in der ersten Staatsprüfung könnte so aussehen, dass man den Leitsatz der besprochenen Entscheidung, ein Zitat aus einer älteren Entscheidung („keine Verlesung zum Nachweis eines anderen Delikts“) sowie einen Auszug aus den Motiven des Gesetzgebers in den Aufgabentext nimmt und dann fragt, welche Position der Bearbeiter dazu einnimmt und weshalb. Zu selten bedenken Lehrende und Aufgabensteller, dass das vielbeschworene „Problembewusstsein“ ohne in der Klausur verfügbares Detailwissen in der Regel ebenso in der Luft hängt wie eine allgemeine „Problemlösungskompetenz“, da es eine wahre Herkulesaufgabe ist, verschiedene Lösungen zu einem Spezialproblem allein auf der Basis von Grundlagenwissen zu entwickeln. Sich das Detailwissen vollständig anzueignen, ist aber weder sinnvoll noch zumutbar. Diese Diagnose könnte zu verschiedenen Konsequenzen in der Juristenausbildung führen. Doch die fachdidaktische Forschung steht erst an ihrem Anfang.⁵⁰

Richter Dr. Cornelius Trendelenburg, Frankfurt a.M.

⁴⁹ Neumann, noch unveröffentlichter Vortrag mit dem Titel „Rechtswissenschaft und Rechtspraxis – andere Welten?“, S. 10. Wichtig: Nur die Aufgabe einer gut begründeten Rechtsprechung zugunsten einer lediglich ebenso gut begründbaren Literaturmeinung ist nicht geboten. Die Literatur sollte der Rechtsprechung Verständnis entgegenbringen, wenn diese sich mit *mancherlei* Kritik, etwa der hiesigen (die sich nämlich auf die Lösung der wichtigsten Fälle nicht anders auswirkt als die Rechtsprechung), nicht intensiv auseinandersetzt.

⁵⁰ Vgl. Trendelenburg, Rechtswissenschaft 2011, 357.

Entscheidungsanmerkung

Außerordentlich günstiger Erwerb einer wertvollen Ware im Rahmen einer Internetauktion

1. Zur Wirksamkeit eines Kaufvertrags im Rahmen einer „ebay-Auktion“.
2. Zur Beschaffenheitsvereinbarung beim Angebot eines wertvollen Artikels zum „Startpreis von 1 €“.
3. Keine grob fahrlässige Unkenntnis eines Plagiats allein wegen eines niedrigen Startpreises. (Leitsätze des Verf.)

BGB §§ 138, 434, 442

BGH, Urt. v. 28.3.2012 – VIII ZR 244/10 (OLG Saarbrücken, LG Saarbrücken)¹

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

Seitdem Waren massenhaft über die Internetplattform „ebay“ veräußert werden, tauchen in diesem Zusammenhang immer wieder hoch interessante Fragen der Rechtsgeschäftslehre auf. Es geht im Grunde stets darum, wie ein mehr als einhundert Jahre altes Gesetz mit einer völlig neuen Form des Vertragsabschlusses zurechtkommt. Hätte man im ersten Zugriff erwartet, dass es separater gesetzlicher Regelungen bedarf, um dieser neuen Vertriebsform Herr zu werden, hat sich in den vergangenen rund zehn Jahren herausgestellt, dass das gute alte BGB den Handel über ebay problemlos in den Griff bekommt.

Erste Entscheidungen des BGH setzten sich damit auseinander, auf welchem Wege bei einer solchen Auktion ein Vertrag zu Stande kommt, wie die AGB des Auktionators zwischen den Parteien des Kaufvertrags einbezogen werden und ob es sich um eine Versteigerung im Rechtsinne (§ 156 BGB) handelt.² Beschäftigt hat die Rechtsprechung dann immer wieder die Widerruflichkeit von ebay-Geschäften nach dem Fernabsatzrecht.³ Mit kniffligen Fragen des Stellvertretungsrechts wird man konfrontiert, wenn Dritte unter einem „ebay-Namen“ auftreten.⁴ Eine hoch interessante Entscheidung zur Bindung an den rechtsgeschäftlichen Antrag (§ 145 BGB) hat der VIII. Zivilsenat des BGH im vergangenen Sommer anlässlich eines Falls getroffen, bei dem der Verkäufer sein Angebot später wegen des Verlustes des Kaufgegenstands zurückgezogen hat;⁵ die Lektüre dieses Urteils sei jedem Studierenden dringend empfohlen.

Im aktuellen Fall, zu dem bislang nur die Pressemitteilung des BGH vorliegt, klärt der VIII. Senat zunächst eine weitere Frage der ebay-Versteigerungen, deren Lösung im Allgemeinen Teil des BGB angesiedelt ist. Es geht um das Problem, dass eine wertvolle Ware zu einem geringen Startpreis und

ohne Angabe eines Mindestpreises angeboten und dann zu einem weit unter dem Marktwert liegenden Preis „ersteigert“ wird. Gegenstand des konkreten Falls war ein Mobiltelefon der Luxusmarke „Vertu“, das offenbar am Markt zum Preis eines Neuwagens (24.000 €) zu erstehen ist. Den Zuschlag bekam der Käufer bei 782 €.

Es war nun zu klären, ob der Vertrag wirksam zu Stande gekommen ist. Entgegenstehen könnte der Umstand, dass es sich in Anbetracht der erheblichen Differenz zwischen Preis und Wert um ein wucherähnliches Geschäft handelt (§ 138 BGB).

Der Fall weist darüber hinaus einen zweiten, kaufrechtlichen Komplex auf. Die gelieferte Ware entpuppte sich als Plagiat. Zu klären waren nun Fragen der Beschaffenheitsvereinbarung und der Kenntnis des Mangels beim Käufer.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Kein wucherähnliches Rechtsgeschäft

Der VIII. Zivilsenat des BGH stellt – völlig zu Recht – fest, dass die allgemeinen Grundsätze zum wucherähnlichen Geschäft nicht auf den Fall der Internetauktion übertragen werden können. Geht man im Allgemeinen davon aus, dass dem Vertragspartner eine verwerfliche Gesinnung zu unterstellen ist, wenn bei hochwertigen Sachen der Wert doppelt so hoch ist wie der vereinbarte Kaufpreis, gestaltet sich der Prozess des Vertragsschlusses bei einer ebay-Auktion vollkommen anders. Hier kann es vorkommen, dass der Verkäufer die Ware zu einem weit unter dem Wert liegenden Startpreis einstellt und die Auktion schleppend verläuft, so dass sich am Ende ein geringer Kaufpreis ergibt. Die Mechanismen des Markts bestimmen hier in ungeheuer deutlicher Form die Preisbildung. Oftmals mögen auch Zufälligkeiten das Bieterverhalten beeinflussen. Die dadurch am Ende der Angebotszeit entstehende Vereinbarung über Leistung und Gegenleistung lässt dann nicht, wie es bei der herkömmlichen Einigung im Rahmen eines Kaufvertrages in der Regel der Fall sein mag, den Schluss auf die verwerfliche Gesinnung des Käufers zu, der außerordentlich günstig erwirbt. Der Vertragsmechanismus funktioniert bei Internetauktionen völlig anders als im Austauschgeschäft im Laden oder etwa beim Abschluss eines Grundstückkaufvertrags, so dass die diesbezüglich zu § 138 BGB entwickelten Grundsätze nicht übertragbar sind. Der Vertrag über das Telefon war daher wirksam; ein Verstoß gegen § 138 BGB ist nicht festzustellen.

2. Beschaffenheitsvereinbarung und Mangelkenntnis

Soweit dies der bislang allein vorliegenden Pressemitteilung zu entnehmen ist, erfolgen auf der Grundlage der Annahme, dass der Kaufvertrag wirksam ist, noch weitere hoch interessante Ausführungen zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht in diesem Fall.

Es stellt sich nämlich die Frage, ob aus dem Umstand, dass der Verkäufer einen wertvollen Gegenstand zu einem Startpreis von nur 1 € anbietet, zu folgern ist, dass es sich nicht um einen makellosen Originalartikel handelt. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob in der Wahl des geringen Startpreises eine Aussage über die Beschaffenheit der Ware

¹ Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> abrufbar.

² BGH, Urt. v. 7.11.2001 – VIII ZR 13/01 (ricardo.de); BGH, Urt. v. 3.11.2004 – VIII ZR 375/03.

³ Siehe etwa BGH, Urt. v. 9.12.2009 – VIII ZR 219/08.

⁴ BGH, Urt. v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09.

⁵ BGH, Urt. v. 8.6.2011 – VIII ZR 305/10.

und dem entsprechenden Gebot eines Interessenten der Abschluss einer dementsprechenden Beschaffensvereinbarung liegt. Dies lehnt der *Senat* mit dem Hinweis darauf ab, dass auch hier die Besonderheiten der Preisbildung bei Internetauktionen zu berücksichtigen sind und sich der Endpreis nach ganz eigenen Regeln des Markts bildet. Dem gewählten Startpreis kommt insofern kein eigener Aussagewert über die Beschaffenheit der Sache zu. Auch hier verdient der *Senat* Zustimmung.

Entsprechend positioniert sich der BGH zu der Kenntnis bzw. fahrlässigen Unkenntnis des Käufers von der mangelhaften Beschaffenheit des Geräts, § 442 BGB. Der Teilnehmer einer Internetauktion muss nicht davon ausgehen, dass es sich bei einer Ware, die zu einem Startpreis von 1 € angeboten wird, um eine Fälschung handelt.

3. Rechtsfolge

Der *Senat* hat die Sache mit dem Hinweis an das OLG Saarbrücken zurückverwiesen, dass geprüft werden müsse, ob im konkreten Fall ein Mangel vorlag. Dabei wird es entscheidend darauf ankommen, ob der verständige Käufer davon ausgehen konnte, dass ein Originalgerät angeboten wurde. Nimmt man dies einmal an, sieht sich der Verkäufer mit einem ihn empfindlich treffenden Schadensersatzanspruch konfrontiert. Am Vorsatz, ein Plagiat zu liefern, dürfte kein Zweifel bestehen. Da die Pflichtverletzung auch erheblich ist (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB), wäre dem Käufer das Erfüllungsinteresse zu ersetzen, das sich daraus ergibt, eine Ware im Wert von 24.000 € zum Preis von 782 € gekauft zu haben. Unterstellt man, dass der Verkäufer kommentarlos und vorsätzlich ein Plagiat angeboten hat, widerstrebte einem dieses auf den ersten Blick erstaunliche Ergebnis nicht unbedingt.

III. Ergebnis

Mit der Entscheidung sind drei weitere hoch interessante Fragen des Abschlusses eines Kaufvertrages im Rahmen einer sog. Internetauktion höchststrichtrichlerlich geklärt worden. Auf der Grundlage der Informationen aus der vorliegenden Pressemitteilung verdient der *Senat* umfänglich Zustimmung. Die Sonderbehandlung der Preisbildung im Rahmen der „Auktion“ im Hinblick auf die Wirksamkeit des Vertrags angesichts des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung (wucherähnliches Geschäft) überzeugt. Ebenso leuchtet es ein, dem Angebot einer werthaltigen Ware zum Startpreis von 1 € nicht den Gehalt einer Beschaffensvereinbarung zuzubilligen. Schließlich muss auch der Käufer nicht damit rechnen, dass eine Ware, die zu einem geringen Startpreis angeboten wird, mangelhaft ist. Schließlich erscheint eine Schadensersatzhaftung des Verkäufers angemessen.

Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld

Entscheidungsanmerkung

Aufwendungserstattung bei Störungsbeseitigung

Der Anspruch auf Ersatz der zu einer Störungsbeseitigung erforderlichen Aufwendungen kann durch einen Abzug „neu für alt“ gemindert sein. (Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 683, 677, 670 und §§ 254, 1004

BGH, Urt. v. 13.1.2012 – V ZR 136/11 (LG Aachen, AG Eschweiler)¹

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Die der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhaltskonstellation gehört zu den immer wiederkehrenden Fällen im Nachbarschaftsrecht:² Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks. In den Anschlusskanal des Wohnhauses auf dem Grundstück drangen Wurzeln eines von der beklagten Stadt außerhalb gepflanzten und unterhaltenen Baumes ein. Die Klägerin ließ die Schäden am Anschlusskanal zunächst auf eigene Kosten beseitigen. Die Versicherung der Beklagten erstattete ihr einen Teil der Auslagen. Den Rest machte die Klägerin mit der Klage geltend. Die Vorinstanz bejahte einen Anspruch aus auftragsloser Geschäftsführung und kürzte diesen nach dem Grundsatz eines Abzugs „neu für alt“. Der 5. Senat des Bundesgerichtshofs hat die Entscheidung nun bestätigt.

2. Die Streitfrage des Falles ist eingebettet in das Prüfungsschema eines Anspruchs auf Aufwendungserstattung. Der Senat geht im Anschluss an die ständige Rechtsprechung davon aus, dass ein Eigentümer, der Beeinträchtigungen seines Eigentums selbst beseitigt, von dem zur Beseitigung verpflichteten Störer Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann. Dies erfolgt, soweit die Voraussetzungen vorliegen, nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683, 670 BGB), im Übrigen aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (Rn. 6 der Entscheidung). Die eigentliche Brisanz liegt in der Kürzung des Zahlungsanspruches nach dem schadensersatzrechtlichen Prinzip „neu für alt“. Insofern findet sich die Entscheidung im Zentrum eines Meinungsstreits, welcher seit langem als neuralgischer Punkt bei der Abgrenzung zwischen Sachen- und Deliktsrecht gilt.³ Die negatorischen Ansprüche nach § 1004 BGB werden allgemein als dingliche Ansprüche eingeordnet. Sie zielen auf Aufhebung eines Zustands der Eigentumsbeeinträchtigung und auf Vermeidung künftiger Störungen der Eigentümerstellung. Zusammen mit § 985 BGB konkretisiert § 1004 BGB

so das ausschließliche Recht des Eigentümers.⁴ Trotz des dem Grunde nach unbezweifelten dinglichen Charakters des Beseitigungs- und des Unterlassungsanspruchs führt die praktische Anwendung regelmäßig in die erwähnten Untiefen der Abgrenzung. So auch hier. Rechtsprechung und herrschendes Schrifttum erkennen die unterschiedlichen Funktionen von Beseitigung und Schadensersatz ausdrücklich an. Dies hindert allerdings nicht die Handhabung der Beseitigung mit „schadensersatzende[r] Wirkung“. Der Senat hat dies auch nun wieder ausdrücklich festgestellt (Rn. 11 der Entscheidung).

3. Die Anerkennung eines Abzugs „neu für alt“ ist, wie es scheint, ein weiterer Schritt auf dem Weg einer Annäherung von Sachen- und Deliktsrecht. Die Entscheidung hat damit höchste Relevanz für die Praxis, das juristische Studium und das Examen.

II. Bedeutung, Anwendung und Würdigung

Die Entscheidung des Senats ist besonders unter zwei Gesichtspunkten interessant. Zunächst offenbart die Argumentation die immer noch ungeklärte dogmatische Divergenz zwischen einem schadensersatzähnlichen Konzept der Beseitigung nach der herrschenden Meinung und dem streng dinglichen Verständnis des Beseitigungsanspruchs in Teilen des Schrifttums. Die Streitfrage spiegelt sich darüber hinaus im unterschiedlichen Verständnis über die Reichweite des Beseitigungsanspruchs.

1. Die Rechtsprechung des BGH und das herrschende Schrifttum gründen die Haftung nach § 1004 BGB auf die Kausalität des Störerverhaltens. Der Störer ist zur Beseitigung der von ihm verursachten Beeinträchtigungen verpflichtet.⁵ Dieser Ansatz wird darum oft als Kausalitätstheorie bezeichnet.⁶ Hinsichtlich des Umfangs der zu beseitigenden Beeinträchtigung geht insbesondere die Rechtsprechung des 5. Senats davon aus, dass der Störer nicht nur zur isolierten Beseitigung der Störungsquelle, sondern auch und vor allem zur Herstellung der Wiederbenutzbarkeit verpflichtet sei.⁷ Der Eigentümer eines Grundstücks, welches in seiner Benutzbarkeit durch Baumwurzeln beeinträchtigt ist, kann deshalb nicht nur Beseitigung der Wurzeln verlangen, sondern auch die dabei z.B. erforderlichen Reparaturen beeinträchtigter Wasserrohre oder Bodenbeläge.⁸ Entgegengesetzte Mindermeinungen im Schrifttum bilden die sogenannte Usurpati-

¹ Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> abrufbar.

² Zur sogenannten Wurzelrechtsprechung siehe Lobinger, JuS 1997, 981 (982).

³ Vgl. z.B. BGH NJW 1996, 845 (846: „gehört zu den ungelösten Problemen des § 1004 BGB“); ebenso Gursky, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 1999, § 1004 Rn. 134; Wenzel, NJW 2005, 241 (243); zuletzt auch Weick, NJW 2011, 1702 (1703).

⁴ Siehe allgemein z.B. Baldus, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 1004 Rn. 1; Fritzsche, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2008, § 1004 Rn. 1; Bassenge, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 1004 Rn. 1.

⁵ Siehe z.B. BGHZ 17, 266 (291); BGHZ 49, 340 (347); BGHZ 59, 378 (380); Lutter/Overath, JZ 1968, 347.

⁶ Siehe z.B. Lettl, JuS 2005, 871 (872).

⁷ Vgl. z.B. BGH NJW 1996, 845; ausdrücklich zur sogenannten Wiederbenutzbarkeitstheorie auch Wenzel, NJW 2005, 241 (243).

⁸ So z.B. in BGHZ 97, 231 (236); BGH NJW 1995, 395 (396); BGH NJW 1997, 2234; BGH NJW-RR 2003, 953; BGH NJW 2004, 603.

onstheorie und die *actus contrarius*-Theorie. Verfechter des erstgenannten Ansatzes sehen die zu beseitigende Beeinträchtigung in einer Anmaßung von Eigentümerbefugnissen durch den Störer („Usurpation“). Der Beseitigungsanspruch ist stets nur auf die Wiederherstellung einer unbeeinträchtigten Eigentümerstellung gerichtet.⁹ Im Ergebnis ähnlich fordert die *actus contrarius*-Theorie zur Beseitigung eine der Beeinträchtigung entgegengesetzte Handlung durch den Störer („*actus contrarius*“).¹⁰ Beide Theorien betonen die dingliche Natur der Ansprüche nach § 1004 BGB und deren Einbindung in die Systematik der §§ 985 ff. BGB. Der Unterschied zur herrschenden Ansicht zeigt sich vor allem im praktischen Ergebnis: ein streng dingliches Verständnis des Beseitigungsanspruchs beschränkt den Eigentümer auf die Beseitigung der Beeinträchtigung ohne jegliche darüber hinaus gehende Tätigkeit oder weitere Zuwendungen. Der Störer schuldet dann gerade keine Wiederherstellung des Zustandes vor dem Beginn der Beeinträchtigung.¹¹ Für den Fall störender Wurzeln bedeutet dies konkret, dass der Störer die Beseitigungspflicht bereits durch schlichtes Abkappen der Wurzeln und die Eigentumsaufgabe an den abgetrennten Wurzelteilen erfüllt hat.¹²

2. In der praktischen Anwendung sind zwei Aspekte von besonderer Bedeutung. Zunächst fällt auf, dass die herrschende Meinung die Frage der Anspruchsgrundlagen nicht streng beurteilt. In der Regel wird lediglich festgestellt, dass ein Anspruch auf Kostenerstattung aus auftragsloser Geschäftsführung oder Kondiktion bestehe. Die Gegenansicht ist hier weit restriktiver. Zudem bestehen erhebliche Unterschiede beim Umfang der Ansprüche.

a) Übereinstimmung besteht noch insoweit als der Störer nach allen Ansichten grundsätzlich immer die zur Beseitigung der Beeinträchtigung erforderlichen Kosten zu tragen hat.¹³ Dies ist Folge der vom Gesetz statuierten Beseitigungspflicht. Die Einigkeit hat hingegen ein Ende in Fällen, in welchen der in seinem Eigentum Gestörte die Beeinträchtigung im Wege der sogenannten Selbsthilfe beseitigt.

aa) Der Bundesgerichtshof und das herrschende Schrifttum gehen auch in Fällen der Selbsthilfe von einem Kostenerstattungsanspruch aus. Dieser wird vorrangig auf die Vorschriften der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt.¹⁴ Scheitert der Anspruch aus auftragsloser Geschäfts-

führung, soll die Kostenerstattung nach Bereicherungsrecht erfolgen.¹⁵ Zu erstatten sind nach § 818 Abs. 2 BGB diejenigen Aufwendungen, welche der Störer im Falle der eigenen Beseitigung hätte erbringen müssen. Dies umfasst auch die Kosten für die Feststellung der Störungsursache.¹⁶ Vereinzelt wird als einschränkende Voraussetzung für die Geltendmachung eines Kostenerstattungsanspruchs durch den sich selbst helfenden Eigentümer die vorherige Aufforderung zur Beseitigung an den Störer analog § 250 BGB gefordert. Verzichte man auf dieses Erfordernis, komme es zur Ungleichbehandlung des schuldlosen und des schuldhaft handelnden Störers.¹⁷

bb) Während die Rechtsprechung bei der Feststellung des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen vor allem im Rahmen der §§ 677 ff. BGB oftmals wenig Begründungsaufwand betreibt, verneint eine Mindermeinung im Schrifttum die Erstattung bereits dem Grunde nach: es fehle regelmäßig an dem für eine berechtigte auftragslose Geschäftsführung erforderlichen Interesse des Störers (als Geschäftsherrn) an der Beseitigung. Im Übrigen müsse auch die Erstattung nach Kondiktionsgrundsätzen ausscheiden. Gegen die Heranziehung des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs spreche, dass in diesem Fall nicht nur die schuldnerschützenden Vorschriften des § 887 ZPO (insbesondere die zwingende vorherige Anhörung) umgangen würden. Darüber hinaus würde ein Ausgleich über die §§ 812, 818 BGB den Wertungen des Leistungsstörungsrechts zuwiderlaufen, dessen Regelungen zur Unmöglichkeit der Leistung abschließend seien. Schließlich müsse der zur Selbsthilfe schreitende Eigentümer zur Beseitigung der Beeinträchtigung gerade seinerseits oftmals in die Substanz der „störenden“ Sache eingreifen, so z.B. bei deren Entfernung von seinem Grundstück. Hierfür fehle es regelmäßig an einem Rechtfertigungsgrund, insbesondere wenn die Voraussetzungen der auftragslosen Geschäftsführung nicht vorlägen.¹⁸

b) Der Streit über die Rechtsnatur des Beseitigungsanspruchs setzt sich schließlich in der Beurteilung der Rechtsfolgen fort. Hier liegt die maßgebliche Bedeutung der Entscheidung des *Senats*.

aa) Vertreter der Mindermeinung lehnen unter Verweis auf die dingliche Natur des Beseitigungsanspruchs eine ent-

⁹ Siehe grundlegend *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972; *Gursky*, JR 1989, 397; *Lobinger*, JuS 1997, 981; *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 151.

¹⁰ So z.B. *Baur*, AcP 160 (1961), 489 f.; im Anschluss auch *Lettl*, JuS 2005, 871 (872). Kritisch zu den Unterschieden der Meinungen aber *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 134.

¹¹ So z.B. *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 140.

¹² *Gursky*, JZ 1992, 312 (315); *ders.* (Fn. 3), § 1004 Rn. 141; ähnlich *Lettl*, JuS 2005, 871 (878).

¹³ Allg. Ansicht; siehe nur *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 152 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹⁴ Siehe z.B. RGZ 149, 205 (208); BGH NJW 1966, 1360 (1362); BGHZ 110, 313 (314 f.); *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2 § 86 VI 1e. Zum Teil wird ein Anspruch auf Kostenerstattung bei Selbstvornahme auf eine entsprechende Anwen-

dung der §§ 280, 281 BGB gestützt, so z.B. *Bezenberger*, JZ 2005, 373 (374 f.); kritisch hierzu z.B. *Lettl*, JuS 2005, 871 (874).

¹⁵ Siehe z.B. RGZ 138, 327 (328 f.); BGH NJW 1964, 1365; BGH NJW 1995, 395 (396).

¹⁶ BGH NJW 2004, 603 (604). Schließlich soll subsidiär zum Bereicherungsrecht ein Anspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB in Betracht kommen. Siehe ebenfalls ausdrücklich BGH NJW 2004, 603 (605).

¹⁷ So z.B. *Lettl*, JuS 2005, 871 (874); im Ergebnis ähnlich über eine entsprechende Anwendung der §§ 280, 281 BGB: *Bezenberger*, JZ 2005, 373 (376 f.).

¹⁸ Ausführlich *Gursky*, NJW 1971, 782; *ders.*, JZ 1992, 312 (314); *ders.* (Fn. 3), § 1004 Rn. 153; kritisch auch *Bezenberger*, JZ 2005, 373 (374 f.). Aus der untergerichtlichen Rechtsprechung ähnlich z.B. LG Bonn NJW-RR 1987, 1421.

sprechende Anwendung schadensersatzrechtlicher Normen ab. Aufgrund seines Inhalts und seiner systematischen Stellung im BGB sei der negatorische Beseitigungsanspruch einer Modifikation nicht zugänglich. Kurz: er kann nur ganz oder gar nicht gewährt werden.¹⁹ Demgegenüber lässt die Rechtsprechung im Rahmen der Beseitigungshaftung des Störers nicht nur eine analoge Anwendung des § 251 Abs. 2 BGB zu, sondern erlaubt auch die Kürzung des Anspruchs bei Mitverursachung durch den gestörten Eigentümer entsprechend § 254 BGB.²⁰ Der Störer dürfe schließlich bei schuldhaftem Handeln nicht besser stehen als bei schuldloser Verursachung der Beeinträchtigung.²¹ Bei der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB kommt es allerdings nicht auf ein Verschulden des Eigentümers an. Im Kontext der verschuldensunabhängigen Vorschrift des § 1004 BGB dürfe für beide Seiten ausschließlich auf die Mitverursachung abgestellt werden.²² Der Einwand der Mitverursachung kann sowohl im Hinblick auf den Anspruch auf Beseitigung als auch für den Anspruch auf Kostenerstattung in Ansatz gebracht werden.²³ Da im Rahmen eines Streits um die Beseitigung allerdings kaum je eine gemeinsame und anteilige Beseitigung durch den Eigentümer und Störer tenoriert werden kann, muss die Mitverursachung auf Seiten des Eigentümers im Prozess um die tatsächliche Beseitigung demnach in Form einer Kostenbeteiligung im Verhältnis seiner Haftungsquote berücksichtigt werden.²⁴ Praktisch erfolgt dies durch Verurteilung des Störers zur Beseitigung Zug-um-Zug gegen anteilige Kostenübernahme durch den Eigentümer.

bb) In der Konsequenz einer Annäherung des Beseitigungsanspruchs an den Schadensersatzanspruch ist seit einiger Zeit insbesondere auch ein Abzug „neu für alt“ in der Diskussion.²⁵ Dem hat sich der *Senat* nun ausdrücklich angeschlossen. Dies erfolgt (erneut) unter Hinweis auf das grundsätzlich weit zu fassende Verständnis der Eigentumsbeeinträchtigung und die von der Rechtsprechung entsprechend ausgedehnte Pflicht zur Beseitigung. Der *Senat* betont zwar auch hier wieder die grundsätzlich abweichende Funktion der Ansprüche auf Störungsbeseitigung und auf Schadensersatz, verweist jedoch zugleich auf die jedenfalls teilweise „schadensersatzende Wirkung“ des Beseitigungsanspruchs (Rn. 11 der Entscheidung). Demnach sei es nur folgerichtig, dass die schadensersatzbegrenzenden Vorschriften und Grundsätze auch auf den Beseitigungsanspruch und den Folgeanspruch auf Kostenerstattung anzuwenden seien.

3. Der Meinungsstreit entzündet sich vordergründig an der dogmatischen Einordnung der *actio negatoria*. Im Kern geht es aber um die schlichte Verteilung der Kosten von Eigentumsbeeinträchtigungen. Zu klären ist, wer die Folgen eines Eindringens in den fremden Rechtskreis zu tragen hat – der Eigentümer oder der schuldlose Außenstehende. Bei genauer Betrachtung liefert das Gesetz einen deutlichen Hinweis. Wenn selbst ein rechtmäßiger und zu duldender Eingriff in fremde Rechtskreise nach den §§ 904 S. 2 und 906 Abs. 2 S. 2 BGB eine Ausgleichspflicht nach sich zieht, sollte dies doch erst recht für einen nicht zu duldenden Eingriff gelten. Jedenfalls spricht dies gegen die Beschränkung auf eine Beseitigung der Usurpation oder auf den *actus contrarius*.²⁶ Selbstverständlich erweitert die Rechtsprechung mit ihrer Lösung den Kreis der Tatbestände einer verschuldensunabhängigen Kausalhaftung.²⁷ Dies ist jedoch kein systematischer Wertungswiderspruch und führt nicht zu dogmatischen Verwerfungen. Zwar ist es grundsätzlich bedenklich, wenn die Trennlinie zwischen Sachen- und Deliktsrecht nur noch schwer auszumachen ist. Dies riskiert Rechtsunsicherheit bei der Abgrenzung von „Eigentumsbeeinträchtigung“ und „Schaden“. Jedenfalls insoweit ist der kritischen Mindermeinung eine dogmatische Stringenz nicht abzusprechen. Sie trennt Sachen- und Deliktsrecht penibel. Dennoch bleibt auch die Mindermeinung hinter den eigenen Ansprüchen einer klaren Abgrenzung zurück. Was ein „Zurückziehen hinter die Grenzen seines Rechtskreises“²⁸ in der konkreten Anwendung bedeutet ist in der Praxis keinesfalls immer eindeutig zu ermitteln. Zudem vermengt dieser Ansatz Unterlassung und Beseitigung durch die unzulässige Gleichbehandlung beider Fälle.²⁹ Drastisch zeigt sich dieses Problem an der praktischen Entwertung des Beseitigungsanspruchs durch die Mindermeinung. Versagt man dem Eigentümer z.B. in Konstellationen einer Bodenverseuchung durch eingedrungene Substanzen einen Anspruch auf Aushub und Entsorgung der Altlast oder verweist man ihn in den Wurzelfällen lediglich auf die Kappung oder Entfernung der Wurzeln ohne anschließende Sanierung von Rohren oder Bodenbelägen, verbleibt vom Beseitigungsanspruch lediglich eine leere Hülle³⁰.

Prof. Dr. Tim W. Dornis, Lüneburg

¹⁹ So ausführlich und pointiert *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 151; ebenso *Picker* (Fn. 9), S. 158 f.

²⁰ Vgl. z.B. BGH NJW 1995, 395 (396); BGH NJW 1997, 2234 (2235).

²¹ BGH NJW 1997, 2234 (2235).

²² *Lettl*, JuS 2005, 871 (877).

²³ BGH NJW 1997, 2234 (2235).

²⁴ BGH NJW 1997, 2234 (2235); ausführlich auch *Lettl*, JuS 2005, 871 (878).

²⁵ So z.B. LG Düsseldorf BeckRS 2008, 09737; BayObLGZ 1968, 76 (84 f.); offen gelassen in OLG Zweibrücken NVwZ-RR 2004, 11 (12); ausführlich *Wolf*, LM § 254 [Bb] BGB Nr. 13 Bl. 5 f.; *Wenzel*, NJW 2005, 241 (243).

²⁶ So zutreffend *Wolf*, LM § 254 [Bb] BGB Nr. 13 Bl. 5 f.

²⁷ *Wolf*, LM § 254 [Bb] BGB Nr. 13 Bl. 5 f. Kritisch zur Erweiterung der Haftung in diesem Fall vor allem *Lobinger*, JuS 1997, 981 (984).

²⁸ *Picker* (Fn. 9), S. 157.

²⁹ So auch BGH NJW 1996, 845 (846).

³⁰ So zutreffend *Wenzel*, NJW 2005, 241 (243) gegen *Gursky* (Fn. 3), § 1004 Rn. 138 und *Picker* (Fn. 9), S. 32, 88.

Entscheidungsanmerkung

Verbot der öffentlichen Solarienbenutzung für Minderjährige

1. Die allgemeine Handlungsfreiheit schützt auch ein Verhalten, das Risiken für die eigene Gesundheit oder gar deren Beschädigung in Kauf nimmt.
2. Es ist grundsätzlich ein legitimes Gemeinwohlanliegen, Menschen davor zu bewahren, sich selbst leichtfertig einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen. Insbesondere der Schutz der Jugend ist nach einer vom GG selbst getroffenen Wertung ein Ziel von bedeutsamem Rang und ein wichtiges Gemeinschaftsanliegen.
3. Der Schutz vor selbstschädigendem Verhalten verfolgt ein Ziel, das nur in besonders gravierenden Fällen in der Abwägung mit einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu bestehen vermag. Im Bereich des – als Rechtfertigungsgrund für Grundrechtseingriffe im GG ausdrücklich anerkannten (vgl. Art. 5 Abs. 2 GG) – Jugendschutzes steht dem Gesetzgeber jedoch ein weiterer Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. In dessen Rahmen kann er unter Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Jugendlichen und dem Erziehungsrecht der Eltern entscheiden, in welcher Weise Situationen entgegengewirkt werden soll, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen können. (Orientierungssatz)

GG Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2, Art. 12 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2
BVerfGG § 93a Abs. 2
NiSG § 4

BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10¹

I. Die Entscheidung des BVerfG

Seit dem 4.8.2009² ist Minderjährigen nach Maßgabe des § 4 des Gesetzes zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSG)³ die Benutzung von öffentlichen Solarien untersagt. Die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde einer Minderjährigen, ihrer Eltern sowie des Betreibers eines Sonnenstudios wurde mit Beschluss des BVerfG vom 21.12.2011 nicht zur Entscheidung angenommen. Der Verfassungsbeschwerde wurde keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 93a Abs. 2 BVerfGG beigegeben; die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen sind

bereits geklärt.⁴ Nach Auffassung des BVerfG werden durch das Verbot der öffentlichen Solarienbenutzung weder die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der Minderjährigen, noch das Elterngrundrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) oder die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Sonnenstudiotreibers verletzt.

II. Die grundrechtliche Würdigung im Einzelnen

1. Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG

Gemäß § 4 NiSG darf Minderjährigen die Benutzung von Anlagen zur Bestrahlung der Haut mit künstlicher ultravioletter Strahlung in Sonnenstudios, ähnlichen Einrichtungen oder sonst öffentlich zugänglichen Räumen nicht gestattet werden. Mit dem Benutzungsverbot derartiger Anlagen im außermedizinischen Bereich soll der besonderen Gefährlichkeit von künstlicher UV-Strahlung für Heranwachsende Rechnung getragen werden. Schließlich ist das Risiko von Hautkreberkrankungen deutlich erhöht, wenn Menschen bereits während der Kindheit und Jugend vermehrt UV-Strahlung ausgesetzt sind.⁵

In seinem Beschluss vom 21.12.2011 verweist das BVerfG darauf, dass die allgemeine Handlungsfreiheit auch ein risikoreiches Verhalten für die eigene Gesundheit umfasst.⁶ Die Verfassung kennt keine Pflicht des Menschen, gesund zu leben.⁷ Risikoreiches Verhalten wird im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit aber auch nicht schrankenlos gewährleistet. Soweit die Eigenständigkeit des Menschen gewahrt wird, muss er sich diejenigen Schranken gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des allgemein Zumutbaren zieht.⁸ Menschen davor zu bewahren, sich leichtfertig einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen, ist nach dem BVerfG grundsätzlich ein legitimes Gemeinwohlanliegen.⁹ Ein solcher staatlicher Schutz des Menschen vor sich selbst wurde bislang in einzelnen Fällen (z.B. Gurtanlegepflicht für Kraftfahrzeugführer¹⁰, Schutzhelmpflicht für Kraftfahrer¹¹, Strafbarkeit des unerlaubten Umgangs mit Cannabisprodukten¹²) auch als zulässig erachtet.¹³ Jedoch sind an die Beschränkung von risikoreichem Verhalten sehr hohe Anforderungen zu stellen. Die mit Art. 2 Abs. 1 GG gewährte Freiheit, Risiken einzugehen und sich selbst zu gefährden, kann nur in engen Grenzen beschnitten werden. Der Verfassung liegt der Gedanke eines mündigen Bürgers zugrunde.¹⁴ Aus der Interpretation der Grundrechte als objektive Grundsatznormen mit Schutzverpflichtungen des Staates folgt, dass die

¹ Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter:
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20111221_1bvr200710.html.

² Vgl. zum Inkrafttreten der Regelung Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Regelung des Schutzes vor nichtionisierender Strahlung v. 29.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2433.

³ Gesetz zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSG) v. 29.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2433.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 14.

⁵ BT-Drs. 16/12276, S. 8 li. Sp.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 17.

⁷ Kloepfer/Jablonski, UPR 2009, 418 (424).

⁸ BVerfGE 4, 7 (16).

⁹ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 21.

¹⁰ BVerfG NJW 1987, 180.

¹¹ BVerfGE 59, 275 = NJW 1982, 1276.

¹² BVerfGE 90, 145 = NJW 1994, 1577.

¹³ Kloepfer/Jablonski, UPR 2009, 418 (424).

¹⁴ Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 Rn. 50 (Stand: Juli 2001).

Dispositionsbefugnis über diese prinzipiell nicht beschränkt werden darf.¹⁵ Andernfalls würden die staatlichen Schutzpflichten nicht freiheitssichernd die Abwehrfunktion der Grundrechte stärken, sondern sich die Grundrechte den Grundrechtsträgern freiheitsfeindlich entgegenstellen.¹⁶ Ein bevormundender staatlicher Schutz des Menschen vor sich selbst ist regelmäßig gerade nicht geboten. Somit erfährt ein (ausufernder) gesetzgeberischer Paternalismus berechtigterweise Kritik.¹⁷

Um gleichwohl im Sinne eines legitimen Gemeinwohlansliegens den hinreichend einsichtsfähigen Menschen vor einem sich leichtfertig zuzufügenden größeren persönlichen Schaden zu bewahren, ist mehr als die persönliche Gefährdung allein notwendig. Ein staatlicher (Schutz-)Eingriff kann dann gerechtfertigt sein, wenn das selbstgefährdende Verhalten zugleich Grundrechte Dritter gefährdet bzw. weitreichende Folgen für die Allgemeinheit verursacht.¹⁸ So wurden Gurtanlegepflicht und Schutzhelmpflicht dahingehend gerechtfertigt, dass der ungesicherte Verkehrsteilnehmer nicht nur sich selbst schade, sondern durch sein Verhalten bzw. den gegebenenfalls erforderlichen Einsatz von Rettungsfahrzeugen auch die Gefahr von Folgeunfällen für andere Verkehrsteilnehmer wächst.¹⁹ Zur Strafbarkeit des unerlaubten Umgangs mit Cannabisprodukten wurde ferner auf den Schutz der menschlichen Gesundheit der Bevölkerung im Ganzen als legitimer Gesetzeszweck verwiesen.²⁰ Das gesellschaftliche Zusammenleben sei von den sozialschädlichen Wirkungen des Drogenkonsums freizuhalten.²¹ Hingegen vermag allein eine mögliche Belastung der Allgemeinheit mit späteren Krankheitsbehandlungskosten des sich selbst Gefährdenden einen staatlichen (Schutz-)Eingriff in der Regel nicht zu rechtfertigen.²² Schließlich bedingt die gewährte Freiheit eines risikoreichen Verhaltens die Hinnahme derartiger Folgekosten durch die Solidargemeinschaft.

Das Verbot des § 4 NiSG zielt auf risikoreiche Handlungen und Verhaltensweisen im Freizeitbereich ab und vermag daher nur in besonders gravierenden Fällen in der Abwägung mit einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu bestehen.²³ Mit der Benutzung von Solarien wird lediglich die Gesundheit des Einzelnen gefährdet. Grundrechte Dritter bleiben unberührt. Auch kann bei der Solarienbenutzung keineswegs von einem generell sozialschädlichen Verhalten ausgegangen werden. Es besteht einzig das Risiko folgender Krankheitsbehandlungskosten. Entsprechend den vorangegangenen Ausführungen wäre somit ein absolutes Benutzungsverbot von Solarien nicht gerechtfertigt.

Freilich wird die Problematik des staatlichen Schutzes des Bürgers vor sich selbst bei § 4 NiSG durch den Minderjährigenschutz überlagert. So ist der Schutz der Jugend nach einer von der Verfassung selbst getroffenen Wertung ein Ziel von bedeutsamem Rang und ein wichtiges Gemeinschaftsanliegen.²⁴ Der Jugendschutz ist in Art. 5 Abs. 2 GG ausdrücklich als Rechtfertigungsgrund für Grundrechtseingriffe anerkannt.²⁵ Der Gesetzgeber ist aufgrund des verfassungsrechtlich bedeutsamen Interesses an einer ungestörten Entwicklung der Jugend berechtigt, umfangreiche Regelungen zu erlassen, durch welche der Jugend drohende Gefahren abgewehrt werden.²⁶ Bei der Ausgestaltung dieser Regelungen zum Schutz von Minderjährigen vor Selbstgefährdung und Selbstschädigung steht dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum unter Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Minderjährigen und dem Erziehungsrecht der Eltern zu.²⁷ Ausreichend für die Eignung einer Maßnahme zur Verfolgung des Schutzzwecks ist bereits die Möglichkeit der Zweckerreichung.²⁸ Mit dem Verbot des § 4 NiSG wird den Minderjährigen zwar teilweise die Dispositionsbefugnis über die Gestaltung ihres Aussehens und ihrer Freizeitgestaltung in einem Bereich privater Lebensgestaltung und damit in einem Kernbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit genommen.²⁹ Die Eingriffsintensität ist aber verhältnismäßig gering. Mildernd ist anzuführen, dass das Verbot der Solarienbenutzung nur im öffentlich zugänglichen Bereich gilt.³⁰ Indes bleibt zu erwägen, dass sich Jugendschutz auf (noch) fehlender Einsichts- bzw. Beurteilungsfähigkeit von Minderjährigen begründet.³¹ Die Gefahren künstlicher UV-Strahlung für Heranwachsende mögen einigen Minderjährigen hinreichend bewusst sein. Eine daran anknüpfende Prüfung im Einzelfall vor der Benutzung von Solarien ist allerdings wenig praxistauglich. Diskutabel erscheint eher eine unter der Volljährigkeit liegende starre Altersgrenze von beispielsweise 16 Jahren. Vor allem solchen fast Volljährigen muss regelmäßig eine bereits weit gereifte Einsichts- und Beurteilungsfähigkeit zugestanden werden. Insofern werden ihnen gesetzlich auch bestimmte Privilegien gewährt (z.B. §§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 4 JuSchG). Über die Frage, ob auch die eher langfristigen Gefahren der Benutzung von Solarien von diesem Grad der Einsichts- und Beurteilungsfähigkeit hinreichend gedeckt sind, lässt sich

¹⁵ Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, 257 (260).

¹⁶ Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, 257 (260).

¹⁷ S. Gutmann, NJW 1999, 3387 (3388) m.w.N.

¹⁸ Kloepfer/Jablonski, UPR 2009, 418 (424).

¹⁹ S. Di Fabio (Fn. 14), Art. 2 Rn. 52 m.w.N.

²⁰ BVerfGE 90, 145 (174) = NJW 1994, 1577.

²¹ BVerfGE 90, 145 (174) = NJW 1994, 1577.

²² S. Kloepfer/Jablonski, UPR 2009, 418 (424) sowie ausführlich Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 95 ff.

²³ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 33.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 21; grundlegend BVerfGE 30, 336 (348).

²⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 34.

²⁶ S. BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 34 mit Verweis auf BVerfGE 30, 336 (347).

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 34.

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 23 m.w.N.

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 33.

³⁰ S. Kloepfer/Jablonski, UPR 2009, 418 (423 f.) zu der nicht gänzlich übereinstimmenden Intention des Gesetzgebers mit Gesetzeswortlaut und Regelungsinhalt.

³¹ S. ausführlich zum (medizinischen) Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, 257 (258 ff.).

trefflich streiten. Letztlich obliegt es aber in erster Linie dem Gesetzgeber zu entscheiden, in welcher altersmäßigen Abstufung jugendgefährdenden Situationen entgegengewirkt werden soll.³² Das in § 4 NiSG enthaltene Verbot der öffentlichen Solarienbenutzung für Minderjährige bewegt sich somit innerhalb der dem Gesetzgeber obliegenden verfassungsrechtlichen Grenzen. Zu Recht wird daher vom BVerfG ausgeführt, dass das Verbot die allgemeine Handlungsfreiheit der Minderjährigen nicht unzumutbar einschränkt.³³

2. Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 2 GG

Die Eltern der Minderjährigen rügten die Verletzung von Art. 6 Abs. 2 GG. Sie sahen sich durch die Regelung des § 4 NiSG gehindert, ihrer Tochter die Benutzung von öffentlichen Solarien zu gestatten.³⁴ Das Elterngrundrecht in Art. 6 Abs. 2 GG begründet ein weitreichendes Bestimmungsrecht der Eltern über das Kind und die Gesamtverantwortung der Eltern über alles, was die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes beeinflussen und gestalten kann.³⁵ Es umfasst auch die Gestattung von risikoreichem Verhalten, wie die Benutzung von Solarien. Zutreffend hob das BVerfG hervor, dass mit dem Verbot des § 4 NiSG allenfalls ein geringfügiger Eingriff in Art. 6 Abs. 2 GG verbunden ist, da es den Eltern nach wie vor überlassen ist, den Kindern im nicht öffentlich zugänglichen Bereich die Solarienbenutzung zu gestatten.³⁶ Ungeachtet der Alternative eines Verbots mit elterlichem Einverständnisvorbehalt ist der Eingriff jedenfalls gerechtfertigt.³⁷ Als Grenze des Elterngrundrechts ist dessen Pflichtenbindung an das Kindeswohl heranzuziehen, welches das Ziel einer gesunden körperlichen Entwicklung des Kindes beinhaltet.³⁸ Angesichts des deutlich erhöhten Risikos von Hautkrebserkrankungen bei vermehrter Aussetzung von UV-Strahlung in der Kindheit ist zu Recht von der Rechtfertigung eines möglichen Eingriffs in das Elterngrundrecht durch die Regelung des § 4 NiSG auszugehen.

3. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

Das Verbot der öffentlichen Solarienbenutzung für Minderjährige stellt eine Berufsausübungsregelung dar. Es wird die Art und Weise der Berufstätigkeit der Betreiber von öffentlichen Solarien bestimmt.³⁹ Zutreffend sah das BVerfG keine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG. Berufsausübungsregelungen müssen mit sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls begründet werden können.⁴⁰ Hierfür sind wiederum Aspekte des Jugendschutzes heranzuziehen. In das Grundrecht auf freie Berufsausübung wird durch die Rege-

lung des § 4 NiSG nicht unzumutbar eingegriffen, da den Betreibern von den potentiellen Kunden nur die Minderjährigen und diese nur für Dauer ihrer Minderjährigkeit entzogen werden.⁴¹ Zu einer generellen Berufsaufgabe mit entsprechend höheren Anforderungen an ihre Rechtfertigung zwingt § 4 NiSG indes nicht.⁴²

III. Fazit

Das Verbot der öffentlichen Solarienbenutzung für Minderjährige ist verfassungskonform. Die Entscheidung des BVerfG zur Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde gegen § 4 NiSG und die gegebene Begründung überzeugen. Mit seinen Ausführungen ist das BVerfG seiner Linie zur Bewertung von Grundrechtseingriffen zum Zwecke des Jugendschutzes treu geblieben. In diesem Zusammenhang ist überlegenswert, das Verbot des § 4 NiSG auszuweiten. Denkbar ist ein generelles Verbot der Solarienbenutzung für Minderjährige, nicht beschränkt auf den öffentlich zugänglichen Bereich. Auf den noch bestehenden Umgehungstatbestand von „Sonnenstudiovereinen“ könnte so reagiert und die Solarienbenutzung zudem im privaten bzw. häuslichen Umfeld untersagt werden.⁴³ Der Intention des Gesetzgebers, dem Schutz der Minderjährigen vor künstlicher UV-Strahlung, könnte damit umfänglicher entsprochen werden. Insofern ist ein generelles Verbot nur konsequent. Es wäre auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der Minderjährigen und das Elterngrundrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) wären zwar intensiver. Gleichwohl kann der Jugendschutz auch solche Eingriffe in den Bereich der privaten Lebensgestaltung der Minderjährigen und das Bestimmungsrecht der Eltern rechtfertigen. Anzuknüpfen wäre hierbei an den dem Gesetzgeber beim Jugendschutz zustehenden weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum betreffend die konkrete Ausgestaltung von jugendschützenden Regelungen sowie die Festlegung von altersmäßigen Abstufungen.

Rechtsreferendar Stefan Jablonski, Berlin

³² S. BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 35 m.w.N.

³³ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 35.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 10.

³⁵ Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Ed. 13, Stand: 1.10.2011, Art. 6 Rn. 50.

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 38.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 37 f.

³⁸ Uhle (Fn. 35), Art. 6 Rn. 53 f. m.w.N.

³⁹ S. grundlegend BVerfGE 7, 377 (405 f.).

⁴⁰ BVerfGE 65, 116 (125) = NJW 1984, 556.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, Rn. 40.

⁴² S. hierzu Ruffert, in: Epping/Hillgruber (Fn. 34), Art. 12 Rn. 95 m.w.N.

⁴³ S. Kloepfer/Jablonski, UPR 2009, 418 (423 f.).

Entscheidungsanmerkung

Voraussetzungen einer zulässigen Berichterstattung über das Privatleben Prominenter

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat am 7.2.2012 entschieden, dass eine Berichterstattung über das Privatleben Prominenter nicht gegen Art. 8 I EMRK verstößt, wenn sie von öffentlichem Interesse ist und in einem angemessenen Verhältnis zur Achtung des Privatlebens steht. (Entscheidungsformel)

Art. 8 Abs. 1 EMRK

EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2)¹

I. Ausgangslage und Bedeutung

Caroline und Ernst August von Hannover rügten vor dem EGMR, dass die von deutschen Gerichten für zulässig befundenen Bildberichterstattungen sie in ihrem Recht auf Privatheit nach Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzen. Die Bf. hatte sich bereits zuvor erfolgreich vor dem EGMR gegen die Boulevardpresse zur Wehr setzen können. Im sogenannten „Caroline-Urteil“ vom 24.6.2004 befand der EGMR die Privatsphäre der deutschen Rechtsordnung gegenüber der Boulevardpresse als unzureichend geschützt.² In Bezug auf das Recht am eigenen Bild kritisierte er explizit die aus §§ 22, 23 KUG entwickelte absolute Rechtsfigur der „Person der Zeitgeschichte“ sowie das Kriterium der örtlichen Abgeschiedenheit.³ Infolge dieser Kritik berücksichtigten die deutschen Gerichte die vom EGMR aufgeführten Grundsätze zur Stärkung des Privatsphärenschutzes und gaben insbesondere die „Person der Zeitgeschichte“ auf.⁴ Um die Privatsphäre Prominenter vor bloßer Befriedigung von Neugier zu schützen, fragte der BGH nunmehr nach einem Ereignis aus dem Bereich der Zeitgeschichte sowie nach dem Informationswert der gesamten Bildberichterstattung.⁵ Überdies zeigte sich der BGH auch offen, die Umstände der Informationsgewinnung mit einem eigenständigen Verletzungseffekt in der Gesamtbewertung einer Veröffentlichung zu berücksichtigen.⁶ Das BVerfG

hat das vom BGH entwickelte abgestufte Schutzkonzept innerhalb der Abwägung zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG bestätigt.⁷ Trotz dieser weiteren Ausgestaltung des Privatsphärenschutzes, hielten die Bf. die deutsche Rechtsprechung für unvereinbar mit Art. 8 Abs. 1 EMRK.

Relevanz erhält die Entscheidung dadurch, dass die Große Kammer die Pressefreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EMRK im Bereich des Boulevardjournalismus gleich in zwei Fällen und sowohl für die Wort- als auch für die Bildberichterstattung gestärkt hat.⁸ Anders als im „Caroline-Urteil“ aus dem Jahre 2004 hielt der EGMR die neueren Entwicklungen der deutschen Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz in dieser Entscheidung ausdrücklich für vereinbar mit Art. 8 Abs. 1 EMRK und korrigierte insoweit auch seine eigene Rechtsprechung. Die Entscheidung ist nicht nur innerhalb der Entwicklung europäischer Spruchpraxis in multipolar gelagerten Fällen und insbesondere des Privatsphärenschutzes einzuordnen. Sie stellt zugleich einen Bestandteil der fortwährenden Entwicklung des Medienpersönlichkeitsrechts in der deutschen Rechtsprechung dar.

II. Verfahrensgegenstand und Entscheidung

In zwei verbundenen Verfahren rügten die Bf. die Verletzung des Art. 8 Abs. 1 EMRK dadurch, dass die deutschen Gerichte die Veröffentlichungen aus ihrem Privatleben nicht unterbunden hätten. Der Beschwerde lagen Bildberichte aus den Zeitschriften „Frau im Spiegel“ und „Frau Aktuell“ zugrunde, welche die Bf. im Winterurlaub beim Spaziergehen auf offener Straße in St. Moritz zeigten. Betextet waren diese Bilder mit der Krankheit des Fürsten Rainier von Monaco. Der BGH beurteilte den gesundheitlichen Zustand des damals regierenden Fürsten als zeitgeschichtliches Ereignis.⁹ Ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen diesem Ereignis und den veröffentlichten Bildern könne in dem Verhalten einiger Familienmitglieder gesehen werden, die trotz der durch die Krankheit entstandenen familiären Pflichten auf ihre Winterferien nicht verzichteten.¹⁰ Das BVerfG bestätigte die neuen Rechtsprechungsgrundsätze des BGH als verfassungsgemäß, und hielt auch die Beurteilung des Artikels in der „Frau im Spiegel“ für verhältnismäßig.¹¹ Eine Verfassungsbeschwerde

¹ Die Entscheidung ist in engl. Originalfassung abrufbar unter <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=von%20%7C%20hannover&sessionid=89840228&skin=hudoc-en>.

² Vgl. EGMR, Urt. v. 24.6.2004 – 59320/00 (von Hannover v. Deutschland) = NJW 2004, 2647.

³ Zum Gewährleistungsgehalt von Art. 8 Abs. 1 EMRK siehe Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 8 Rn. 29; Marauhn/Meljnijk, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 16 Rn. 35; Karpenstein/Mayer, EMRK, 2012, Art. 8 Rn. 34.

⁴ Näher dazu Teichmann, NJW 2007, 1917.

⁵ BGH NJW 2007, 1981; BGH NJW 2007, 1977; BGH ZUM 2007, 470.

⁶ BGH NJW 2007, 1981 (1982); BGH NJW 2007, 1977 (1981); zur Rezeption der EGMR-Rechtsprechung Frowein/

Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 8 Rn. 12 (Fn. 38).

⁷ BVerfGE 120, 180 = NJW 2008, 1793; siehe auch Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 44.

⁸ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2); EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 39954/08 (Axel Springer v. Deutschland), abrufbar unter <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=axel%20%7C%20springer&sessionid=89840624&skin=hudoc-en> (engl. Originalfassung).

⁹ BGH NJW 2007, 1977 (1980); BGH NJW 2007, 1981 (1982).

¹⁰ BGH NJW 2007, 1977 (1981); BGH NJW 2007, 1981 (1982).

¹¹ BVerfGE 120, 180 = NJW 2008, 1793.

in Bezug auf die Veröffentlichung in der Zeitschrift „Frau Aktuell“ nahm das BVerfG nicht mehr an.

Wenngleich die Bf. vorbrachten, dass die deutsche Rechtsprechung die Grundsätze des „Caroline-Urteils“ aus dem Jahre 2004 nicht ausreichend berücksichtigt hätte,¹² war diese Frage nicht vom Prüfungsgegenstand umfasst. Die Kontrolle des EGMR erstreckte sich allein auf die Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Veröffentlichungen mit Art. 8 Abs. 1 EMRK.¹³ Anders als noch im früheren „Caroline-Urteil“ betonte der EGMR in dieser Entscheidung, dass er gerade nicht nationales Recht abstrakt auf seine Schutzinstrumente zu überprüfen, sondern die Vereinbarkeit des konkret vorgebrachten Verhaltens mit Art. 8 Abs. 1 EMRK festzustellen habe.¹⁴ Der EGMR billigte gleichwohl explizit das neue Schutzkonzept des BGH, nach dem die Veröffentlichung eines Bildberichtes neben dem zeitgeschichtlichen Ereignis auch einen bestimmten Informationswert erfordert. Dass die deutsche Rechtsprechung den Informationswert eines Bildberichtes anhand einer Gesamtbetrachtung von Fotos und Begleittexten beurteilt, sei dabei nicht zu kritisieren.¹⁵ Auf dieser Grundlage konnte auch die konkrete Beurteilung der Veröffentlichungen durch BGH und BVerfG der Vereinbarkeit mit Art. 8 Abs. 1 EMRK standhalten. Die Einbindung des Urlaubsfotos in einen Artikel über die Krankheit des Fürsten Rainier als zeitgeschichtliches Ereignis, erschien auch dem EGMR nicht unangemessen. Auch er akzeptierte, dass das Foto im Zusammenhang mit seinem Wortbeitrag zumindest in einem gewissen Maße zu einer Debatte von öffentlichem Interesse beitrage. Die Verhältnismäßigkeit der Abwägung sah der EGMR darin, dass die deutsche Rechtsprechung die Veröffentlichung weiterer Bildberichte mit ähnlichen Fotos, jedoch anderen Begleittexten untersagt hatte, da diese lediglich zu Unterhaltungszwecken veröffentlicht worden seien.¹⁶

Bei der Einstufung der Bf. als „public figure“, korrigierte sich der EGMR selbst. Hatte er diese in seinem „Caroline-Urteil“ aus dem Jahre 2004 noch als Privatperson angesehen, weil sie innerhalb des Fürstentums Monaco kein offizielles Amt übernehme,¹⁷ so stellte er in dieser Entscheidung allein aufgrund des Bekanntheitsgrades darauf ab, dass es sich bei beiden Bf. nur um Personen des öffentlichen Lebens handeln könne.¹⁸ Auch soweit die Bf. die dauernde Belästigung durch Paparazzi vorbrachten, stützte sich der EGMR darauf, dass es diesen bereits vor dem BGH nicht gelungen sei, eine beson-

dere Schutzwürdigkeit der aufgenommenen Situationen etwa durch belästigende oder heimliche Fotoaufnahmen zu beweisen. Insofern sei auch keine weitere Untersuchung der Informationsgewinnung erforderlich.¹⁹ Im Ergebnis sah der EMGR in den Entscheidungen des BGH und des BVerfG keine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 EMRK. Er lobte sogar eine sorgfältige Abwägung der widerstreitenden Rechte durch die deutsche Rechtsprechung und hob außerdem die Einarbeitung der Abwägungsgrundsätze des „Caroline-Urteils“ aus dem Jahre 2004 hervor.²⁰

III. Würdigung

Der EGMR hat die Pressefreiheit mit dieser Entscheidung gestärkt, indem er ausdrücklich auch bei Berichterstattungen außerhalb von politischen Themen einen Beitrag von öffentlichem Interesse anerkennt.²¹ Im früheren „Caroline-Urteil“ war der EGMR von einem äußerst engen Verständnis des Informationsinteresses ausgegangen. Zunächst bot die damalige Einordnung der Bf. als Privatperson ausreichend Grundlage dafür, den verbleibenden Freiraum der Personenberichterstattung als auf das Privatleben von Politikern beschränkt zu verstehen.²² Mit der Korrektur in diesem Urteil, nach der es sich bei der Bf. schon aufgrund ihres Bekanntheitsgrades um eine öffentliche Person handeln müsse, ist nunmehr geklärt, dass der EGMR sämtliche Prominente dieser Bekanntheitskategorie neben Politikern und Amtsträgern als „public figure“ ansieht. Indem das frühere „Caroline-Urteil“ für die Berichterstattung aus dem Privatleben einer „public figure“ gerade einen Bezug zur öffentlichen Aufgabe bzw. zur Vorbildfunktion forderte,²³ reduzierte der EGMR die Presse auf ihre Funktion als „public watchdog“. Galten nach der damaligen Rechtsprechung rein unterhaltende Beiträge aus dem Privatleben Prominenter ausnahmslos und von vornherein als bloße Befriedigung von Neugier, so zeigt sich der EGMR nunmehr in dem jüngeren Urteil pressefreundlicher, ohne jedoch selbst gravierend von bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen abzuweichen. Der EGMR legte auch in dieser Entscheidung zugrunde, dass Politiker im Hinblick auf die Personenberichterstattung mehr hinnehmen müssten als andere Personen des öffentlichen Lebens. In Bezug auf unterhaltende Beiträge relativiert der EGMR seine vorherigen Entscheidungsgrundsätze mit der Aussage, dass die bedeutende Wächterfunktion der Presse für diesen Medienbereich eine

¹² EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziff. 116.

¹³ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziff. 94.

¹⁴ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziff. 116.

¹⁵ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziff. 118.

¹⁶ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziff. 118.

¹⁷ EGMR, Urt. v. 24.6.2004 – 59320/00 (von Hannover v. Deutschland), Ziff. 62 = NJW 2004, 2647 (2649).

¹⁸ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziff. 120.

¹⁹ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziffn. 122 f.

²⁰ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziffn. 114, 124 f.

²¹ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziff. 109.

²² Grabenwarter, AfP 2004, 309 (310); Behnken, ZaöRV 65 (2005), 239 (246); a.A. Bartnik, AfP 2004, 489 (493); Mann, NJW 2004, 3220 (3221 f.).

²³ EGMR, Urt. v. 24.6.2004 – 59320/00 (von Hannover v. Deutschland), Ziff. 63 „[...] relating to politicians in the exercise of their functions, for example, [...]“, NJW 2004, 2647 (2649). Hervorgehoben durch die Verf.

geringere Rolle spiele.²⁴ Ohne dass der EGMR seine eigenen Entscheidungsgrundsätze in diesem Urteil präzisiert,²⁵ zeigt er sich offen gegenüber der Beurteilung von Personenberichterstattungen. Im Zusammenhang mit den gerügten Veröffentlichungen arbeitete der EGMR sogar heraus, dass die Presse das von ihm gebilligte Informationsinteresse nicht nur bedienen dürfe, sondern dass auch die Öffentlichkeit ein Recht auf diese Informationen habe.²⁶

Wenngleich sich die Entscheidungsgrundsätze des EGMR und der deutschen Rechtsprechung in diesem Konfliktbereich auch nach dieser Entscheidung nicht decken, so zeigte sich der EGMR im Vergleich zum früheren „Caroline-Urteil“ doch weitaus aufgeschlossener gegenüber der nationalen Rechtsordnung. Mit diesem Vorgehen hat der EGMR einen entscheidenden Schritt innerhalb des Kooperationsverhältnisses mit den vertragsstaatlichen Gerichten zurückgelegt.²⁷ Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass der EGMR auch den Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten angemessen berücksichtigt hat. Obwohl es sich wegen eines fehlenden gemeineuropäischen Standards in Bezug auf die Schutzpflichten von Art. 8 Abs. 1 EMRK um einen weiten Beurteilungsspielraum handelt,²⁸ erstreckte der EGMR seine Kontrolldichte im „Caroline-Urteil“ aus dem Jahre 2004 ohne nachvollziehbare Begründung sogar auf die Auswahl der konkreten Schutzinstrumente. Der EGMR korrigierte sein früheres Vorgehen in diesem Urteil, indem er die Grundsätze des nationalstaatlichen Beurteilungsspielraumes nicht bloß seiner Entscheidungsfindung zugrunde legte,²⁹ sondern der deutschen Rechtsprechung auch im Ergebnis mehr Beurteilungsspielraum zur Wahrung von Art. 8 Abs. 1 EMRK einräumte. Damit hat der EGMR wieder in seine Rechtsprechungslinie zu einem weiten Beurteilungsspielraum in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 EMRK zurückgefunden,³⁰ die er – bei seiner erstmaligen Konfrontation mit dem Konflikt zwischen

Boulevardpresse und sogenannten „Weltstars“ – im früheren „Caroline-Urteil“ zwischenzeitlich verlassen hatte.

Wiss. Mitarbeiterin Judith Janna Märten, Bremen

²⁴ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziff. 110 „While in the former case the press exercises its role of ‘public watchdog’ in a democracy by imparting information and ideas on matters of public interest, that role appears less important in the latter case.“

²⁵ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziffn. 110 ff.

²⁶ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziff. 118.

²⁷ Zur Kooperation und zum Dialog zwischen dem EGMR und den vertragsstaatlichen Gerichten, siehe nur *Hoffmann-Riem*, NJW 2009, 20; *Pellonpää*, EuGRZ 2006, 483; *Papier*, EuGRZ 2006, 1; *Hong*, EuGRZ 2011, 214.

²⁸ *Halfmeier*, AfP 2004, 417 (418); *Fahrenhorst*, ZEuP 1998, 84 (98); *Frowein/Peukert* (Fn. 6), Art. 8 Rn. 12.

²⁹ EGMR, Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08 und 60641/08 (von Hannover v. Deutschland – Nr. 2), Ziff. 104.

³⁰ Siehe nur EGMR, Urt. v. 24.10.1994 – 18131/91 (*Stjerna v. Finnland*), Ziff. 39; EGMR, Urt. v. 11.7.2002 – 28957/95 (*Goodwin v. Vereinigtes Königreich*), Ziff. 72 = NJW-RR 2004, 289 (290 f.).

Entscheidungsanmerkung

Besonders schwerer Fall des Diebstahls nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB bei Verwendung eines richtigen Schlüssels

1. Ein verschlossenes Behältnis ist gegen Wegnahme auch dann besonders gesichert, wenn der Täter dieses mit dem zuvor aufgefundenen Schlüssel öffnet, der jedenfalls nicht im Schloss steckte oder als erkennbar zum Behältnis gehörig direkt daneben lag.

2. Der Täter stiehlt auch dann eine durch ein verschlossenes Behältnis besonders gesicherte Sache, wenn er als Unberechtigter durch Täuschung einen gutgläubigen Dritten dazu bewegt, den zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Zugangscode für den Schließmechanismus zu verwenden. (Amtliche Leitsätze)

StGB § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2

KG Berlin, Urt. v. 28.11.2011 – (4) 1 Ss 465/11 (271/11)¹

I. Aus den Gründen

Das Amtsgericht Tiergarten – Schöffengericht – hat den Angeklagten wegen Diebstahls in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt. Es hat für die Tat vom 2. September 2009 unter Anwendung des Strafrahmens aus § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten und für das als einfachen Diebstahl gewertete Vergehen vom 28. Mai 2010 eine solche von sieben Monaten festgesetzt. Gegen dieses Urteil hat der Angeklagte mit dem Ziel Berufung eingelegt, von dem Tatvorwurf vom 2. September 2009 freigesprochen und für die zweite Tat mit einer geringeren Strafe belegt zu werden. Auch die Staatsanwaltschaft hat sich gegen das erstinstanzliche Urteil mit der Berufung gewandt; sie hat das Ziel verfolgt, der Angeklagte möge hinsichtlich des Vorwurfs vom 28. Mai 2010 wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls schuldig gesprochen, in beiden Fällen jeweils zu einer höheren Einzelstrafe sowie zu einer höheren Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt werden.

Das Landgericht hat die Berufung des Angeklagten verworfen. Auf die Berufung der Staatsanwaltschaft hat es für die Tat vom 2. September 2009 ebenfalls eine Freiheitsstrafe von sieben Monaten festgesetzt und – dem Antrag der Staatsanwaltschaft Berlin in der Berufungshauptverhandlung folgend – die Gesamtfreiheitsstrafe unverändert gelassen. Ebenso wie das Schöffengericht hat es die Strafe für den ersten Fall dem Strafraumen des § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB und für den zweiten Fall jenem des § 242 StGB entnommen. Die Berufungskammer hat ihre Feststellungen zu den beiden Taten wie folgt dargelegt:

„1. Am 2. September 2009 entwendete der Angeklagte in der Wohnung in der Bregenzer Straße 9 in Berlin des Geschädigten B, in welcher er für einige Tage zur Untermiete gewohnt hat, aus einem Tresor mindestens viertausendzweihundert Euro Bargeld, um es für sich zu verwenden. Den vom Angeklagten benutzten Tresorschlüssel entdeckte der Angeklagte im Tatortzimmer, er war nicht besonders versteckt.

2. Am 28. Mai 2010 befand sich der Angeklagte in einem Hotelzimmer des Hotel A in Berlin. Um aus dem im Zimmer befindlichen Tresor dort verwahrte Gegenstände entwenden zu können, rief der Angeklagte per Telefon an der Rezeption an, gab sich als Bewohner des Zimmers aus und erklärte, sein Zimmersafe lasse sich nicht öffnen, worauf der Hoteltechniker F erschien und dem Angeklagten, der vorgab, den Code vergessen zu haben, den Tresor öffnete. Aus dem Tresor entwendete der Angeklagte mit Diebstahlsabsicht für seine Zwecke dreihundertfünfzig US-Dollar Bargeld und einen iPod.“

1. Die auf die Sachrüge gestützte, unbeschränkte Revision des Angeklagten, mit der er sich insbesondere gegen die Anwendung des Strafrahmens des § 243 StGB im ersten Fall wendet, ist nach § 349 Abs. 2 StPO unbegründet. Dass der Tresorschlüssel für den Angeklagten zu entdecken war, weil er „nicht besonders versteckt“ war, führt entgegen der Auffassung der Revision nicht zum Ausschluss des verschärften Strafrahmens. Der Bundesgerichtshof (NJW 2010, 3175 f. = StV 2011, 18 [BGH 05.08.2010 – 2 StR 385/10]) hat zu der Frage der Öffnung einer Schutzvorrichtung mit einem dafür bestimmten Schlüssel durch Unberechtigte zutreffend das Folgende ausgeführt:

„Dient das Behältnis nach seiner erkennbaren Zweckbestimmung wenigstens unter anderem auch zur Sicherung der darin aufbewahrten Sache gegen Diebstahl, wie es bei einem Tresor idealtypisch der Fall ist, dann ist das verschlossene Behältnis ein Spezialfall einer Schutzvorrichtung im Sinne der Vorschrift. Das Regelbeispiel setzt voraus, dass das Behältnis verschlossen ist. Weitere Sicherungen, etwa durch Wegschließen des Schlüssels, sind danach zu seiner Erfüllung nicht mehr erforderlich. Der Täter muss – sofern er nicht sogar die Sache mitsamt dem Behältnis stiehlt – die Sicherung überwinden, wobei es aber nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt (vgl. BT-Drucks. IV/650 S. 403; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 243 Rn. 17). § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB betont nämlich die besondere Sicherung des Diebstahlsobjekts, während § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB besondere Arten der Tatausführung bei einer allgemeinen Sicherung des Gegenstands hervorhebt; auf eine besondere Gestaltung der Tathandlung über das Überwinden der Sicherung hinaus kommt es dagegen bei § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB nicht an (vgl. OLG Frankfurt, NJW 1988, 3028). Daher scheidet die Anwendung des Regelbeispiels für einen besonders schweren Fall des Diebstahls wegen der Wegnahme einer Sache aus einem verschlossenen Behältnis auch dann nicht aus, wenn der Verschluss mit dem dafür vorgesehenen Schlüssel geöffnet wird. Allenfalls dann, wenn der Benutzer des Schlüssels zu dessen Verwendung befugt ist, könnte für ihn die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Dieb-

¹ Das Urteil kann auf www.beck-online.de (BeckRS 2012, 02949) im Volltext abgerufen werden. Auf die Wiedergabe des 3. Leitsatzes wurde verzichtet, da dieser eine (prozessuale) Fragestellung betrifft, die nicht Gegenstand dieser Anmerkung ist.

stahlssicherung entfallen (vgl. OLG Hamm, JR 1982, 119 mit abl. Anm. Schmid; Schmitz in MünchKomm, StGB, 2003, § 243 Rn. 35). Jedenfalls wenn ein Unbefugter den Schlüssel an sich nimmt und er damit das Behältnis öffnet, überwindet er die Diebstahlssicherung, die sich aus dem Verschlusszustand des Behältnisses ergibt (vgl. OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2010, 48 [OLG Karlsruhe 22.07.2009 – 1 Ss 177/08]; Fischer, StGB, § 243 Rn. 17; LK/Vogel, StGB, 12. Aufl., § 243 Rn. 32). Die Erfüllung des Regelbeispiels führt grundsätzlich zur Anwendung des Ausnahmestrafrahmens.“

Ob etwas anders gilt, wenn der Schlüssel im Schloss des betreffenden Behältnisses steckt oder als erkennbar zu diesem gehörig direkt daneben liegt und in diesem Sinne „unmittelbar zugänglich“ ist (vgl. Eser/Bosch in Schönke/Schröder, StGB 28. Aufl., § 243 Rn. 22; Bosch JA 2009, 905), braucht der Senat nicht zu entscheiden, weil eine solche Konstellation hier nicht festgestellt ist. Nicht mehr mit dem Wortlaut und dem Zweck der erhöhten Strafdrohung vereinbar wäre es und führte überdies zu kaum lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten, den Erschwerungsgrund schon allein bei einer „leichten“ Zugänglichkeit des Schlüssels zu verneinen (in diese Richtung aber, unter Verweis auf eine vermeintlich herrschende Meinung und ohne jede Darlegung der näheren Voraussetzungen einer solchen Fallgruppe: Bachmann/Goeck, Anm. zu BGH a.a.O. in StV 2011, 19 [„sonst leicht zugänglich“]).

Die Kosten seines Rechtsmittels hat der Angeklagte nach § 473 Abs. 1 Satz 1 StPO zu tragen.

2. Die Staatsanwaltschaft Berlin beanstandet mit ihrer ebenfalls auf die Sachrüge gestützten Revision, der Schuldspruch im Fall 2 sei fehlerhaft. Der Angeklagte hätte – nach einem entsprechenden rechtlichen Hinweis – „wegen eines in mittelbarer Täterschaft begangenen Diebstahls in einem besonders schweren Fall“ verurteilt werden müssen. Die „Verurteilung wegen – lediglich – einfachen Diebstahls“ (könne) „mithin keinen Bestand haben“. Da das Gericht „aufgrund des fehlerhaften Schuldspruchs auch zu einem fehlerhaften Rechtsfolgenausspruch und damit zu einer fehlerhaften Gesamtstrafe“ gelangt sei, sei „das Urteil auch insoweit aufzuheben“.

Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft ist nur teilweise erfolgreich.

a) Entgegen der Ansicht der Generalstaatsanwaltschaft Berlin kann der Senat die Revision der Staatsanwaltschaft nicht als auf den Strafausspruch beschränkt ansehen. Dass eine solche Beschränkung sachlich richtig gewesen wäre, weil § 243 StGB eine Strafzumessungsregel darstellt, führt nicht dazu, dass eine ausdrückliche Anfechtung auch des Schuldspruchs, der sich zudem in dem Antrag auf umfassende Aufhebung des Urteils im Fall 2 widerspiegelt, keine Beachtung findet. Zwar ist bei Unklarheiten der Umfang der Anfechtung im Wege der Auslegung zu ermitteln und hierbei nicht am Wortsinn zu haften, sondern es ist nach dem aus den Willensäußerungen des Beschwerdeführers erkennbaren Sinn und Ziel des Rechtsmittels zu fragen (vgl. BGHSt 25, 272, 275; 29, 359, 365; KG, Urteil vom 10. Oktober 2008 – [3] 1 Ss 296/08 [94/08] – [soweit die Ausfertigung dieses Urteils als Entscheidungsdatum den 10. Juli 2008 ausweist, handelt es sich um einen Fehler]; Meyer-Goßner, StPO 54. Aufl.,

§ 344 Rn. 11). Bei ausdrücklicher und eindeutiger Erklärung ist aber diese maßgeblich, auch wenn sie mit der Rechtslage nicht im Einklang steht, wobei betreffend die Erklärungen der Staatsanwaltschaft und eines Verteidigers ein strengerer Maßstab anzulegen ist als bei den Angaben eines rechtlich unerfahrenen Angeklagten zum Umfang einer Berufung (vgl. BayObLG NStZ-RR 2000, 220 und 379; Meyer-Goßner a.a.O., § 318 Rn. 2; siehe auch OLG Oldenburg NStZ-RR 1996, 77).

b) Das Rechtsmittel hat zum Strafausspruch (vorläufigen) Erfolg.

aa) Der Angeklagte hat die Voraussetzungen eines besonders schweren Falles des Diebstahls gemäß § 243 Abs. 1 StGB erfüllt, indem er den gutgläubigen Hoteltechniker dazu bewegt hat, den Zimmertresor, der eine Schutzvorrichtung gegen Wegnahme im Sinne des Regelbeispiels darstellt, zu öffnen, um sodann auf dessen Inhalt zugreifen zu können. Ob der Hoteltechniker zur Verwendung des ihm bekannten Zugangscodes im Verhältnis zu den wirklichen Bewohnern des Hotelzimmers und Gewahrsamsinhabern an dem Inhalt des Tresors befugt war und für ihn deshalb die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Diebstahlssicherung entfallen ist, kann dahinstehen. Der Angeklagte jedenfalls hat in seiner Person diese besondere Diebstahlssicherung durch sein listiges Vorgehen überwunden, weil es nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt, eine besondere Gestaltung der Tathandlung über das faktische Überwinden der Sicherung hinaus also nicht von Belang ist, sondern allein die Art der Sicherung maßgeblich ist (vgl. BGH NJW 2010, 3175 [BGH 05.08.2010 – 2 StR 385/10]). Der gesetzgeberische Grund für das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB und die hierdurch regelmäßig ausgelöste Strafschärfung liegt darin, dass der Täter ein erhöhtes Maß an Rücksichtslosigkeit gegenüber fremdem Eigentum zeigt, indem er sich über eine besondere Sicherung hinwegsetzt, mit welcher der Eigentümer zu erkennen gibt, dass er auf die Erhaltung gerade dieser Sache Wert legt (vgl. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 48 [OLG Karlsruhe 22.07.2009 – 1 Ss 177/08] m.w.N.). So liegt es hier, ebenso wie in einem Fall, in dem der Täter einen zur Öffnung gewidmeten Schlüssel auf unredliche Weise und unbefugt an sich genommen hat (vgl. OLG Karlsruhe a.a.O. m.w.N.). Der Angeklagte war nicht befugt, den Zugangscod selbst zu nutzen oder für sich nutzen zu lassen; er hat durch sein listiges Verhalten die zugunsten des berechtigten Gewahrsamsinhabers bestehende besondere Diebstahlssicherung im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 überwunden.

Auch wenn man dies anders sehen wollte, läge der Erschwerungsgrund des § 243 StGB vor. Die Aufzählung der benannten besonders schweren Fälle in § 243 Abs. 1 StGB ist nicht abschließend. Vielmehr sind auch sonst Diebstähle als besonders schwere Fälle anzusehen, wenn sich die Taten aufgrund einer Gesamtbewertung nach ihrem Gewicht von Unrecht und Schuld deutlich von dem Normalfall des einfachen Diebstahls gemäß § 242 StGB abheben (vgl. Eser/Bosch a.a.O., Rn. 42a m.w.N.). Das kommt unter anderem in Betracht, wenn die konkreten Tatumstände einem der den Regelbeispielen zugrunde liegenden Leitbilder vergleichbar sind. Dies ist etwa der Fall, wenn die Tat eine besondere

kriminelle Energie offenbart, aber auch, wenn der Täter besonders listig vorgegangen ist und dadurch eine nicht unerhebliche Beute gemacht hat (vgl. OLG Düsseldorf NJW 2000, 158, 159; siehe auch BGH NStZ-RR 2010, 374, 375: Betreten eines Hauses durch eine Terrassentür im Erdgeschoss nach Hineingreifen durch den gekippten Türflügel zum Öffnen der Tür). Ein Fall vergleichbaren Schweregehalts liegt hier vor.

bb) Ein Schuldspruch wegen eines (in mittelbarer Täterschaft begangenen) Diebstahls in einem besonders schweren Fall kommt allerdings nicht in Betracht, weil das Vorliegen eines besonders schweren Falles nach § 243 StGB nicht zur rechtlichen Bezeichnung der Tat im Sinne des § 260 Abs. 4 Satz 1 StPO gehört (vgl. BGH NStZ 1999, 205; Meyer-Goßner a.a.O., § 260 Rn. 25 m.w.N.), sodass das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft insoweit ohne Erfolg bleiben musste.

c) Der Senat hebt das angefochtene Urteil nach allem gemäß § 349 Abs. 4 StPO im Rechtsfolgenauspruch auf und verweist die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Landgerichts zurück (§ 354 Abs. 2 Satz 1 StPO). Das Landgericht wird in der neuen Hauptverhandlung bei der Strafzumessung auch in den Blick zu nehmen haben, dass es nach Erlass des Berufungsurteils bis zur Weiterleitung der Akten an die Generalstaatsanwaltschaft Berlin zu einer vermeidbaren Verfahrensverzögerung gekommen ist.

II. Anmerkung

1. Die Frage, wann das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB gegeben ist, beschäftigt die Rechtsprechung immer wieder.² Besondere Schwierigkeiten bereiten dabei vor allem die Konstellationen, in denen das Behältnis – wie im Fall 1 der in Rede stehenden Entscheidung – mit dem richtigen Schlüssel unbefugt geöffnet wird.³ Klärungsbedürftig ist ferner, wie diejenigen Varianten zu bewerten sind, in denen die besondere Sicherung durch List überwunden wird (Fall 2). Die Ausführungen des KG Berlin zu diesen Fragestellungen sind – von einer noch näher zu diskutierenden Ausnahme abgesehen – überzeugend.

2. Mit Recht bejaht der Senat zunächst in Fall 1 einen besonders schweren Fall des Diebstahls nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB und schließt sich damit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2010⁴ an. In der Literatur wird dies jedoch vereinzelt anders beurteilt. So ist Otto der Auffassung, dass das vorgenannte Regelbeispiel nur erfüllt sei, wenn ein falscher Schlüssel verwendet werde, weil nach dem gesetzgeberischen Willen lediglich dann ein erhöhter Unrechtsgehalt

alt vorliege.⁵ Diese Wertung ergebe sich aus § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB und müsse auch auf Nr. 2 übertragen werden.⁶ Nach dem Wortlaut des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB ist es allerdings vollkommen unerheblich, auf welche Weise die besondere Sicherung überwunden wird.⁷ Die Strafschärfung liegt nämlich darin begründet, dass der Täter ein erhöhtes Maß an krimineller Energie aufwendet, indem er sich über eine besondere Sicherung hinwegsetzt und damit äußerst rücksichtslos fremdes Eigentum missachtet.⁸ Angesichts dessen ist es ohne Belang, ob ein falscher Schlüssel verwendet wird oder aber ein richtiger, den der Täter – wie im vorliegenden Fall 1 – unbefugt erlangt hat.⁹

3. Ob etwas anderes gilt, wenn der Schlüssel im Schloss des betreffenden Behältnisses steckt oder als erkennbar zu diesem gehörig direkt daneben liegt, lässt das KG Berlin hingegen offen. In einem obiter dictum macht der entscheidende Senat aber unmissverständlich deutlich, dass der Erschwerungsgrund des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB seiner Ansicht nach jedenfalls nicht schon dann entfällt, wenn der Schlüssel „leicht zugänglich“ ist. Die in diese Richtung gehende Auffassung der Verf. in StV 2011, 19 sei weder mit dem Wortlaut noch mit dem Zweck der erhöhten Strafdrohung vereinbar und führe überdies zu kaum lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten. Außerdem blieben die näheren Voraussetzungen einer solchen Fallgruppe unklar. Deren Anwendungsbereich haben die Verf. aber – entgegen der Ansicht des KG Berlin – in dem vorgenannten Beitrag hinreichend deutlich bestimmt. Dort ist nämlich die Rede von Fällen, in denen „der Schlüssel im Schloss des betreffenden Behältnisses steckt, daneben liegt oder sonst leicht zugänglich ist“.¹⁰ Damit wird deutlich, dass es sich bei der letztgenannten Variante nur um Sachverhalte handeln kann, die mit den beiden erstgenannten vergleichbar sind. Befindet sich der Schlüssel also in direkter Umgebung des Behältnisses, so dass er auf einen Blick sichtbar ist und der Täter nicht gezielt nach ihm suchen muss, ist das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB nicht erfüllt. Diese Auffassung kann als herrschend bezeichnet werden.¹¹ Jedenfalls gibt der entscheidende Senat, der daran zweifelt, keine Belege an, die die An-

⁵ Vgl. Otto, JR 1987, 221 (225); ders., Jura, 1989, 200.

⁶ Vgl. Otto, JR 1987, 221 (225); ders., Jura, 1989, 200.

⁷ Vgl. Bachmann/Goeck, StV 2011, 19; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 243 Rn. 17 m.w.N.

⁸ Vgl. BGH NJW 1974, 567; Bachmann/Goeck, StV 2011, 19; Kudlich, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 243 Rn. 17 m.w.N.

⁹ Vgl. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 48; Bachmann/Goeck, StV 2011, 19.

¹⁰ Vgl. Bachmann/Goeck, StV 2011, 19.

¹¹ Vgl. Wittig (Fn. 3), § 243 Rn. 18.1; Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 243 Rn. 35; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 243 Rn. 22; Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2006, § 243 Rn. 29; Bosch, JA 2009, 905 (906).

² Vgl. zuletzt etwa BGH NJW 2010, 3175 m. Anm. Bachmann/Goeck, StV 2011, 19; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2010, 48; OLG Hamm, NStZ-RR 2009, 204.

³ Vgl. dazu auch Wittig, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2011, § 243 Rn. 18.4.

⁴ Vgl. BGH NJW 2010, 3175 m. Anm. Bachmann/Goeck, StV 2011, 19.

nahme des Gegenteils rechtfertigen könnten. Die hier vertretene Ansicht ist zudem mit dem Wortlaut und dem Zweck der Strafandrohung vereinbar. Man kann nämlich in Fällen, in denen der Schlüssel leicht erreichbar ist, weil er z.B. auf dem Behältnis liegt, nicht mehr von einer „besonderen Sicherung“ sprechen, weil die vorhandene Schutzvorrichtung die Wegnahme nicht wesentlich erschwert.¹² In diesen Konstellationen fehlt es auch an einer besonderen Rücksichtslosigkeit gegenüber fremdem Eigentum, weil sich der Täter schließlich nicht über eine besondere Sicherung hinwegsetzt. Das aber ist – wie bereits ausgeführt wurde – gerade der Grund für die erhöhte Strafandrohung des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB. Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass das vorliegende Regelbeispiel dann nicht erfüllt ist, wenn der Schlüssel im Schloss des Behältnisses steckt, daneben liegt oder sonst leicht zugänglich ist. Dies gilt im Übrigen auch für diejenigen Konstellationen, in denen der Täter einen richtigen Schlüssel befugtermaßen in Besitz hat und auch zu dessen Verwendung berechtigt ist. Hier ist nämlich der durch den Verschluss bewirkte erhöhte Schutz vor Wegnahme dem Täter gegenüber aufgehoben.¹³

4. Was schließlich den Fall 2 anbelangt, ist der vorliegenden Entscheidung des KG Berlin uneingeschränkt zuzustimmen. In der Tat ist es vollkommen gleichgültig, in welcher Art und Weise sich der Täter über eine besondere Sicherung (hier: Code) hinwegsetzt.¹⁴ Daher erfüllt auch derjenige das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB, der sich – wie im gegebenen Fall – durch List Zugang zum Inhalt eines verschlossenen Behältnisses verschafft. Die besondere kriminelle Energie, die diesen Erschwerungsgrund kennzeichnet, ist nämlich auch bei einem solchen Sachverhalt gegeben.

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann und stud. Hilfskraft Ferdinand Goeck, Köln

¹² Vgl. Wittig (Fn. 3), § 243 Rn. 18.1.; Schmitz (Fn. 11), § 243 Rn. 35 m.w.N.

¹³ So bereits OLG Hamm NStZ 1982, 777; Bachmann/Goeck, StV 2011, 19; offen gelassen in BGH NJW 2010, 3175.

¹⁴ Vgl. BGH NJW 2010, 3175; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 3 Rn. 26.

Entscheidungsanmerkung

Zur Problematik der schweren Brandstiftung gemäß § 306a StGB

1. Aus dem auf das Wohnen bezogenen Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB folgt, dass die Alternative des teilweisen Zerstörens eines Wohngebäudes bei einer Brandlegung in einem teils gewerblich, teils als Wohnung genutztem Gebäude erst dann vollendet ist, wenn zumindest ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist.

2. Ist das Gebäude im Sinne von § 306a Abs. 2 StGB zugleich auch ein Wohngebäude, dann müssen zur Vollendung des Auffangtatbestandes nicht notwendigerweise auch Wohnräume von der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen sein. (Leitsätze der Verf.)

StGB §§ 25 Abs. 2, 306a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, 306a Abs. 2, 306b Abs. 2 Nrn. 1 und 2

BGH, Beschl. v. 26.10.2011 – 2 StR 287/11 (LG Aachen)¹

I. Aus den Gründen

Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen versuchter und vollendeter besonders schwerer Brandstiftung verurteilt, den Angeklagten Y zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten, den Angeklagten C zu einer Jugendstrafe von drei Jahren und neun Monaten. Hiergegen richten sich die Revisionen der Angeklagten mit der Sachrüge; der Angeklagte C hat sein Rechtsmittel auf den Strafausspruch beschränkt. Die Revisionen haben in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. (Rn. 1)

1. Das Landgericht hat Folgendes festgestellt: (Rn. 2) Der Angeklagte Y war Betreiber des „Kiosk Internetcafé & Callshop“ im Erdgeschoss des Hauses Z. Ende 2008 wollte er das Internetcafé verkaufen, fand aber keinen Abnehmer. Er entschloss sich dazu, es in Brand zu setzen, um Versicherungsleistungen in Anspruch zu nehmen. Der „Kiosk Internetcafé & Callshop“ befand sich im Erdgeschoss und einem Anbau des Wohn- und Geschäftshauses. Wohnungen befanden sich im ersten bis dritten Obergeschoss. Der Angeklagte Y gewann den Mitangeklagten C für die Tatausführung. Dafür sollte der Angeklagte C Zigaretten und Alkohol aus dem Kiosk wegnehmen dürfen und eine Prämie aus der Versicherungssumme erhalten. C sollte aus einem Fenster im Treppenhaus auf das Dach des Anbaus steigen, von dort durch einen Lichtschacht ein Toilettenfenster erreichen und in den Anbau einsteigen. Mit Gasflaschen und Benzin sollte er einen

Brand herbeiführen. Die Täter wussten, dass dabei auch ein Risiko für die Bewohner entstehen könnte. Sie rechneten aber damit, dass niemand zu Schaden kommen werde, weil sie von der alsbaldigen Entdeckung des Brandes ausgingen. (Rn. 3)

Am frühen Morgen des 30. Dezember 2008 begab sich C zum Tatort und führte einen Kanister Benzin mit. Es gelang ihm, in den Kiosk einzusteigen, wo er Benzin ausschüttete, Gasflaschen für Kochgeräte in den Räumen verteilte und deren Ventile öffnete. Vom Toilettenraum aus warf er brennende Papierstücke in den Geschäftsraum. Er verließ den Tatort, ohne das Entstehen von Flammen festzustellen. Er rechnete aber damit, dass es noch zu einem Brand oder einer Gasexplosion kommen könnte, was jedoch nicht geschah. (Rn. 4)

Kurz darauf forderte der Angeklagte Y, dass der Mitangeklagte C einen weiteren Anlauf zur Tatbegehung mit derselben Vorgehensweise unternehmen solle. C vergoss diesmal Benzin aus mehreren Kanistern und warf brennende Papierhandtücher in den Computerraum. Es kam zu Gasexplosionen, die zuerst die Glasscheibe einer Innentür und dann die Schaufensterscheibe des Internetcafés zerstörten. Die Inneneinrichtung und Waren verbrannten, eine außen angebrachte Markise wurde zerstört. Rauch verursachte Verschmutzungen in den Wohnräumen. Die Bewohner wurden aber frühzeitig gewarnt und konnten das Haus verlassen, ohne Gesundheitsschäden zu erleiden. (Rn. 5)

2. a) Das Landgericht hat die Angeklagten als Mittäter einer versuchten und einer vollendeten besonders schweren Brandstiftung gemäß §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306b Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB angesehen. Die Feststellungen tragen aber im Fall 2 der Urteilsgründe nicht den Schuldspruch wegen vollendeter besonders schwerer Brandstiftung. (Rn. 6)

aa) Zwar genügt es für ein vollendetes Inbrandsetzen gemäß § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn in einem teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutzten Gebäude solche Gebäudeteile selbständig brennen, die für die gewerbliche Nutzung wesentlich sind, aber nicht auszuschließen ist, dass das Feuer auf Gebäudeteile übergreift, die für das Wohnen wesentlich sind (BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2010 – 3 StR 442/09, BGHR StGB § 306a Abs. 1 Nr. 1 Vollendung 1). Dies ist aber den Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht zu entnehmen. Das verbrannte Inventar und die außen angebrachte Markise waren keine wesentlichen Gebäudeteile. Gleiches gilt für eine Innenverkleidung oberhalb des Schaufensters. Das Schmelzen eines Fensterrahmens aus Metall stellte kein Brennen dar. (Rn. 7)

bb) Auch die Zerstörungsalternative des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB führt nicht zu einem Ergebnis, wie es vom Landgericht angenommen wurde. Aus dem auf das Wohnen bezogenen Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB folgt, dass die Alternative des teilweisen Zerstörens eines Wohngebäudes bei einer Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils als Wohnung genutzten Gebäude erst dann vollendet ist, wenn zumindest ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist (BGH, Beschluss vom 10. Mai 2011 – 4 StR 659/10). Das war hier nicht der Fall. Verschmutzungen sind einem teilweisen Zer-

¹ Der Beschluss kann auf <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e7e1df76530b93af635db3157787b24e&nr=58972&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> im Volltext abgerufen werden.

stören der Räume noch nicht gleichzustellen; eine nachhaltige Verruftung, die umfangreiche Renovierungsarbeiten in den Wohnräumen erforderlich gemacht hätte, ist nicht festgestellt. (Rn. 8)

cc) Schließlich ergibt sich aus den Feststellungen kein Fall der schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 2 StGB. Ist das „Gebäude“ im Sinne von § 306a Abs. 2 StGB im Einzelfall zugleich ein „Wohngebäude“, dann müssen zur Vervollendung des Auffangtatbestands nicht notwendigerweise Wohnräume von der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen sein. Es genügt, wenn ein anderer funktionaler Gebäudeteil für nicht unerhebliche Zeit nicht bestimmungsgemäß gebraucht werden kann, dies aber nur dann, wenn durch die typischen Folgen der Brandlegung, wie Rauch- und Rußentwicklung, eine konkrete Gefährdung der Gesundheit eines Menschen verursacht wurde (Senat, Urteil vom 17. November 2010 – 2 StR 399/10, BGHSt 56, 94, 96). Voraussetzung für die Annahme einer konkreten Gefahr einer Gesundheitsbeschädigung ist der Eintritt einer kritischen Situation, in der es praktisch nur noch vom Zufall abhängt, ob sich die Gefahr realisiert. Eine solche Situation hat das Landgericht nicht festgestellt. Die Bewohner hatten das Haus verlassen, bevor es zu einer Rauchentwicklung in den Wohnräumen gekommen war, die eine Gesundheitsbeschädigung hätte auslösen können. (Rn. 9)

Da der Grundtatbestand zur besonders schweren Brandstiftung demnach nicht vollendet wurde, kommt aufgrund der bisherigen Feststellungen im Fall 2 der Urteilsgründe nur ein Versuch des Verbrechens in Frage. (Rn. 10)

II. Anmerkung

1. Die Brandstiftungsdelikte (§§ 306 ff. StGB) weisen bis heute zahlreiche noch nicht endgültig geklärte Probleme auf und beschäftigen die höchstrichterliche Rechtsprechung immer wieder.² Kontrovers diskutiert wird vor allem, inwieweit gemischt genutzte Gebäude als taugliche Tatobjekte des § 306a Abs. 1 StGB in Betracht kommen und welche Anforderungen an die Tatbestandsalternativen des Inbrandsetzens bzw. des teilweisen Zerstörens durch Brandlegung zu stellen sind. Dem vorliegenden Beschluss des BGH, der sich u.a. mit diesen Fragestellungen befasst, kann dabei nur zum Teil zugestimmt werden.

2. Zunächst einmal erscheint es jedoch angebracht, darauf hinzuweisen, dass die Mittäterschaft des Y – die der 2. *Strafsenat* ohne jegliche Begründung bejaht – durchaus nicht ganz so selbstverständlich ist, wie es möglicherweise auf den ersten Blick den Anschein haben mag. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Tatbeitrag des Angeklagten ausschließlich im Vorbereitungsstadium der hier in Rede stehenden Delikte erbracht wurde. Nach einer in Teilen der Literatur vertretenen Ansicht kann aber ein für § 25 Abs. 2 StGB hinreichender Tatbeitrag frühestens ab Beginn des Versuchsstadiums erbracht werden, so dass Y demnach allenfalls Teil-

nehmer wäre.³ Diese Auffassung begegnet jedoch durchgreifenden Bedenken. So ist nämlich zunächst zu berücksichtigen, dass sie die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft nicht hinreichend erklären kann, da § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB gerade zeigt, dass als Täter auch derjenige in Betracht kommt, der in der Phase zwischen Versuch und Vervollendung keinerlei Handlung vornimmt.⁴ Hinzu kommt, dass es angesichts der zentralen Rolle und der überragenden Funktion eines Tatorganisators nicht immer angemessen erscheint, diesen lediglich als Gehilfen und damit als Randfigur einzustufen.⁵ Für letztgenannten Umstand ist der vorliegende Sachverhalt ein anschauliches Beispiel: Die umfassende Organisation sowie Planung der Tat lag in den Händen des Y, der dem C detaillierte Vorgaben zu deren Ausführung machte. Dieser Beitrag wirkte auch beim zweiten Anlauf zur Tatbegehung fort. In Anbetracht dieser Umstände erscheint es unangemessen, Y als bloßen Gehilfen anzusehen, denn sein „Minus“ in der Ausführungsphase wird durch ein entsprechendes „Plus“ im Vorbereitungsstadium ausgeglichen. Er ist daher Mittäter.

3. a) Hinsichtlich einer Strafbarkeit des Angeklagten aus § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB stellt sich zunächst die Frage, ob es sich bei dem hier in Rede stehenden Gebäude überhaupt um ein taugliches Tatobjekt im Sinne der vorgenannten Norm handelt. Hierfür müssten der im Anbau und im Erdgeschoss befindliche Kiosk sowie die Wohnungen im ersten bis dritten Obergeschoss als Einheit betrachtet werden können. Letzteres ist nach allgemein anerkannter Auffassung im Kern eine Frage der baulichen Beschaffenheit im Einzelfall.⁶ Als Einheit sind dabei alle Gebäudeteile anzusehen, die sich durch die Haustür, die dem angezündeten Gebäudeteil zugeordnet ist, betreten lassen, ohne das Haus wieder verlassen und von außen einen separaten Eingang benutzen zu müssen.⁷ Im vorliegenden Fall kommt es also darauf an, ob Kiosk und Wohnungen – etwa durch ein gemeinsames Treppenhaus – in der beschriebenen Weise miteinander verbunden sind. Dies ist zu vermuten, lässt sich dem Sachverhalt aber letztlich nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen.

b) Geht man allerdings in Übereinstimmung mit dem 2. *Strafsenat* davon aus, dass Kiosk und Wohnungen ein einheitliches Gebäude bilden, ist es zutreffend, ein vollendetes Inbrandsetzen zu verneinen, da keine wesentlichen Teile des Gebäudes aus eigener Kraft fortbrannten. Dies ist jedoch nach allgemein anerkannter Auffassung Mindestvorausset-

² Vgl. hierzu den umfassenden Überblick über die Rechtsprechung des BGH seit dem 6. Strafrechtsreformgesetz v. 26.1.1998 bei Bachmann/Goeck, NStZ-RR 2011, 297.

³ Vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 198, 203; Rudolphi, NStZ 1994, 432 (436).

⁴ Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011; Rn. 529; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 63 III 1.; Gaede, JuS 2003, 774 (777); Küpper, GA 1986, 437 (447 ff.).

⁵ Vgl. Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 529.

⁶ Vgl. BGH NStZ 2010, 519 m. Anm. Bachmann/Goeck, JR 2011, 41 f.; dies., NStZ 2011, 214; Börner, ZJS 2011, 288 (290).

⁷ Ausführlich hierzu Bachmann, NStZ 2009, 667 (669 f.); s.a. ders./Goeck, NStZ 2011, 214 (215).

zung,⁸ so dass die Streitfrage, ob an die Verwirklichung der vorgenannten Tatbestandsalternative bei Mischgebäuden noch weitere Anforderungen zu stellen sind, keiner Erörterung bedarf.⁹

c) Möglicherweise ist aber die Tatbestandsalternative der Zerstörung durch Brandlegung erfüllt. Die insoweit zu stellenden Anforderungen sind gerade in Bezug auf Mischgebäude äußerst umstritten. Der BGH jedenfalls bleibt mit der hier zu besprechenden Entscheidung seiner bisherigen Linie treu, wonach § 306a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB (im Gegensatz zu Alt. 1) nur dann vollendet ist, wenn der zu Wohnzwecken genutzte Gebäudeteil selbst von der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung betroffen ist.¹⁰ Eine sachgerechte Begründung für diese Differenzierung zwischen den Tatbestandsalternativen des Inbrandsetzens bzw. des Zerstörens durch Brandlegung lässt der BGH in diesem Beschluss jedoch (erneut) vermissen. Stattdessen wiederholt er nahezu reflexartig pauschale Ausführungen hierzu aus früheren Entscheidungen, wonach aus dem auf das Wohnen bezogenen Schutzzweck des § 306a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB folge, dass auch ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden sein müsse.¹¹ Etwas mehr Aufschluss bietet lediglich die vom 2. Strafsenat zitierte Entscheidung des BGH v. 26.1.2010.¹² Darin führt der 3. Strafsenat aus, dass eine teilweise Zerstörung auf vielfältigen durch die Brandlegung ausgelösten Umständen (Rußentwicklung, Einwirkung von Löschmitteln) beruhen könne und nicht wie beim Inbrandsetzen typischerweise mit einer Gefährdung von Menschen im Wohnteil des Gebäudes verbunden sei. Damit maß sich der BGH jedoch eine Befugnis an, die allein dem Gesetzgeber zusteht. Dieser hat nämlich mit der Einfügung der Tathandlung des Brandlegens gerade auch die oftmals damit einhergehenden Umstände (Verpuffungen, Verruungen etc.) als abstrakt gefährlich für Leib und Leben angesehen und zwar – nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut – unabhängig davon, welcher Teil des zur Wohnung von Menschen dienenden Gebäudes zerstört wurde.¹³ Unerheblich ist dabei, ob eine Gesundheitsgefährdung von Personen ausgeschlossen war, da es sich bei § 306a Abs. 1 StGB um ein abstraktes Gefähr-

delikt handelt.¹⁴ Zudem ist zu berücksichtigen, dass Rußentwicklungen in unbewohnten Teilen des Gebäudes grundsätzlich nicht ungefährlicher für die Bewohner sind als etwa ein Brand von dort befindlichen Gebäudeteilen, da Personen in Brandsituationen regelmäßig auf Grund einer Verletzung der Atemwege sterben, bevor es überhaupt zu Verbrennungen des Körpers kommt.¹⁵ Dass dies sogar im vorliegenden Fall nicht vollkommen ausgeschlossen war, zeigt allein schon der Umstand, dass es in den Wohnungen über dem Kiosk zu Verschmutzungen durch den entstandenen Rauch kam. Entgegen der Auffassung des entscheidenden Senates ist somit im Fall 2 – wie das Landgericht zutreffend erkannt hat – der Tatbestand der vollendeten schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB erfüllt.

4. Mit Recht verneint der 2. Strafsenat jedoch eine Strafbarkeit des Angeklagten aus § 306a Abs. 2 StGB, da eine konkrete Gefährdung der Gesundheit der Bewohner, die das Haus frühzeitig verlassen hatten, durch das Landgericht nicht festgestellt wurde. Der (nach hier vertretener Auffassung an sich unnötige) Verweis des BGH auf die Bedeutungslosigkeit des Gebäudezwecks bei § 306a Abs. 2 StGB erklärt sich mit Blick auf seine – bereits unter 3. c) dargestellten – (unsachgemäß) hohen Anforderungen an die Tatbestandsalternative des Zerstörens bei Mischgebäuden im Rahmen von § 306a Abs. 1 StGB.¹⁶

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann und stud. Hilfskraft Ferdinand Goeck, Köln

⁸ Näher zu den Voraussetzungen des Inbrandsetzens BGHSt 36, 221 (222); Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 35. Aufl. 2011, Rn. 957.

⁹ Näher dazu BGH NJW 1987, 141 f.; Otto, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2004, § 79 Rn. 8; Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 306a Rn. 11.

¹⁰ Vgl. zuletzt etwa BGH NJW 2011, 2148 f. m. Anm. Bachmann/Goeck, JR 2012 (im Erscheinen); BGH NJW 2011, 1091 m. Anm. dies.; BGH NStZ 2010, 452 m. Anm. dies., ZIS 2010, 445.

¹¹ Vgl. etwa BGH NJW 2011, 2148; BGH NJW 2011, 1091; BGH NStZ 2010, 452.

¹² Vgl. BGH NStZ 2010, 452.

¹³ So bereits Bachmann/Goeck, ZIS 2010, 445 (446); dies., NJW 2011, 1091 (1092); dem folgend Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 13. Aufl. 2012, § 40 Rn. 27a.

¹⁴ Vgl. Bachmann/Goeck, ZIS 2010, 445 (446); dies., NJW 2011, 1091 (1092); dies., NStZ-RR 2011, 297 (299).

¹⁵ Vgl. Börner, ZJS 2011, 288 (291 f.).

¹⁶ Näher hierzu Bachmann/Goeck, NJW 2011, 1091 (1092).

Entscheidungsanmerkung

Unzulässige Protokollrüge

Eine Verfahrensrüge ist unzulässig, wenn sich dem Revisionsvorbringen nicht die bestimmte Behauptung entnehmen lässt, dass ein Verfahrensfehler tatsächlich vorliegt, sondern nur, dass er sich aus dem Protokoll ergebe („gemäß Protokoll“). (Amtlicher Leitsatz)

StPO § 274

BGH, Beschl. v. 13.7.2011 – 4 StR 181/11 (LG Bielefeld)¹

I. Einführung: Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls in der Hauptverhandlung

Nach § 274 StPO kann die Beachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden. Das Hauptverhandlungsprotokoll ist damit das einzige Beweismittel für Verfahrensfehler.

Wenn es aber nur ein Mittel gibt, mit dem die Abläufe in der Hauptverhandlung bewiesen werden können, dann *ist* geschehen, was im Protokoll steht (positive Beweiskraft)² bzw. dann *ist nicht* geschehen, was nicht im Protokoll steht (negative Beweiskraft)³. Selbst wenn sich alle Beteiligten eines besseren erinnern oder das Geschehen noch so unplausibel erscheint, kann doch nur gelten, was das einzig zugelassene Beweismittel belegt.

Dass eine solche Regelung gravierende Nachteile hat, liegt auf der Hand. Man mag den Sinn der Einschränkung auf ein einziges Beweismittel durchaus hinterfragen. Grundsätzlich wäre es nämlich auch denkbar gewesen, wenn die StPO es zulassen würde, Verfahrensfehler im Freibeweisverfahren zu belegen. Zwingende Gründe für eine bestimmte Regelung gab es nicht. Der Gesetzgeber hat sich aber dafür entschieden, dem Revisionsgericht nicht die Möglichkeit zu geben, sich im Freibeweisverfahren über mögliche Verfahrensverstöße zu informieren. Das würde nämlich bedeuten, dass im Revisionsverfahren eine Beweisaufnahme über den Hergang der tatrichterlichen Verhandlungen stattfinden müsste.

Hintergrund der Regelung ist also die Überzeugung, dass Beweiserhebungen über das Prozessgeschehen in der Tatsacheninstanz mit Stellung und Aufgabe der Revisionsgerichte wenig vereinbar wären. Der Gesetzgeber hat die Zulassung anderer Beweise deshalb für unzutraglich gehalten, weil dadurch das Revisionsgericht in einer seiner Stellung nicht zukommenden Weise mit Beweiserhebungen und Verhandlungen über die Richtigkeit prozessrechtlicher Tatsachen belastet würde und so von der Erfüllung seiner eigentlichen Aufgabe,

der bloßen Nachprüfung der Rechtsanwendung, abgehalten würde.

Diese ausdrückliche strenge Beweiskraft führt dazu, dass für das Revisionsgericht Verfahrensfehler passiert sind, selbst wenn jeder weiß, wie unwahrscheinlich sie im Einzelfall sind. So auch z.B., wenn das Protokoll nicht den Formsatz enthält, dass die Anklageschrift verlesen worden ist.⁴ Es erscheint sehr unwahrscheinlich, dass – vor allem in größeren Verfahren – es „vergessen“ wird, die bisweilen umfangreiche Anklageschrift zu verlesen und niemandem der fünf anwesenden Volljuristen im Raum es auffällt. Dennoch gehört die Verlesung der Anklageschrift zu den wesentlichen Förmlichkeiten der Hauptverhandlung und wenn das Protokoll diesen Hinweis nicht enthält, dann ist bewiesen, dass die Verlesung der Anklageschrift fehlt.⁵ Damit ist das Urteil aufzuheben wegen eines Formfehlers, der zwar schwer wiegen *würde*, der aber aller Wahrscheinlichkeit oder vielleicht sogar mit sicherem Wissen aller Beteiligten nicht stattgefunden *hat*. Man kann sich vorstellen, dass es wohl nicht zu den Annehmlichkeiten eines Revisionsrichters gehört, das Ergebnis einer unter Umständen wochen- oder gar monatelang andauernden Hauptverhandlung zunichtezumachen, nur weil das Protokoll einen Verfahrensfehler festhält, der nicht passiert ist.

§ 274 StPO steht also unter Umständen einer sachgerechten Entscheidung entgegen. Seinen Grund hat der Paragraph in der besonderen Formenstrenge des Revisionsrechts. Obwohl in der StPO nicht in dem Abschnitt über die Revision enthalten, stellt § 274 StPO ein Paradebeispiel für den hohen Formalisierungsgrad des Revisionsrechts dar. Dem Revisionsrecht liegt die Vorstellung einer klaren Aufgabenteilung zwischen Tatsachen- und Revisionsgericht zugrunde. Die Tatsachenfeststellung ist Aufgabe des Tatrichters, dem Revisionsgericht obliegt nur die Überprüfung der richtigen Anwendung des Rechts, nicht die Aufgabe, eine sachgerechte Entscheidung herbeizuführen. Auf der anderen Seite kann aber natürlich nicht bestritten werden, dass auch die gerechte Entscheidung im Einzelfall zu den anerkannten Zielen der Revision gehört. Und dieses Ziel wird sicherlich nur schwer erreicht, wenn eine Entscheidung wegen Fehlern aufgehoben werden muss, die nicht passiert sind.

Deshalb erstaunt es wenig, dass die Rechtsprechung versucht, die Wirkungen des § 274 StPO einzuschränken, um im Einzelfall eine sachgerechte Entscheidung zu erzielen.

Die einschränkende Auslegung bzw. der Versuch, die unerwünschten Folgen der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls einzuschränken, hat sich in drei Etappen vollzogen: Der erste Versuch bestand darin, die Beweiskraft bei offensichtlichen Mängeln nicht anzuerkennen. In einem weiteren Schritt hat man den Verteidigern, die sich missbräuchlich auf das Protokoll berufen haben, diese Möglichkeit abgeschnitten, und die dritte Lösung ist die radikalste: das Protokoll soll zwar seine Beweiskraft weiterhin haben, aber es ist inzwischen nach der Rechtsprechung möglich, das Protokoll

¹ Abgedruckt in StV 2012, 73.

² Engelhardt, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 274 Rn. 7; Meyer-Göbner, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 274 Rn. 13; Pfeiffer, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 274 Rn. 3.

³ Meyer-Göbner (Fn. 2), § 274 Rn. 13.

⁴ BGH NStZ 1986, 39; BGH NStZ 2000, 214.

⁵ BGH NStZ 1986, 374.

nachträglich auch dann noch zu berichtigen, wenn eine Revision bereits auf diesen Mangel gestützt wurde.⁶

Der vorliegende Fall betrifft die zweite Gruppe. Der *Senat* hat noch einmal klar gestellt, dass eine sog. Protokollrüge nicht zulässig ist. Eine Protokollrüge liegt dann vor, wenn sich der Verteidiger auf einen Fehler des Protokolls beruft, dabei aber gar nicht behauptet, dass der gerügte Fehler passiert sei, sondern lediglich auf das Protokoll hinweist.

II. Sachverhalt

In dem zu entscheidenden Fall wurde die Zeugin M verhört. Diese hatte ein Zeugnisverweigerungsrecht gegenüber dem Zeugen, weil dieser ihr Vater war. Der Sachverhalt teilt nicht mit, aus welchem Grunde die Zeugin M eine gesetzliche Vertreterin hatte. Wir können hier aber annehmen, dass M minderjährig und der Beschuldigte der gesetzliche Vertreter war. In einem solchen Fall ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen.⁷ Jedenfalls hatte M die gesetzliche Vertreterin, nämlich die Rechtsanwältin H. Das hat zur Folge, dass nicht nur die Zeugin M, sondern auch ihre Vertreterin H über das Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren war.⁸ Ob dies in der Hauptverhandlung passiert ist, wissen wir nicht. Der Verteidiger des Beschuldigten machte aber einen solchen Verstoß geltend. Das ergibt sich aus der Revisionsbegründungsschrift. Dort war unter den Verfahrenstatsachen auszugsweise der Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls wiedergegeben. Der Verteidiger führte aus: „Verlesen wurde im Hinblick auf das Zeugnisverweigerungsrecht der Zeugin M also lediglich die Erklärung der Rechtsanwältin H vom 27.01.2010 vor der polizeilichen Vernehmung, wonach diese für M von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch mache. Die Zeugin selbst machte also gemäß des Protokolls keine Angaben zu ihrer Aussagebereitschaft gegen den Vater. H überprüfte ihre Einstellung als Vertreterin im Hinblick auf das Zeugnisverweigerungsrecht kein weiteres Mal im Rahmen der Hauptverhandlung. Gemäß dem Protokoll fand eine entsprechende Belehrung der M nicht statt, dass die Zustimmung der H sie nicht zur Aussage gegen den eigenen Vater verpflichtet.“ In einem weiteren Abschnitt heißt es entsprechend: „Aus dem Hauptverhandlungsprotokoll ergibt sich gerade nicht, dass M aussagen will. Im Protokoll befindet sich lediglich die recht allgemeine Ausführung, die Zeugin wurde dem Alter entsprechend belehrt. Ihre Reaktion darauf ist nicht protokolliert.“

III. Problemaufriss

Das Hauptverhandlungsprotokoll enthält also einen Fehler. Dabei ist eines unklar, nämlich ob das Protokoll fehlerhaft ist

oder ob tatsächlich ein Fehler in der Hauptverhandlung stattgefunden hat. Das Protokoll enthält jedenfalls keinen Hinweis darauf, dass die gesetzliche Vertreterin H über das Zeugnisverweigerungsrecht der M in der Hauptverhandlung belehrt worden ist und mit M noch einmal besprochen hätte, welche Folgen eine Aussage vor der Polizei in der Hauptverhandlung hätte. Es ist jedenfalls nicht die Rede von einer Kommunikation zwischen H und M, inwieweit eine Aussage auch in der Hauptverhandlung gewollt sei. Das Protokoll spricht lediglich von einer Belehrung der M selbst über ihr Recht, nicht aussagen zu müssen, was aber im Falle einer Vertretung nicht ausreicht. Wenn es wirklich passiert wäre, was das Protokoll wiedergibt, läge ein Verfahrensfehler vor.

Man mag nun bezweifeln, ob es sehr wahrscheinlich ist, dass dem Gericht ein solcher Fehler unterläuft. Aber wegen der Beweiskraft des Protokolls muss das Revisionsgericht davon ausgehen, dass es genauso passiert ist, also dass die gesetzliche Vertreterin H zwar vor der polizeilichen Vernehmung, nicht aber auch wirksam in der Hauptverhandlung auf das Zeugnisverweigerungsrecht der M verzichtet hat.

Damit ist das Ergebnis der Revision eigentlich vorgezeichnet: Wegen des Verfahrensfehlers muss das Urteil aufgehoben werden. Das Revisionsgericht sieht sich damit in den Vorgaben des § 274 StPO gefangen. Es gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten, dass die Zeugin und auch ihre gesetzliche Vertreterin entscheiden, ob sie von dem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen. Da dies ausweislich des Protokolls nicht geschehen ist, muss das Urteil aufgehoben werden.

Nun mag aber tatsächlich eingewendet werden, dass ein solches Geschehen nicht wahrscheinlich ist. Ausweislich des Protokolls war H nicht einmal in der Hauptverhandlung anwesend. Das ist aber ein Fehler, der unwahrscheinlich erscheint. Dennoch: Nach der Regelung des § 274 StPO muss das Urteil aufgehoben werden, weil dieser sehr klar sagt, dass über wesentliche Förmlichkeiten nur das Protokoll Beweis erbringen kann.

Das ist eine sehr missliche Situation des Revisionsrichters. Er muss die Revision für begründet erklären, obwohl der behauptete Fehler nicht wahrscheinlich ist. Viel wahrscheinlicher ist es, dass ein ganz anderer Fehler passiert ist, nämlich dass bei der Abfassung des Protokolls einfach der Hinweis darauf unterblieben ist, dass auch H belehrt wurde und sie erneut darauf hingewiesen hat, dass sie mit M gesprochen und sie aufgeklärt habe.

Die Rechtsprechung hat wie eingangs erwähnt drei Wege beschritten, solche Konstellationen zu lösen, nämlich der Wegfall der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls, der Ausschluss einer missbräuchlichen Berufung auf das Protokoll oder die nachträgliche Berichtigung. Der *Senat* hält die Revision in casu aus dem zweiten Grunde für unbegründet. Nehmen wir dies zum Anlass, eine kleine tour de raison zur Rechtsprechung bei zweifelhaften Protokollen in der Revisionsbegründung nachzuvollziehen.

⁶ Das Phänomen der sog. „Rügeverkümmern“. Das beschreibt die Berichtigung des Protokolls durch das erstinstanzliche Gericht, nachdem bereits die Revision erhoben worden und auf den protokollierten Fehler gestützt worden ist. Diese Möglichkeit hat in der Praxis sehr viel Widerstand hervorgerufen. Sie ist aber vom BVerfG für zulässig erklärt worden, BVerfGE 122, 248.

⁷ Meyer-Goßner (Fn. 2), § 52 Rn. 20.

⁸ Meyer-Goßner (Fn. 2), § 52 Rn. 26.

IV. Wegfall der Beweiskraft bei offensichtlichen Mängeln des Protokolls

Bei einem Fehler, der nicht wahrscheinlich erscheint und bei dem offensichtliche Fehler passiert sind – also nicht in der Hauptverhandlung, sondern in der Abfassung des Protokolls – geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls entfallen kann.

1. Auslegung des Protokolls bei Lücken, Widersprüchen oder Mehrdeutigkeiten

So soll die ausschließliche Beweiskraft nur einem Protokoll zukommen, das aus sich heraus eine klare Aussage erbringt und eindeutige Schlussfolgerungen über das Verfahrensgeschehen zulässt. Ein Protokoll, das sich wegen offensichtlicher Mängel als ein untaugliches Beweismittel erweise, könne seine Aufgabe dagegen nicht erfüllen. Deshalb sei es gerechtfertigt, ihm die Beweiskraft abzusprechen.⁹

Im Laufe der Jahre hat die Rechtsprechung dazu drei Fallgruppen entwickelt, nämlich den Wegfall der Beweiskraft wegen offensichtlicher Lücken, wegen Widersprüchen oder wegen Mehrdeutigkeiten.

Eine Lücke im Protokoll wird angenommen, wenn ein protokollierter Verfahrensvorgang darauf hindeutet oder gar beweist, dass ein anderer Verfahrensvorgang, der nicht protokolliert worden ist, tatsächlich geschehen ist. Von der Protokollierung eines bestimmten Verfahrensvorgangs muss also der Schluss darauf gezogen werden können, dass sich ein anderer nicht protokollierter Verfahrensvorgang ebenfalls zugegetragen hat. Wenn z.B. im Protokoll vermerkt steht „Die Öffentlichkeit wird wieder hergestellt“, muss sie denklogisch vorher ausgeschlossen worden sein.¹⁰ Eine Lücke liegt auch dann vor, wenn zwar über die Ablehnung eines Beweisantrages entschieden wurde, aber im Protokoll nicht erwähnt wird, dass dieser Beweisantrag überhaupt gestellt wurde oder der Inhalt nicht benannt wird.¹¹

Ein Widerspruch liegt vor, wenn das Protokoll sich gegenseitig ausschließende Feststellungen enthält. Z.B. widersprüche die Eintragung „Zeuge Z macht von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch“ dem Vermerk „Alle Zeugen werden vereidigt“.

Mehrdeutig ist ein Protokoll dann, wenn die niedergelegte Verfahrensweise sich nicht eindeutig ergibt und sowohl zulässige als auch unzulässige Verfahrenshandlungen vorgenommen worden sein können. Eine solche Situation soll z.B. vorliegen, wenn an mehreren Stellen des Protokolls von unterschiedlichen mitwirkenden Richtern die Rede ist.¹²

Der Wegfall der Beweiskraft bei offensichtlichen inhaltlichen Mängeln hat zur Folge, dass das Revisionsgericht den fraglichen Verfahrensvorgang im Wege des Freibeweises aufklären kann und muss. Das Vorbringen des Beschwerdeführers wird also auch bei dem Wegfall der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls nicht als wahr unterstellt, son-

dern er hat nun die Möglichkeit, den Nachweis über einen Verfahrensfehler zu führen. Das Revisionsgericht muss nun also im Freibeweisverfahren klären, was in der Hauptverhandlung wirklich passiert ist.¹³ Selbstverständlich entfällt die Beweiskraft dabei nicht gänzlich, sondern nur insoweit, als das Protokoll unter dem inhaltlichen Mangel leidet.

2. Grenzen der Einschränkung der Beweiskraft wegen offensichtlicher Mängel

Die Rechtsprechung zum ausnahmsweisen Wegfall der Beweiskraft ist auf der einen Seite im Grundsatz sachgerecht, da kein nachvollziehbarer Grund dafür besteht, auch einem erkennbar mangelhaft abgefassten Protokoll die ausschließliche Beweiskraft zuzubilligen. Letztlich lässt man zu, dass ein Urteil aufgehoben wird, nur weil es bei der Abfassung des Protokolls zu einem kleinen Fehler gekommen ist, indem z.B. der kleine Satz fehlt „Die Anklageschrift wurde verlesen“. Eine wochenlange Hauptverhandlung war nur deshalb umsonst, weil ein einziger kleiner Standardsatz fehlt.

Auf der anderen Seite läuft die von der Rechtsprechung zugelassene Einschränkung der Beweiskraft des § 274 StPO zuwider. Der Anwendungsbereich für einen Wegfall der Beweiskraft muss deshalb sehr eng gezogen werden. Dieser Forderung kam die Rechtsprechung auch nach, indem sie einen offensichtlichen oder augenscheinlichen Mangel des Protokolls verlangt. Deshalb ist es wenig verwunderlich, dass es bis in die 90er Jahre des letzten Jahrhunderts nur wenige veröffentlichte Entscheidungen gab, bei denen der Übergang zum Freibeweisverfahren für zulässig erachtet wurde. Seitdem gibt es aber eine Tendenz, die starre Beweisregel des § 274 StPO bei Bedarf im Einzelfall auszuhebeln. Zu diesem Zweck wurden die Voraussetzungen, unter denen ein zum Wegfall der Beweiskraft führender Mangel des Protokolls anzunehmen ist, weit weniger streng gehandhabt, als es durch die herkömmliche Rechtsprechung eigentlich vorgegeben ist.

Die Aufweichung der Voraussetzungen für einen Wegfall der Beweiskraft des Protokolls äußert sich aber nicht nur darin, dass im Ergebnis vermehrt ein Mangel des Protokolls angenommen wird, sondern die neueren Entscheidungen zeichnen sich auch dadurch aus, dass die Senate des BGH ganz offen dazu übergehen, das im Protokoll nicht dokumentierte Verfahrensgeschehen mit Erfahrungssätzen über den gewöhnlichen Ablauf einer Hauptverhandlung abzugleichen. Das Revisionsvorbringen wird bisweilen explizit auf die allgemeine gerichtliche Erfahrung bzw. Praxis abgestellt. Es werden also Plausibilitätserwägungen angestellt, dass vieles dafür spreche, dass sich ein bestimmter Verfahrensvorgang anders als im Protokoll dokumentiert zugegetragen hat.

Methodisch ist das bedenklich. Letztlich ist hier der Vorwurf der Beliebigkeit zu erheben. Es ist nur in wenigen Fällen wirklich denkbar, dass ein Verfahrensfehler so eindeutig nicht passiert sein kann, dass nur eine denkbare Lösung existiert, nämlich dass nicht der Fehler in der Hauptverhandlung zu suchen ist, sondern in dem Protokoll. Ist es z.B. wirklich mit Sicherheit zu sagen, dass ein Angeklagter im Fall der notwendigen Verteidigung während der Hauptverhandlung

⁹ BGHSt 16, 306 (308); 31, 39; BGH NJW 1984, 2172; BGH NStZ 2006, 177 (181).

¹⁰ BGHSt 17, 220.

¹¹ OLG Hamm NStZ-RR 2008, 382.

¹² BGHSt 16, 306.

¹³ BVerfG StV 2002, 521.

immer einen Verteidiger an seiner Seite hatte, weil es wohl unwahrscheinlich ist, dass niemandem im Raum aufgefallen wäre, dass dies dem vorschriftsgemäßen Vorgehen widerspricht?¹⁴

Die Rechtsprechung zu den lückenhaften oder widersprüchlichen Protokollen hat damit ihre Schwachstellen. Es erscheint unmöglich, eine klare Grenzziehung vorzunehmen, in welchen Fällen wirklich eine Konstellation vorliegt, in der sicher ist, dass der Fehler nicht in der Hauptverhandlung, sondern nur im Protokoll vorliegt.

Eine solche Fallgestaltung liegt auch im vorliegenden Fall vor. Es ist zwar unwahrscheinlich, dass niemandem im Raum aufgefallen ist, dass die Rechtsanwältin H nicht bei der Hauptverhandlung anwesend war. Aber völlig auszuschließen ist auch diese Alternative nicht. Deshalb hat der *Senat* sich auch nicht darauf berufen, dass die Wirksamkeit des Protokolls ausgeschlossen ist.

V. Unbeachtlichkeit einer missbräuchlichen Verfahrensrüge

Der *Senat* beruft sich vielmehr auf etwas anderes, nämlich auf die Unzulässigkeit einer reinen Protokollrüge.

Dem Verteidiger obliegt im Strafverfahren zwar die Pflicht, sich für seinen Mandanten einzusetzen, aber es obliegt ihm auch eine Wahrheitspflicht. Deshalb ist es ihm grundsätzlich nicht erlaubt, bewusst die Unwahrheit zu sagen.

Der Verteidiger kann sich aber grundsätzlich auch das Protokoll berufen, wenn er meint, dass die Hauptverhandlung nicht richtig wiedergegeben ist.¹⁵ Ein Verteidiger, der nach der Hauptverhandlung ein Protokoll zugesandt bekommt, in dem ein gravierender Verfahrensfehler protokolliert worden ist, kann sich deshalb erst einmal über den Fehler der Protokollanten freuen. Die Revision scheint gesichert, obwohl tatsächlich das Verfahren ordnungsgemäß stattgefunden hat.

Auch das hat jedoch seine Grenzen. Eine Berufung auf das Protokoll scheidet dann aus, wenn der Verteidiger genau weiß, dass sich die Geschehnisse, wie sie im Protokoll dokumentiert wurden, so nicht zugetragen haben.¹⁶ Das wird begründet mit einem allgemeinen Missbrauchsverbot, das die Rechtsprechung grundsätzlich anerkennt.¹⁷ Danach ist es dem Verteidiger verwehrt, sich auf ein Protokoll zu berufen, von dessen Unrichtigkeit er weiß.¹⁸

Ein solches Vorgehen beschreitet der *Senat* im vorliegenden Fall. Er zieht es vor, sich nicht zur Fehlerhaftigkeit des Protokolls zu äußern, sondern wirft dem Verteidiger nur vor, dass dieser sich nicht darauf berufen habe, dass tatsächlich in der Hauptverhandlung ein Fehler geschehen sei, sondern nur auf das Protokoll verweise:

„Zwar könne eine Formulierung wie beispielsweise ausweislich des Protokolls im Revisionsvorbringen auch nur als ein Hinweis auf das geeignete Beweismittel zu verstehen sein, ohne dass die Ernsthaftigkeit der Tatsachenbehauptung selbst in Frage gestellt wird. Hier leite sich die Fehlerhaftigkeit des Verfahrens jedoch mehrfach ausdrücklich nur aus dem Protokoll ab. Es werden keine Angaben zum tatsächlichen Geschehen (Inhalt der Belehrung, Reaktion der M) gemacht. Auch werde nicht dargelegt, dass H. als gesetzliche Vertreterin überhaupt in der Hauptverhandlung anwesend gewesen sei.“

Der *Senat* verhält sich also gar nicht zur Tatsache, ob in der Hauptverhandlung dieser Fehler geschehen ist, sondern wirft dem Verteidiger nur vor, sich lediglich auf das Protokoll zu berufen. Das ist aber nicht gestattet, weil der Verteidiger im Revisionsvorbringen wenigstens darlegen muss, dass der behauptete Fehler wirklich passiert sei.

Die vorliegende Entscheidung ist deshalb ein Schulbeispiel dafür, dass dem Hauptverhandlungsprotokoll zwar uneingeschränkte Beweiskraft zukommt. Das entpflichtet den Verteidiger aber nicht, den behaupteten Fehler auch zu beweisen und darzulegen. Es reicht nicht, einfach nur darauf hinzuweisen, dass das Protokoll einen Fehler enthält. Hier hätte der Verteidiger vielmehr weiter darlegen müssen, ob H in der Hauptverhandlung anwesend war und wie sie sich verhalten hat.

Der Verteidiger, der sich auf das Protokoll beruft, muss behaupten, dass der vorgetragene Fehler wirklich passiert ist. Er muss sich also dazu positionieren, ob es sich um einen Flüchtigkeitsfehler in der Aufzeichnung handelt oder um einen wirklichen Verfahrensverstoß. Das stellt der *Senat* hier noch einmal klar. Trotz der Beweiskraft des § 274 StPO reicht es nicht, wenn der Verteidiger auf den vermeintlichen Verfahrensverstoß hinweist, weil er sich aus dem Protokoll ergibt. Er hätte vielmehr darlegen müssen, dass das Geschehen wie von ihm behauptet so stattgefunden hat.

Ob H in der Hauptverhandlung anwesend war und die Förmlichkeiten eingehalten wurden oder nicht, wissen wir nicht. Das weiß auch das Revisionsgericht nicht. Ob der Verteidiger es weiß, können wir nur mutmaßen. Der *Senat* stellt aber eines noch einmal klar: Es reicht nicht, wenn der Verteidiger behauptet, dass ein bestimmter Verfahrensfehler passiert sei, nur weil es im Protokoll steht. Eine reine „Protokollrüge“, also der Hinweis darauf, dass der Fehler im Protokoll vermerkt sei, reicht jedenfalls nicht. Dem Verteidiger obliegt es in der Revision, den behaupteten Fehler darzulegen und zu behaupten. Er muss ihn nicht beweisen. Als Beweismittel kann er das Protokoll heranziehen, das ergibt sich aus § 274 StPO. Das bedeutet aber nicht, dass er sich mit einem Verweis auf das Protokoll begnügen kann, weil eine reine Protokollrüge nicht ausreicht, eine Revision zu begründen.

Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

¹⁴ BGH NStZ 2002, 270 (271); siehe aber auch BGH NStZ 2005, 46.

¹⁵ Park, StraFo 2004, 335.

¹⁶ BGHSt 51, 88.

¹⁷ BGHSt 38, 111.

¹⁸ Grundsätzliche Ausführungen zum Missbrauchsverbot – auch in Fällen wie dem vorliegenden – bei Kudlich, HRRS 2007, 9.

Buchrezension

Detlef Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/New York, 2011, 462 S., € 39,95

Es gibt bereits viele Bücher zum BGB AT. Neu an dem Buch von *Leenen* ist, dass es sich besonders am Gutachten und den hier relevanten Problemen orientiert. Das ist hilfreich, weil es gerade (aber nicht nur) am Anfang des Studiums und angesichts der manchmal etwas spröden Materie vielen Studierenden schwer fällt, gehörten oder gelesenen theoretischen Stoff in der konkreten Falllösung anzuwenden.

Der *Verf.* ist emeritierter Professor an der Freien Universität Berlin. Neben dem BGB AT hat er sich vor allem mit der Methodenlehre beschäftigt. Diese Gebiete hat er jahrzehntelang engagiert gelehrt und für das vorliegende Buch sinnvoll miteinander verknüpft. In § 23 ist auf 25 Seiten komprimiert das Wichtigste aus der Methodenlehre zusammengefasst. Die Auslegung des Gesetzes, Rechtsfortbildung, Regelungstechniken des Gesetzes, Schlusstechniken sowie die Lehre von den Konkurrenzen werden mit zahlreichen Beispielen dargestellt.

Die Grobgliederung des Buches enthält zwei Schritte. Im ersten Teil wird zunächst der Stoff der Rechtsgeschäftslehre dargestellt. Darauf aufbauend und mit engen Bezügen und präzisen Querverweisen folgt Teil 2 „Die Rechtsgeschäftslehre in der Methodik der Fallbearbeitung“. Nach einer Erläuterung der Gutachtenmethode und den bereits erwähnten Ausführungen zur Methodenlehre folgt das besonders wertvolle Kapitel „Einzelne Rechtsgebiete in der Methodik der Fallbearbeitung“. Darin werden nicht einfach nur Beispielfälle gelöst, sondern die wichtigsten Ansprüche (aus § 985 BGB, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB sowie der vertragliche Erfüllungsanspruch), mit den üblicherweise vorkommenden Problemen des BGB AT verbunden strukturiert erörtert.

Durchgehend mit hoher dogmatischer Präzision werden die Themen der Rechtsgeschäftslehre unter ständiger Berücksichtigung der Frage „Wo prüfe ich das?“ behandelt. Diese Genauigkeit führt dazu, dass *Leenen* vielfach herkömmliche Ansichten hinterfragt und Gegenpositionen begründet. Beispielsweise wird die übliche Behandlung der Stellvertretung überzeugend kritisiert, bei der die Voraussetzungen einer wirksamen Stellvertretung insgesamt im Rahmen der Willenserklärung des Vertreters, also beim Abschluss des Vertrages geprüft werden sollen. Tatsächlich ist insbesondere die Frage der Vertretungsmacht für die Wirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts relevant, nicht für die Willenserklärung des Vertreters.

Am Schluss steht eine Sammlung von 27 Fällen mit Hinweisen auf Fundstellen in der Rechtsprechung und in den jeweiligen Abschnitten des Buches. Dabei handelt es sich überwiegend um Klassiker (Gemüseblatt, Haakjöringsköd, Trierer Weinversteigerung usw.), aber auch aktuelle Beispiele aus der Rechtsprechung und eigene Übungsfälle sind dabei.

Nützlich ist der Anhang, der nicht nur ein Sachverzeichnis, sondern auch Definitionen und Erläuterungen der wichtigsten Begriffe enthält.

Zusammenfassend ist das Buch sehr empfehlenswert, weil es didaktisch fundiert und unter Heranziehung von vielen Materialien wirkliches Verständnis fördert. Besonders geeignet erscheint es zur Wiederholung und Vertiefung, wenn die Grundkurse zum BGB absolviert sind. Gerade in Veranstaltungen des Hauptstudiums und zur Examensvorbereitung sind hier bedenkliche Lücken bei vielen Studierenden festzustellen.

Prof. Dr. Susanne Hähnchen, Bielefeld

B u c h r e z e n s i o n

Andreas Haratsch/Christian Koenig/Matthias Pechstein, Europarecht, Verlag Mohr Siebeck, 7. Aufl., Tübingen 2010, 733 S., kart., € 34,00

Gegenüber dem Zivil- oder Strafrecht, das es schon seit tausenden von Jahren gibt, hat das Europarecht einen Vorteil: Die einführende Literatur hierzu ist gerade noch überschaubar. Dies gilt erst Recht für die „Standardwerke“, die besonders geeignet sind, das europäische Recht kennen, verstehen und anwenden zu lernen, ohne dabei zugleich zu umfangreich oder so teuer zu sein, dass sie ihren Weg auf die Arbeitstische der Studierenden nicht finden.

Zu den besonders empfehlenswerten Standardwerken gehört das Lehrbuch von *Haratsch/Koenig/Pechstein*, das es inzwischen in der siebten Auflage gibt. Es hat einen Umfang von 733 Seiten,¹ darin sind aber bereits 67 Seiten mit hilfreichen Anhängen (Übereinstimmungstabellen der aktuellen und früheren Nummerierung der EU-Vertragsartikel, Literatur- und Internetempfehlungen) sowie das sehr detaillierte Stichwortverzeichnis enthalten. Damit hat es für ein Lehrveranstaltungs begleitendes Lehrbuch einen gerade noch annehmbaren Umfang. Es deckt die üblichen europarechtlichen Themen ab, die Gegenstand der Vorlesungen an den Hochschulen sind und ist wegen seines Umfangs zugleich ein Nachschlagewerk, wenn europarechtliche Fragen im Rahmen von Haus- oder Seminararbeiten zu vertiefen sind.

Bei einem im Jahr 2010 erschienen Buch ist es noch eine Bemerkung wert, dass es tatsächlich ein Buch zum aktuellen Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon ist. Vor zwei Jahren gab es noch etliche Lehrbücher, die auf dem Einband darauf hinwiesen, dass die Änderungen des Vertrages von Lissabon bereits berücksichtigt seien, dieses Versprechen dann aber nur in der Weise hielten, dass am Ende eines jeden Kapitels kurz auf die Änderungen hingewiesen wurde. Das ist bei *Haratsch/Koenig/Pechstein* schon seit 2010 anders: Hier ist das Lehrbuch durchweg an den aktuellen europäischen Verträgen ausgerichtet. Wenn man die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) seit 2010 im Blick behält, ist das Buch damit auch 2012 und voraussichtlich die nächsten Jahre noch aktuell. Zwar ändert sich das Europarecht ständig, so dass selbst bei aktuellen Lehrbüchern immer damit zu rechnen ist, dass die Entwicklung bereits einen Schritt weiter ist. Da die Vertragstexte in der Fassung, die sie durch den Vertrag von Lissabon erhalten haben, aber in den nächsten Jahren zumindest in den ausbildungsrelevanten Bereichen voraussichtlich nicht grundlegend verändert werden, dürfte sich daran nichts ändern. Kleinere europarechtliche Veränderungen, wie zum Beispiel bei der in den Rn. 6 und 1253 des Lehrbuchs zu Recht nur am Rande erwähnten West-

europäischen Union (WEU) fallen hier nicht ins Gewicht. Deren Auflösung², die sich erst nach Drucklegung des Buches herausstellte, ist für Studierende bedeutungslos, da die WEU im Jurastudium keine Rolle spielt.

Die Autoren schreiben in ihrem Vorwort, dass sich das Lehrbuch vor allem an Studierende richte und man hoffe, dass es auch dem praktisch am Europarecht Interessierten beim rechtsdogmatischen und kasuistischen Zugang zur europäischen Integration behilflich ist. Dies kann ich bestätigen. Bei europarechtlichen Problemen greife ich meistens zuerst auf den *Haratsch/Koenig/Pechstein* zurück und finde dort in der Regel selbst bei abgelegeneren Fragen alle erforderlichen Informationen, um diese beantworten zu können. Dass sich das Buch gleichwohl in erster Linie an Studierende richtet, erkennt man daran, dass die Kapitel mit besonders hervorgehobenen Merksätzen abgeschlossen werden, die eine Lernkontrolle unterstützen. Da diese Merksätze dabei das Wichtigste zusammenfassen, ermöglichen sie Studierenden in der Examensvorbereitung zudem eine schnelle Wiederholung des Stoffes. Studierende, die noch tiefer ins Europarecht einsteigen möchten oder müssen, finden mit den umfangreichen Literaturhinweisen sowie den sehr hilfreichen Hinweisen auf die Leitentscheidungen des EuGH eine wertvolle Hilfestellung vor.

Noch anschaulicher wäre das Lehrbuch allerdings, wenn die Autoren einige Grafiken aufgenommen hätten, um die im Text dargestellten Informationen zu veranschaulichen. So bietet es sich beispielsweise an, nach den Rn. 30 bis 32, in denen die letzten Beitritte zur EU aufgezählt werden, die EU-Mitgliedstaaten in einer Landkarte – vielleicht sogar im Vergleich zu den Ländern, die am deutlich größeren Europarat beteiligt sind – darzustellen. Die wichtigsten Daten der europäischen Integration hätten in einem Zeitstrahl zusammengefasst oder die Organe der EU in einer Übersicht veranschaulicht werden können. Auch die in der Rn. 50 beschriebene „Tempelkonstruktion“ der EU vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon lässt sich besser merken, wenn sie auch als Schaubild neben den Text gestellt wird.

Der Inhalt des Lehrbuches ist dagegen sehr gut. Dies beginnt mit der Auswahl des Stoffes, die im Unionsrecht besonders schwierig ist. Denn die Schwerpunktsetzung wird – im Vergleich zum Verfassungs-, Verwaltungs-, Straf- oder Zivilrecht – dadurch erschwert, dass die europäischen Vorgaben teils grundrechtsähnlichen Charakter haben (z.B. die Grundfreiheiten der EU oder die in der Grundrechte-Charta garantierten Rechte) und neben dem öffentlichen Recht auch das nationale Zivilrecht und – in immer größerem Umfang – das Strafrecht beeinflussen. Das Unionsrecht überschreitet damit die in Deutschland üblichen Grenzen zwischen den einzelnen Rechtsgebieten. Hier ist *Haratsch/Koenig/Pechstein* eine angemessene Auswahl gelungen. Zwar ist beispielsweise das Kapitel über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts mit etwa 15 Seiten – gerade auch im Vergleich zu den anderen Teilen des Lehrbuchs – recht kurz geraten. In einem einführenden Lehrbuch wird aber auch niemand mehr

¹ Andere, ebenfalls empfehlenswerte Lehrbücher sind dagegen weniger umfangreich, wie z.B. die Lehrbücher von *Hobe*, Europarecht, 6. Aufl. 2011, mit 377 Seiten (dazu s. *Kirchhoff*, ZJS 2011, 188), von *Herdegen*, Europarecht, 12. Aufl. 2010, mit 517 Seiten oder von *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der EU, 4. Aufl. 2010, mit 608 Seiten.

² *Blasius*, FAZ v. 10.4.2010, S. 10.

erwarten, da es hierzu inzwischen sehr gute weiterführende Lehrbücher gibt.³

Besonders gelungen ist beispielsweise die Darstellung des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts (Rn. 181 ff.), der in Prüfungen fast immer relevant wird. Zu Recht schreiben die *Autoren*, dass nationale Behörden und Gerichte von Amts wegen verpflichtet sind, unmittelbar anwendbares EU-Recht zu beachten (Rn. 184). Dies gilt insbesondere dann, wenn es dem nationalen Recht entgegensteht und eine unionsrechtskonforme Auslegung der nationalen Vorschriften nicht in Betracht kommt. In diesem Fall verdrängt das Unionsrecht die nationalen Regelungen, so dass neben den Gerichten auch alle Verwaltungsbehörden das mit dem EU-Recht nicht vereinbare nationale Recht unangewendet lassen müssen. Diese „Nichtanwendungspflicht“⁴ der Behörden wird in der Praxis immer noch nicht durchweg beachtet, so dass es wichtig ist, sie besonders hervorzuheben. Aus ihr folgt übrigens zwangsläufig, dass jede Behörde in der Lage sein muss, die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit dem Unionsrecht jedenfalls in eindeutigen Fällen beurteilen zu können, weshalb dieses Rechtsgebiet in der Ausbildung der Amtswalter keine untergeordnete Nebenrolle spielen darf.⁵ Richtig ist es daher, die mit dem Anwendungsvorrang verbundenen Fragen in dem Lehrbuch besonders ausführlich darzustellen.

Die *Autoren* stellen in ihrem Buch aber nicht nur den Inhalt des EU-Rechts und die Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU dar. Sie geben auch weitere Informationen, die der Leser wohl erwartet: Zu Recht weisen die Rn. 268 ff. beispielsweise darauf hin, dass der Kommission derzeit noch je ein Staatsangehöriger jedes Mitgliedstaats angehört (Art. 17 Abs. 4 EUV) und dass die Kommission ab November 2014 um ein Drittel kleiner sein soll, wenn der Europäische Rat einstimmig nicht etwas anderes beschließt (s. Art. 17 Abs. 5 EUV). In Rn. 271 folgt die Information, dass der Europäische Rat dies bereits Ende 2008 auf Wunsch Irlands in Aussicht gestellt hat,⁶ so dass auch nach 2014 jeder Mitgliedstaat einen EU-Kommissar stellen wird.

Das Buch hätte allerdings mit „Recht der Europäischen Union“ oder „Unionsrecht“ einen treffenderen Titel, denn es geht nahezu ausschließlich um das EU-Recht. Dass es daneben weitere Regelungen gibt, die häufig als „Europarecht im weiteren Sinne“⁷ bezeichnet werden, wird in den Rn. 1 f. des Lehrbuches nur sehr kurz erwähnt. Auf den Seiten 16 bis 18 enthält es zwar einen Überblick über den Europarat, der immerhin 47 Mitgliedstaaten hat und den Menschenrechtsschutz durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EG-

MR) erheblich beeinflusst. Die EMRK stellen die *Autoren* auf den Seiten 18 bis 21 aber nur der Sache nach vor, ohne auf die einzelnen Menschenrechte näher einzugehen. Diese werden in Rn. 47 lediglich aufgezählt. Hinzu kommt auf den Seiten 310 bis 313 ein Abschnitt über das Verhältnis der EU zur EMRK, in dem die *Autoren* aber auch nicht näher auf die in der EMRK enthaltenen Menschenrechte eingehen. Die EMRK hat in manchen Bereichen – zum Beispiel für die Strafverfolgungsorgane – aber noch immer eine größere Bedeutung als das Recht der EU. Dies gilt umso mehr, als die EU der EMRK beitreten wird (Art. 6 Abs. 2 EUV) und die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind, schon jetzt gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind. Andererseits tragen auch viele andere Lehrbücher den Titel „Europarecht“ und erwähnen das nicht der EU zuzurechnende europäische Recht ebenfalls nur am Rande.⁸

Insgesamt bleibt aber festzuhalten, dass das Lehrbuch von *Haratsch/Koenig/Pechstein* zu den besten Büchern gehört, die zum EU-Recht veröffentlicht wurden.

Prof. Dr. Guido Kirchhoff, Berlin/Sudenburg

³ S. z.B. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011 und *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2011.

⁴ Hierzu siehe z.B. *Kirchhoff*, ZESAR 2007, 301; *ders.*, DVP 2009, 134.

⁵ *Kirchhoff*, DVP 2009, 134 (136).

⁶ Hierzu siehe z.B. auch *Herrmann*, Jura 2010, 161 (164); *Mayer*, JuS 2010, 189 (191).

⁷ So z.B. *Herdegen* (Fn. 1), § 1 Rn. 6.

⁸ Beispiel: Auch *Hobe* (Fn. 1) erwähnt den Europarat und die EMRK nur auf den S. 20-23. Anders dagegen *Herdegen* (Fn. 1), der das „Europarecht im weiteren Sinne“ auf den S. 3-45 darstellt.

B u c h r e z e n s i o n

Hans-Uwe Erichsen (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht Nordrhein-Westfalen, Verlag C.F. Müller, 25. Aufl., Stand: Juli 2011, Heidelberg 2011, 840 S., kart., € 20,95

Die Besprechung dieses Buches („Staats- und Verwaltungsrecht Nordrhein-Westfalen“) beruht auf einem Irrtum: Bei der Rezensionsanfrage ist mir entgangen, dass es sich um eine Sammlung nordrhein-westfälischer Gesetze handelt und nicht um ein von Hans-Uwe Erichsen herausgegebenes Lehrbuch zum Staats- und Verwaltungsrecht. Da die Bücher des Kollegen Erichsen zu den Besten im öffentlichen Recht gehören, habe ich mich auf ein neues Lehrbuch von ihm gefreut.

Weil es bei Gesetzessammlungen weniger um deren Inhalt geht – diesen hat der Landtag in Nordrhein-Westfalen und nicht der Herausgeber des Textbuches zu verantworten – gibt mir mein Irrtum aber Gelegenheit, einmal etwas über die äußere Gestaltung der Reihe „Textbuch Deutsches Recht“ des C.F. Müller-Verlages zu schreiben: Die Gestaltung dieser Gesetzessammlungen ist sehr schön! Sowohl im Bücherregal als auch auf dem Arbeitstisch hinterlassen sie einen guten Eindruck. Zudem ist die Qualität der Verarbeitung der Gesetzbände sehr gut, so dass sie ihren Zweck erfüllen. Das scheint eine Selbstverständlichkeit zu sein. Wie aber sicher jeder schon einmal erlebt hat, gibt es Gesetzessammlungen, die schon nach wenigen Tagen die ersten Seiten verlieren, auch nach einigem Drücken und Ziehen nicht aufgeschlagen auf dem Tisch liegen bleiben oder deren Seiten schon beim normalen Gebrauch schnell reißen.

Das Textbuch zum nordrhein-westfälischen Staats- und Verwaltungsrecht hat trotz der 840 Seiten noch die angenehme Größe eines Taschenbuches, so dass es gut transportierbar ist. Dies geht nicht zu Lasten der Schriftgröße. Diese ist zwar klein, sie ist aber nicht zu klein. Das Stichwortverzeichnis hat einen angemessenen Umfang, so dass hierüber auch derjenige die passende Rechtsnorm finden wird, der sonst weniger mit dem nordrhein-westfälischen Recht zu tun hat und deshalb nicht weiß, wie die entsprechende Landesnorm heißt, in der er die gesuchte Regelung vermutet. Ein Beispiel: Das Polizeigesetz heißt z.B. in Brandenburg (BbgPolG) und Nordrhein-Westfalen (PolG NRW) so, in Berlin heißt es dagegen Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz (ASOG), in Niedersachsen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG). In einigen Ländern treten – wie in Nordrhein-Westfalen – besondere Polizeiorganisationsgesetze hinzu, die z.B. die Zuständigkeit der Polizei regeln, die in anderen Ländern direkt in den Polizeigesetzen oder in übergeordneten Vorschriften über die Zuständigkeit der Landesbehörden enthalten sind. In solchen Fällen hilft das Stichwortverzeichnis (im Beispielsfall das Stichwort „Polizeibehörde Zuständigkeit“), um schnell das richtige Gesetz zu finden.

Die in das Textbuch aufgenommenen Gesetze, die selbstverständlich mit der Landesverfassung beginnen, umfassen alle Vorschriften, die die Zielgruppe (Studierende, Referendare, Lehrende) in aller Regel benötigt. Praktiker sollten sich dagegen zuvor durch einen Blick in das Schnellregister vergewissern, ob die benötigten Gesetze enthalten sind. Speziell

le Regelungen, die beispielsweise in Jugendämtern benötigt werden (z.B. das nordrhein-westfälische AG-KJHG), wird man in einem Gesetzesband im Taschenbuchformat nicht finden.

Prof. Dr. Guido Kirchhoff, Berlin/Sudenburg

B u c h r e z e n s i o n

Rudolf Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht – mit Europarecht, Verlag C.H. Beck, 5. Aufl., München 2010, 364 S., kart., € 29,90

Im universitären Lehrveranstaltungsplan ist die Vorlesung zum Staatsrecht mit Bezügen zum Völker- und Europarecht (Staatsrecht III) zu Recht seit langem fest etabliert. Ein umfassendes Verständnis des Grundgesetzes setzt nicht nur die Kenntnis der Grundrechte und der Staatsorganisation voraus, sondern verlangt auch eine Auseinandersetzung mit der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes, die seit 1949 die Einbindung Deutschlands in die internationalen Rechtsordnungen gewährleistet. Diesem Prinzip der offenen Staatlichkeit dienen insbesondere die Artikel 23 bis 26 und 59 GG, durch die die immer komplexer werdenden Rechtsgebiete des Europarechts und des Völkerrechts in das nationale Verfassungsrecht hineinwirken. Für das Studium der durch diese gestuften Rechtsordnungen entstehenden verfassungsrechtlichen Fragen ist das Lehrbuch von *Geiger* seit 1985 ein verlässlicher Navigator. Es liegt nunmehr in fünfter Auflage vor.

Das in sieben Teile untergliederte Werk stellt im 1. Teil die Grundlagen des Völkerrechts und des Europarechts vor. Hervorgehoben werden soll hier die instruktive Darstellung des Verhältnisses von Völkerrecht und nationalem Recht (§ 7). In dem klassischen Theorienstreit zwischen Dualismus und Monismus bzw. deren jeweils gemäßigter Form hat sich das Grundgesetz für ein dualistisches Verständnis entschieden. Zutreffend wird insoweit auf das Görgülü-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 2004 eingegangen (BVerfGE 111, 307), das das Verhältnis als eines zweier unterschiedlicher Rechtskreise bezeichnet hat. Prägnant schildert *Geiger* auch die verfassungsrechtliche Verankerung der EU, wobei er das Augenmerk auf das Maastricht- und das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts legt, beides Grundsatzentscheidungen, die jeweils in ihrer Zeit zu einer Neubestimmung der Rolle Deutschlands in der EU beigetragen haben (§ 11).

Der dem Recht der Völkerrechtssubjekte und der völkerrechtlichen Lage Deutschlands gewidmete 2. Teil rückt zunächst den Staatsbegriff und die staatsähnlichen Völkerrechtssubjekte in den Vordergrund. Dabei werden die traditionellen Fragen des Staates, wie die Drei-Elemente-Lehre von *Jellinek* zum Staatsbegriff, die Entstehung, der Untergang und die Anerkennung von Staaten informativ beleuchtet (§ 13). Eingehend wird sodann der völkerrechtliche Status Deutschlands erläutert und jede Etappe auf dem Weg zur verfassungsrechtlichen Herstellung der deutschen Einheit angesprochen (§ 17).

Die völkerrechtliche Rechtserzeugung und die Mitwirkung Deutschlands an der Schaffung von Völkerrechtsnormen werden im 3. Teil thematisiert. Neben den völkerrechtlichen Rechtsquellen nach Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut wird das Recht der Verträge in bestens strukturierter Form dargelegt (§§ 23-27). Bei der Gestaltung der völkerrechtlichen Außenbeziehungen übt Deutschland auswärtige Gewalt aus, ein Be-

griff, der im Schrifttum keineswegs unumstritten ist und deshalb von *Geiger* zu Recht in einem einführenden Abschnitt konturiert wird (§ 28). Die Debatte hat ihre Ursache darin, dass der Begriff der auswärtigen Gewalt kein Verfassungs-, sondern ein Zweckmäßigkeitsbegriff ist, der denjenigen Teil der Staatsgewalt bezeichnet, der die Teilnahme des Staates am Völkerrechtsverkehr betrifft. Unter Auseinandersetzung mit verschiedentlich erhobenen Einwänden entwirft *Geiger* eine Definition, wonach „sich die auswärtige Gewalt als die Summe aller staatlichen Kompetenzen begreifen lässt, die sich auf die Gestaltung der internationalen Beziehungen auf der völkerrechtlichen Ebene beziehen, und zwar einschließlich der staatlichen Vorschriften über die Willensbildung, die dem Handeln in auswärtigen Angelegenheiten vorangeht.“ (§ 28 I). Für die staatsinterne Organisation der Ausübung auswärtiger Gewalt sind die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern (§ 29) bzw. innerhalb des Bundes (§ 30), die Zustimmung der Verfassungsorgane zu den völkerrechtlichen Verträgen (§ 31) sowie die richterliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt (§ 32) von erheblicher praktischer Relevanz.

Der 4. Teil befasst sich ausführlich mit der Einwirkung des Völkerrechts in den innerstaatlichen Bereich Deutschlands. Nachdem die hierbei denkbaren Einwirkungstheorien mit der Transformations-, der Adoptions- und der Vollzugslehre einleitend skizziert worden sind (§ 33), werden die Übernahme der allgemeinen Regeln des Völkerrechts und des Völkervertragsrechts erläutert. Innerhalb dieser beiden Rechtsquellen kommt der Übernahme des völkerrechtlichen Vertragsrechts die größere Bedeutung zu, da es – wie *Geiger* zutreffend betont – eines großen wissenschaftlichen Aufwands bedarf, um allgemeine Regeln des Völkerrechts festzustellen (§ 35 VI 1). Im Hinblick auf die Integration der Verträge erscheint der Hinweis wichtig, dass der Rang des nationalen Zustimmungsakts den Rang der übernommenen vertraglichen Regelung bestimmt (§ 36 II 4), was in der Rechtsanwendungspraxis nicht immer hinreichend reflektiert wird.

Im 5. Teil präsentiert der *Autor* sodann die Grundlagen des Rechts der EU und zeigt, wie Deutschland in die EU eingebunden ist. Für das Studium besonders wichtig dürften die Darlegungen zu den Rechtsakten der EU (§ 44), den Verfahren vor dem EuGH (§ 45) und der Geltung, der Anwendbarkeit und dem Vorrang des Europarechts (§ 48) sein. Der 6. Teil beschreibt, welche Kompetenzbereiche der Staat hinsichtlich des Raums, der Personen und der grenzüberschreitenden Sachverhalte besitzt. Dabei werden die der Drei-Elemente-Lehre entstammenden Staatselemente „Staatsgebiet“ und „Staatsvolk“ näher untersucht. Dies führt dazu, dass auch Ausführungen zum Festlandsockel und zur Ausschließlichen Wirtschaftszone veranlasst sind (§ 53). Die in den letzten Jahren aufgrund von Entführungsfällen oder gefahrgeneigtem Tourismus bedeutender gewordene Gewährung von Auslandsschutz wird ebenfalls prägnant behandelt (§ 56). Die Grundprinzipien des Völkerrechts für das friedliche Zusammenleben der Staaten und ihrer Sicherung im deutschen Recht sind Gegenstand des 7. Teils. Klassische völkerrechtliche Fragen wie die Achtung der territorialen Souveränität und der Gebietshoheit (§ 62), das Interventionsverbot (§ 63),

das Gewaltverbot der UN-Charta (§ 66), das Recht zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung (§ 68), die völkerrechtliche Repressalie (§ 69) werden ebenso betrachtet wie der Menschenrechtsschutz (§§ 72, 73), das Selbstbestimmungsrecht der Völker (§ 74) und der Minderheitenschutz (§ 75).

Das Werk stellt die völker- und europarechtlichen Bindungen der Bundesrepublik Deutschland aus der Perspektive des Grundgesetzes ausführlich und verständlich dar. Es hat sich als Lehrbuch zur Vorlesung „Staatsrecht III“ bestens bewährt. Die zumeist knapp gehaltenen Einzelabschnitte vermitteln nicht nur das erforderliche Grundwissen für das Pflichtfach, sondern ermöglichen durch die vom *Autor* gewählte thematische Breite der Ausführungen auch einen vertieften Einstieg in das Völker- und Europarecht für Studierende des Schwerpunktbereichs. Das Lehrbuch von *Geiger* kann daher jedem empfohlen werden, der sich über die rechtliche Einbindung Deutschlands in die internationale Staatengemeinschaft instruktiv informieren will.

Dr. Marcus Schladebach, LL.M., Berlin/Augsburg

Buchrezension

Andreas Kerst, Der öffentlich-rechtliche Aktenvortrag im Assessorexamen, Verlag C.H. Beck, München 2010, 121 S., € 9,90

Die schriftlichen Examensprüfungen vergehen schneller als man denkt und trotz langer und intensiver Vorbereitung steht der Rechtsreferendar ebenso schnell vor der mündlichen Examensprüfung. In nahezu allen Bundesländern sehen die jeweiligen Landesprüfungsordnungen einen Aktenvortrag als Teil des mündlichen Examens vor.¹ Der Prüfungskandidat soll zeigen, dass er ein praktisch verwertbares Ergebnis in freiem und strukturiertem Vortrag überzeugend präsentieren kann.²

Im Rahmen des juristischen Vorbereitungsdienstes und der Ausbildungen in den Arbeitsgemeinschaften wird der Aktenvortrag regelmäßig eher am Rande behandelt. Der Fokus liegt in der Regel auf der Vorbereitung der Examensklausuren.³ Die Bedeutung des Aktenvortrages ist den Rechtsreferendaren dennoch bewusst. Neben der Gewichtung für die Gesamtnote ist es vor allem der erste Eindruck, den das Prüfungskomitee von einem Prüfungskandidaten erhält, der die Bedeutung des Aktenvortrages ausmacht.

Der regen Nachfrage nach Ausbildungsliteratur zum Thema Aktenvortrag kommen diverse Autoren mit teilweise recht umfangreichen Werken nach. Kerst hat für die Reihe Jurakompakt aus dem Verlag C.H. Beck das Buch „Der öffentlich-rechtliche Aktenvortrag im Assessorexamen“ entworfen. Ziel der Jurakompakt-Reihe ist es, prüfungsrelevantes Wissen in einer komprimiert aufgearbeiteten Form zu vermitteln. Das spiegelt sich nicht nur in der übersichtlichen Seitenzahl, sondern insbesondere in dem kleinen Taschenformat (17,8 x 11,8 cm) wieder. Zielsicher soll den Referendaren der Zugriff auf rechtliche Informationen und examensrelevantes Wissen erleichtert werden.

Das Buch gliedert sich in zehn Kapitel, wovon die ersten Grundlagen vermitteln sollen. Dabei geht der *Autor* u.a. auf die gesetzlichen Regelungen zu den Prüfungsinhalten in den einzelnen Bundesländern ein. Hierbei ist anzumerken, dass dieser Abschnitt – wie auch die übrigen Kapitel – aufgrund der Kürze des Buches allgemein gehalten wurde. Zur eingehenden Informationen über die jeweiligen Anforderungen an

Aktenvorträge sollten stets die einschlägigen Ausbildungs- und Prüfungsordnungen für Juristen (JAPO) eingesehen werden.

Danach steigt der *Autor* vertiefend in die Materie ein und widmet sich den Hinweisen zur äußeren Vortragsweise des Aktenvortrages und einiger typischer Probleme. Diese Hinweise, so bekannt sie vielen vorkommen dürften, sind äußerst sinnvoll, da es häufig weniger die rechtlichen Schwierigkeiten des Aktenvortrages sind, die den Prüfungskandidaten eine gute bis sehr gute Note kosten, sondern mangelnde „Soft Skills“, wie Stimme, Gestik, Tempo oder zu große Nervosität. Hierzu gibt der *Autor* Tipps zur Herangehensweise, Strukturierung und Vortragsweise. Er vermittelt konkrete Techniken, wie der Aktenvortrag zu halten ist. Die Hinweise sind schnell zu lesen, da sie verständlich geschrieben sowie knappe und knapp formuliert sind. Sehr hilfreich sind dabei konkrete Formulierungsbeispiele. Mit diesen Formulierungsbeispielen stellt der *Autor* jede Vortragsituation im Aufbau dar, so z.B. das Widerspruchsverfahren, den einstweiligen Rechtsschutz oder das Klageverfahren. Dieser Stil zieht sich durch das gesamte Buch und zeichnet zu einem erheblichen Teil für die gute Verständlichkeit verantwortlich.

Diesen Kapiteln folgt eine Anleitung zum Aufbau des eigentlichen Aktenvortrags. Auch wenn das Buch sich speziell mit dem öffentlich-rechtlichen Aktenvortrag beschäftigt, sind die meisten Ausführungen verallgemeinert und somit auch auf Aktenvorträge aus anderen Rechtsgebieten anwendbar. Dem Kapitel über den grundlegenden Aufbau des öffentlich-rechtlichen Vortrags folgt ein kurzer Wiederholungsfall, mit dem sich das Erlernte einüben lässt.

Es folgen Ausführungen zu den verschiedenen möglichen Aufgabenstellungen im öffentlichen Recht, also der richterlichen, der anwaltlichen und der verwaltungsbehördlichen Aufgabenstellung. Diese Ausführungen können lediglich als Überblick verstanden werden und sind keinesfalls geeignet, Inhalte erstmals zu erlernen. Aber das ist ohnehin nicht das Anliegen dieses Buches.

Erwähnenswert ist das 9. Kapitel „Strukturdenken im Öffentlichen Recht“. Der *Autor* stellt bekannte Argumentationsstrukturen des öffentlichen Rechts dar, geht auf den Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen ein und gibt schließlich nochmals eine kurze Anleitung zur richtigen Ermessensausübung. Auch hier ist die Kürze der Ausführungen wie des gesamten Buches hervorzuheben. Man sollte die Ausführungen aber als Aufforderung zur Vertiefung mit einschlägiger Fachliteratur verstehen, wo dies notwendig erscheint.

Abgerundet wird das Buch durch drei (landesrechtunabhängige) Übungsfälle zu „klassischen“ öffentlich-rechtlichen Prüfungsthemen des Assessorexamens. Der Schwierigkeitsgrad der Fälle ist als gering bis mittel einzustufen. In den meisten Bundesländern dürften sich die Aktenvorträge im Examen allein vom Umfang her wesentlich von diesen Übungsfällen unterscheiden. Dem Konzept des Buches werden die Fälle allerdings gerecht. Für den Einstieg in die Bearbeitung von Aktenvorträgen oder die kurze Wiederholung sowie das Einüben der in den vorigen Kapiteln gegebenen Hinweise eignen sie sich durchaus.

¹ Siehe z.B. § 16 Abs. 3 Gesetz zu der Übereinkunft der Länder Freie Hansestadt Bremen, Freie und Hansestadt Hamburg und Schleswig-Holstein über ein Gemeinsames Prüfungsamt und die Prüfungsordnung für die zweite Staatsprüfung für Juristen v. 17.12.2004 (GVObI. Schl.-H. 2004, S. 492); keinen Aktenvortrag sieht z.B. die Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen v. 13.10.2003 des Freistaates Bayern vor.

² Weisungen des Gemeinsamen Prüfungsamtes Nord für den Kurzvortrag v. 1.3.2011.

³ Siehe z.B. die „Richtlinien zur Ausbildung der Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare in der öffentlichen Verwaltung und in der Arbeitsgemeinschaft 3 – Öffentliches Recht“, Bekanntmachung des Innenministeriums des Landes Schleswig-Holstein v. 15.10.2009, S. 4, Nr. 3.1.

Fazit: „Der öffentlich-rechtliche Aktenvortrag im Assessorexamen“ ist – gemessen an seinem Anspruch – ein empfehlenswertes Werk. Das Buch wird alleine nicht ausreichen, um eine gewissenhafte Vorbereitung auf den Aktenvortrag der mündlichen Examensprüfung zu gewährleisten. Wer sich bereits früh mit dem Thema Aktenvortrag beschäftigen möchte, kann hier einen ersten Überblick über diesen Prüfungsabschnitt des Assessorexamens gewinnen. Auch wenn man sich nicht für das Öffentliche Recht als Wahlfach für die Examensprüfung entscheidet, lohnt sich ein Blick in das Buch. Wenn die Zeit der intensiven Vorbereitung auf das mündliche Examen naht, verfügt man über die erforderlichen Grundlagen, um vertiefend einzusteigen und sich die erforderliche Praxis mit Übungsfällen anzueignen. Für 9,90 € ist Kersts Buch damit eine lohnenswerte Investition.

Rechtsanwalt Julian Heß, LL.M., Köln

Buchrezension

Oliver Fehrenbacher, Steuerrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, 3. Aufl., Baden-Baden 2010, 348 S., € 22,00

Das Werk „Steuerrecht“ von Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher hat einen umfassenden Titel. Ob es diesem Titel auch gerecht wird, kann der Leser auf 348 Seiten herausfinden. Vorab ist festzustellen, dass ein solches Werk, wie auch vom *Autor* in seinem Vorwort angemerkt, nur dazu gedacht sein kann, sich in das grundlegende Steuersystem schnell einzuarbeiten. Die kompakte Darstellung bietet aber auch die Möglichkeit Grundkenntnisse in den wichtigsten Steuerarten (Einkommen-, Körperschaft-, Gewerbe-, Erbschaft- und Umsatzsteuer) sowie dem allgemeinen Verfahrensrecht zügig zu erwerben. Zu diesem Zweck ist das Werk in acht Kapitel unterteilt. Jedem Kapitel ist ein Fall vorangestellt, dessen Lösung am Ende des jeweiligen Kapitels nachzulesen ist. Zusätzlich gibt es am Ende jeden Kapitels Wiederholungs- und Vertiefungsfragen, die im Anhang an das achte Kapitel beantwortet werden.

Im ersten Kapitel wird eine Einführung in das Steuerrecht vermittelt. Hier werden u.a. grundlegende Merkmale einer Steuer, die verschiedenen Steuersysteme, die Gesetzgebungshoheiten und der Besteuerungstatbestand besprochen. Zudem wird am Ende des ersten Kapitels ein kurzer Einblick in das Internationale Steuerrecht gewährt. Insgesamt bietet das erste Kapitel sowohl für Anfänger als auch für Fortgeschrittene eine gute Gelegenheit im Bereich des Steuerrechts die Grundlagen zu lernen bzw. aufzufrischen. Hier kann man getrost sagen, dass die kompakte Darstellung sogar ein Vorteil ist, wenn es darum geht Grundlagen zu erlernen. Überflüssiger Ballast wie Streitigkeiten über Theorien wird, wenn überhaupt, nur am Rande dargestellt. Trotzdem sind die wesentlichen Grundlagen enthalten.

Nach der gelungenen Einführung nutzt der *Autor* das zweite Kapitel für die wichtige Einkommensteuer. Dabei wird zunächst das Wesen der Einkommensteuer dargestellt, um im Anschluss ins Detail zu gehen. Die Ausführungen hinsichtlich der Einkommensteuer nehmen mit 104 Seiten einen Großteil des Werkes ein. Dies ist auch sinnvoll, da schließlich die nachfolgenden Kapitel wie die Ertragsbesteuerung der Personengesellschaften sowie die Körperschaftsteuer Kenntnisse im Einkommensteuerrecht voraussetzen. Zudem ist für Studenten und auch Referendare die Einkommensteuer eine der wichtigsten Materien. Insofern bietet sich das Kapitel für diese Zielgruppe besonders an. Es ist geeignet, um sich den Lernstoff in den Grundlagen einzuprägen und auf dieser Basis durch fundiertes Nachlesen einzelner Teilbereiche in umfangreicheren Werken, Kommentaren und Zeitschriften eine gute Vorbereitung auf Prüfungen zu ermöglichen.

Im Anschluss an das Kapitel „Einkommen“ wird die Ertragsbesteuerung der Personengesellschaften behandelt. Die Personengesellschaft als solche ist kein Steuersubjekt für die Einkommensbesteuerung nach dem EStG oder dem KStG, vielmehr wird den einzelnen Gesellschaftern das jeweilige Einkommen zugerechnet. Die für diese Einkommenszurechnung notwendige Ermittlung der Einkünfte der einzelnen Mitunternehmer wird u.a. anhand der Gewinnanteile aus der

Gesellschaft und des Gewinns aus Vergütungen und dem Sonderbetriebsvermögen dargestellt.

Auch das Kapitel zur Körperschaftsteuer kann vollends überzeugen. Zunächst gibt der *Autor* einen Überblick über das Wesen der Körperschaftsteuer, innerhalb dessen die wichtigsten Merkmale bereits erläutert werden. Es folgt eine Beschreibung des Steuersubjekts der Körperschaften und Vermögensmassen sowie der Anknüpfung für eine unbeschränkte oder beschränkte Steuerpflicht. Das Steuerobjekt, also der Ertrag des Steuersubjekts, wird im Anschluss dargestellt. Hierbei werden u.a. wichtige Punkte wie die Steuerbefreiung für Gewinnausschüttungen, die verdeckte Gewinnausschüttung und verdeckte Einlage, die Zinsschranke und der Verlustabzug in ihren Grundzügen sehr verständlich beschrieben.

Dem Kapitel der Körperschaftsteuer folgt ein Kapitel über die Gewerbesteuer. Dieses kurze Kapitel ermöglicht es auf 13 Seiten die Grundzüge der Gewerbesteuer kennen zu lernen und somit ein Verständnis für gewerbesteuerliche Fragestellungen aufzubauen. Insofern die Gewerbesteuer vielfach im Studium vernachlässigt wird, ist dieses Kapitel eine gute Gelegenheit Wissenslücken ohne großen Zeitaufwand zu schließen. Das Gleiche gilt für das folgende Kapitel über die Erbschaft- und Schenkungsteuer. Dieses in der Praxis wichtige Rechtsgebiet wird für den Einsteiger als auch den Wiederholer lesenswert aufbereitet.

Fast zum Schluss kommt die für den Bundeshaushalt so wichtige Umsatzsteuer. Diese ist in ihren Grundzügen mittels dieses Kapitels schnell zu erlernen. Auf die vielen Feinheiten der Umsatzsteuer insbesondere durch die EU-Harmonisierung können in diesem Rahmen natürlich nur kurze Hinweise erfolgen, die es dem Leser aber ermöglichen, ein Problembewusstsein zu entwickeln.

Zuletzt wird das Verfahrensrecht auf knapp 60 Seiten dargestellt. Dabei wird das Steuerverfahren, als auch der außergerichtliche und gerichtliche Rechtsschutz übersichtlich dargestellt. Ausgerüstet mit diesem Handwerkszeug kann der geneigte Leser sich bei Fragestellungen im Studium oder aber auch in der Praxis einzelnen Problemen gezielt widmen.

Das Werk „Steuerrecht“ von Prof. Dr. Fehrenbacher kann uneingeschränkt für Studenten, Referendare und jedem am Steuerrecht Interessierten empfohlen werden. Der günstige Preis bietet eine hervorragende Möglichkeit, sich einen grundlegenden Einblick in das Steuerrecht ohne großen Zeitaufwand zu verschaffen. Gerade für diejenigen, die im Studium eventuell Teilbereiche des Steuerrechts wie die Gewerbesteuer nicht lernen müssen, ermöglicht das Buch auch einen raschen Einstieg in einzelne Teilbereiche des Steuerrechts.

Rechtsreferendar Dr. Peter Reiter, Mainz

Alternative Lernmethode: Der Moot Court als unverzichtbarer Bestandteil der Juristenausbildung

Von Jörg Kleis, Berlin

Franz Kafka soll gesagt haben, sein Jurastudium erinnere ihn an die geistige Nahrung von Holzmehl. Erfahrungsberichte von Moot Court Studierenden hingegen bestätigen, eine Teilnahme stelle eine erfrischende Ausnahme zum juristischen Ausbildungsalltag dar. Bei diesem Wettbewerb vertreten sie anhand eines zumeist fiktiven Sachverhaltes die im Streit befindlichen Parteien. Beim völkerrechtlichen Philip C. Jessup International Law Moot Court beispielsweise verfassen jährlich Studierende aus über 90 Ländern umfangreiche Schriftsätze und bereiten Plädoyers für die mündliche Verhandlung eines Rechtsstreits zweier Staaten vor dem Internationalen Gerichtshof vor. Im Folgenden wird aufgezeigt, was für eine Teilnahme spricht und was Studierende erwartet. Zudem sollen ihnen dabei Ratschläge auf den Weg für ihre Tätigkeit als Prozessvertreter gegeben werden.

I. Inhalte und Argumente

1. Hohe Betreuungintensität

Jeder Moot Court erfordert Motivation und Disziplin über ein gesamtes Semester. Erfahrungsgemäß zahlt sich diese Mühe aus. Der arbeitsintensiven Teilnahme steht an vielen ausrichtenden Lehrstühlen eine ebenso intensive Betreuung gegenüber. Die Teambetreuer organisieren regelmäßige Treffen, um die erarbeiteten Schriftsätze zu diskutieren und sind Ansprechpartner für alle Fragen. Sie korrigieren den Aufbau, den Argumentations- und Schreibstil, hinterfragen und klären auf, was einen großen Lerneffekt mit sich bringt.

2. Richtiges wissenschaftliches Arbeiten

Während des Erstellens der Schriftsätze ist die sorgfältige Recherche unerlässlich. Es kommt darauf an, einschlägige Quellen zu sichten, auszuwerten und zu integrieren. Hierfür ist eine Bibliotheksführung mit anschließendem Online-Recherchekurs hilfreich, auch um dem Irrglauben zu begegnen, Beck-Online sei das Maß juristischer Rechercheinstrumente. Die Techniken decken sich mit denen einer seminaristischen Hausarbeit. Logische Gliederung und sauberes Zitieren sind die Grundbedingungen für einen überzeugenden Schriftsatz. Sprachlich ist es wichtig, die Argumente vor dem Hintergrund eines ohnehin komplexen Sachverhalts so verständlich wie möglich zu formulieren. Langen Sätzen mangelt es oft an Überzeugungskraft.

3. Schärfung der eigenen Argumentationstechnik

Der zu erstellende Schriftsatz ist kein Gutachten, sondern ein anwaltliches Überzeugungswerk. Es gilt Argumente jenseits der Lehrmeinung nicht nur nach ihrer objektiven Richtigkeit, sondern nach ihrer Überzeugungskraft und praktischen Verwertbarkeit abzuwägen und überzeugend aufzubereiten. Wo kann man Erst-recht-Schlüsse, wo Umkehrschlüsse ziehen? Wie kann man ein obiter dictum in ein schlagkräftiges Argument verwandeln? Der Moot Court schult die Argumentati-

onsfähigkeit sowie die im Studium oft vernachlässigte kreative Denkweise.

4. Arbeit im Team

Wegen des Arbeitsaufwandes, insbesondere vor der Abgabe der Schriftsätze, ist die Kommunikation im Team wichtig, um Informationen über neue Erkenntnisse zu teilen. Dies gilt selbst bei Argumenten, die die eigene Position schwächen. Das Team schneidet nur gut ab, wenn Antragsgegner und Antragssteller schriftlich und mündlich überzeugen. Die häufigen Gruppentreffen setzen zudem voraus, gemeinsame Verabredungen einzuhalten sowie vorbereitet und motiviert zu erscheinen.

5. Verteidigung des eigenen Standpunkts

Wie agiert man bei der Rechtfertigung des Verlusts von Menschenleben? Der Moot Court lehrt, selbst schwer haltbare Standpunkte zu vertreten. Diese Fähigkeit wird während der mündlichen Vorbereitung vertieft und stellt eine Qualität für das spätere Berufsleben dar. Die Richter beim Wettbewerb wissen Studierende in Bedrängnis zu bringen. Persönliche Zweifel müssen jedoch außen vor bleiben, um einen Standpunkt zu behaupten. Gute Reaktionen führen dann auch zu besonders hohen Punktzahlen in den Einzelwertungen.

6. Schulung rhetorischer Fähigkeiten

Die größte Herausforderung des Plädoyers besteht darin, die den eigenen Redefluss unterbrechenden Fragen der Richter korrekt zu beantworten und dabei das enge Zeitkontingent zu beachten. Jede Frage ist als Neugier seitens der Richter und als Chance zu punkten zu verstehen. Nicht verschreckt reagieren! Gute rhetorische Fähigkeiten umfassen zudem Aussprache, Lautstärke, Geschwindigkeit, Mimik und Gestik. Die Richter müssen zuhören wollen. Typische Fehler sind das Ablesen der Notizen, zu hohe Geschwindigkeit und fehlende Körperbeherrschung. Ein ehemaliges Moot Court Teammitglied der FU Berlin schrieb in seinem Erfahrungsbericht „es ist alles bewertet worden, was man sagt, wie man es sagt, wann man es sagt, was man nicht sagt, was die Hände dabei machen, die Augen, der Mund und die Beine“. Bei einer Videoanalyse sei ihm bewusst geworden, dass er aus Nervosität ständig die Blätter auf dem Pult vor sich zurechtrückte.

7. Bonus im Lebenslauf

Neben Fremdsprachen- und Schlüsselqualifikationsscheinen bieten manche Fakultäten eine Anrechnung des Semesters auf den Freischuss. Der Moot Court zählt zu den Tätigkeiten im Lebenslauf, die bei Arbeitgebern auf besonderes Interesse stoßen. Bewerber beweisen, dass sie juristisch, oft in einer Fremdsprache, über einen längeren Zeitraum intensiv an einem Problem gearbeitet haben. Kanzleien wissen hierum und veranstalten Probeverhandlungen, um Kontakte zu Teams herzustellen.

II. Abschlussplädoyer

Der Moot Court vermittelt die juristischen Schlüsselqualifikationen. Für die moderne Juristenausbildung ist er unerlässlich. Es ist eine wertvolle Fertigkeit, vor einer Gruppe seine Argumentation oder Botschaft vermitteln zu können. Nicht selten wird die geringe Zahl argumentativ und zugleich rhetorisch starker Juristen beklagt. Erfahrungsgemäß schneiden Teilnehmer bei Bewerbungs- und Prüfungsgesprächen sowie Hausarbeiten besser ab. Die gesammelten Erfahrungen lassen sich ebenso auf unzählige Situationen im weiteren Leben übertragen. Der Moot Court bereitet Freude am und im Studium.