ZJS

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

AUSGABE 2/2009
Seite 115 - 226
2. Jahrgang

Herausgeber: PD Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Fehling, PD Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn
Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Beate Gsell, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Thomas Rotsch
Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion Zivilrecht: PD Dr. Markus Artz, PD Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell
Redaktion Öffentliches Recht: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Matthias Rossi
Redaktion Strafrecht: Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn
Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch
Internetauftritt: René Grellert
Anzeigenschaltung: Marie Heissler
ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Die Vermögensauseinandersetzung in nichtehelichen Lebensgemeinschaften
Von Prof. Dr. Martin Schwab, Berlin 115

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen
Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 (Quelle)
Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Katharina Kroll-Ludwigs, Akad. Rat Dr. Markus Ludwigs, Bonn 123

Strafrecht

Der Gewahrsamswechsel im fremden Machtbereich beim Raub
Schaffung einer Gewahrsamsenklave infolge einer Nötigungssituation
Von Wiss. Mitarbeiter Mathias Hütwohl, Gießen 131

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Der Begriff der Verfügung im BGB und das Trennungs- und Abstraktionsprinzip
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Peter Kreutz, Augsburg 136

Strafrecht

Probleme der Begünstigung – Teil 1
Von Ass. iur. Jan Dehne-Niemann, Karlsruhe 142

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Übungsfall: Mein Grabstein, dein Grabstein?!
Von Wiss. Mitarbeiterin Silvia Lang,
stud. iur. Sarah Rauch, Augsburg 154

Öffentliches Recht

Übungsfall: „Enthüllung" – Zu den Grenzen der Kunstfreiheit bei Romanen mit (auto-)biographischem Hintergrund
Von Prof. Dr. Lothar Michael, Akad. Rat Dr. Dr. Markus Thiel,
Düsseldorf 160

Strafrecht

Übungsfall: Das Autorennen
Von Dr. Gerhard Timpe, Regensburg 170

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Zivilrecht

BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08 (Gemeinschaftsrechtskonformität der absoluten Unverhältnismäßigkeit [§ 439 Abs. 3 BGB] und des Ausschlusses des Ausbaus aus dem Nacherfüllungs-anspruch)
(Wiss. Assistentin Dr. Katharina Hilbig, Göttingen) 181

BGH, Urt. v. 4.3.2009 – VIII ZR 160/08 (Erforderlichkeit von „Regenerationsfahrten" bei Verwendung eines Dieselfahrzeugs mit Partikelfilter im Kurzstreckeneinsatz kein Mangel)
(Privatdozent Dr. Markus Artz, Trier/Bielefeld) 185

BGH, Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08 (Schadensersatzhaftung einer Vertragspartei bei unberechtigter Zahlungsaufforderung und Rücktritt vom Vertrag)
(Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg) 187

BGH, Urt. v. 1.12.2008 – II ZR 102/07 (Nachteilsausgleich, Einlagenrückgewähr und Schadensersatz im faktischen Aktienkonzern)
(Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Konstanz) 190

Strafrecht

BGH, Urt. v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08 (Die einverständliche Gefährdung bei Fahrlässigkeitsdelikten)
(Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg) 194

BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08 (Notwendigkeit einer qualifizierten Belehrung bei versäumter Beschuldigtenbelehrung)
(Prof. Dr. Mark Deiters, Münster) 198

BUCHREZENSIONEN

Zivilrecht

***Herbert Wiedemann/Kaspar Frey*, Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2007**
(RiLG Dr. Frank Wamser, Wiesbaden) 204

Öffentliches Recht

***Manfred Baldus/Bernd Grzeszick/Sigrid Wienhues*, Staatshaftungsrecht: Das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen, 2. Aufl. 2007**
(Akad. Rat Dr. Dr. Markus Thiel, Düsseldorf) 205

***Helge Sodan* (Hrsg.), Grundgesetz, 2009**
(Wiss. Mitarbeiter Mario Bachmann, Jena) 207

Strafrecht

***Werner Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, Ein Fall- und Repetitionsbuch für Anfänger, 4. Aufl. 2008**
(Wiss. Mitarbeiterin Ruth Katzenberger, Augsburg) 208

VARIA

Zivilrecht

Diagnostizierverfahren – patentierbar oder nicht?
Von Dipl. iur. Alexander Einfinger, Andreas Klein, Berlin 209

Strafrecht

Forum Strafrechtsdidaktik: Die vorlesungsbegleitende Arbeitsgemeinschaft im Strafrecht für Erst- und Zweitsemester
Von Wiss. Assistent Dr. Dennis Bock, Kiel 222

Die Vermögensauseinandersetzung in nichtehelichen Lebensgemeinschaften

Von Prof. Dr. **Martin Schwab**, Freie Universität Berlin

Der BGH hatte lange Zeit die Ansicht vertreten, daß Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die Geld und/oder Arbeit in Vorhaben investieren, welche zur Verwirklichung der Lebensgemeinschaft dienen, bei Beendigung der Lebensgemeinschaft auf keinen finanziellen Ausgleich hoffen dürfen, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen einer Innengesellschaft vor. Nunmehr hat er mit zwei Urteilen vom 9. 7. 2008 seine Rechtsprechung grundlegend geändert und hält auch Ausgleichsansprüche unter dem Gesichtspunkt der Zweckverfehlungskondiktion und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für möglich. Diese Neuorientierung soll zum Anlaß genommen werden, das Thema der Vermögensauseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften für die Klausurbearbeitung aufzubereiten.

I. Das Problem

Der BGH hatte in jüngerer Zeit über folgenden, hier vereinfacht dargestellten Fall zu befinden:[1] M und F unterhielten intime Beziehungen zueinander und beschlossen, zusammenzuziehen. F erwarb ein Grundstück, das mit einem Einfamilienhaus bebaut wurde. Zur Realisierung des Bauvorhabens trugen M und F sowohl finanziell als auch durch Arbeitsleistungen bei. M und F bezogen das Haus Anfang 2000. M erbrachte Zahlungen im Wert von 80.000 Euro und Arbeitsleistungen im Wert von 10.000 Euro. Die Beziehung brach 2003 auseinander. M verlangt nunmehr von F einen Ausgleich für die von ihm erbrachten Leistungen.

Fallgestaltungen wie diese sind, wie zu zeigen sein wird, mit Hilfe des allgemeinen und besonderen Schuldrechts zu lösen und aus diesem Grunde examensrelevant, und zwar auch für die staatliche Pflichtfachprüfung. Die Aufgabe, einen Fall wie den oben geschilderten zu lösen, wird von Studierenden gleichwohl als eher abseits des üblichen Stoffkanons liegend empfunden und daher gefürchtet. Der Grund des (verständlichen) studentischen Unbehagens dürfte darin liegen, daß es schwerfällt, das Unrechtsempfinden des Partners, der Leistungen im dargestellten Sinne erbracht hat, in juristische Kategorien zu übersetzen. M wird nämlich im eingangs geschilderten Fall davon ausgegangen sein, daß er selbst langfristig mit F in dem Haus zusammenleben und auf diese Weise dauerhaft von seinen Leistungen für den gemeinsamen Hausbau profitieren würde. Er wird nicht einsehen wollen, warum nun, da die Beziehung mit F gescheitert ist, der Ertrag dieser Leistungen allein F verbleiben soll. Das Anliegen des folgenden Beitrags besteht vor diesem Hintergrund darin, aufzuzeigen, welche Prüfungsschritte abzuarbeiten und insbesondere in welcher Reihenfolge die verschiedenen Anspruchsgrundlagen zu diskutieren sind. Einleitend zur Diskussion einer jeden Anspruchsgrundlage wird versucht, das Unrechtsempfinden des M in Worte zu fassen; denn eine solche Herangehensweise kann dabei helfen, die richtige juristische „Übersetzung" zu finden, mit anderen Worten die einschlägigen Anspruchsgrundlagen zuverlässig aufzuspüren.

II. Anspruch aus widerrufener Schenkung

1. Der Gedankengang

M hat Leistungen erbracht, die im wirtschaftlichen Endergebnis allein das Vermögen der F gemehrt haben. Denn da F alleinige Eigentümerin des Grundstücks ist, ist sie nach §§ 946, 94 Abs. 1 BGB auch alleinige Eigentümerin des Hauses geworden. Da M für diese Leistungen von F keine direkte Gegenleistung erhalten hat, liegt der Gedanke nahe, daß M eine Schenkung an F erbracht hat. M wird nun angesichts der Trennung keinen Grund mehr sehen, an dieser Schenkung festzuhalten. Er wird nach Möglichkeiten suchen, die Zuwendung rückgängig zu machen.

2. Die Zahlungen des leistenden Partners

Soweit es um die Zahlungen geht, die M für die Errichtung des Hauses erbracht hat, kommt ein Anspruch des M gegen F aus §§ 531 Abs. 2, 818 BGB in Betracht.[2] Das setzt voraus, daß zwischen M und F eine Schenkung zustande gekommen ist, daß also M diese Beträge der F unentgeltlich zugewandt hat. Indes hat der BGH die Annahme einer Schenkung mit Recht verworfen.[3] Denn M hat die Zahlungen nicht etwa der F unentgeltlich zugewandt. Vielmehr hat er jene Zahlungen mit der Bestimmung geleistet, daß sie *ihm und F gleichermaßen zugute kommen*. Er hat also nicht das Vermögen der F endgültig mehren, sondern dauerhaft am Gegenwert der Zahlungen partizipieren wollen. In einem solchen Fall spricht man nicht von einer Schenkung, sondern von einer sog. *unbenannten Zuwendung*. Sollte die Zuwendung sogar als Beitrag zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks zu begreifen sein, würde es sich um eine Einlage in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handeln. Für die Annahme einer Schenkung verbleibt daher insgesamt kein Raum.

3. Der Arbeitseinsatz des leistenden Partners

Soweit es um die Arbeitsleistung geht, wäre ein Anspruch auf Wertersatz nach §§ 531 Abs. 2, 818 Abs. 2 BGB zu diskutieren. Denn die Arbeitsleistung kann in Natur nicht mehr herausgegeben werden. Freilich scheitert ein Anspruch aus §§ 531 Abs. 2, 818 Abs. 2 BGB bereits im Ansatz daran, daß Arbeitsleistungen kein tauglicher Gegenstand einer Schenkung sind.[4] Aber selbst wenn dies anders wäre, stünde der Annahme einer Schenkung auch hier der Umstand entgegen,

[1] BGH NJW 2008, 3277. Die wesentlichen Aussagen dieses Urteils werden wiederholt in einer anderen Entscheidung des BGH vom selben Tage (BGH NJW 2008, 3282).

[2] § 531 Abs. 2 BGB enthält eine Rechtsfolgenverweisung auf §§ 818 ff. BGB; vgl. *Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 531 Rn. 3; *Wimmer-Leonhardt*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 531 Rn. 6.

[3] BGH NJW 2008, 3277 (3278). Zustimmend *Langenfeld*, ZEV 2008, 494.

[4] *Wimmer-Leonhardt* (Fn. 2), § 516 Rn. 19

daß M vom Ertrag seiner Arbeit dauerhaft selbst mit profitieren wollte.

4. Ohne Bedeutung: Grober Undank

Der hier gebildete Sachverhalt gibt keinerlei Hinweise auf groben Undank seitens der F. Selbst wenn F die Trennung ausgesprochen haben sollte, würde dies für groben Undank noch nicht ausreichen.[5] Denn selbst wenn M noch so viel für den Hausbau geleistet hätte, könnte er von F keinen Dank in der Gestalt erwarten, daß F eine intime Beziehung mit ihm fortsetzt, obwohl sie sich emotional von ihm entfernt hat. Da aber nach dem soeben Gesagten die Annahme einer Schenkung ausscheidet, *kommt es auf groben Undank überhaupt nicht an*. Selbst wenn also im Sachverhalt schwere Verfehlungen der F gegenüber M mitgeteilt wären, dürfte man nicht in die Versuchung geraten, zum Merkmal des groben Undanks etwas auszuführen. Denn ohne Schenkung gelangt man eben gar nicht erst zu diesem Merkmal.

III. Anspruch aus gesellschaftsrechtlicher Auseinandersetzung

1. Der Gedankengang

M und F haben *gemeinsam* ein Haus gebaut, um *gemeinsam* darin zu leben. Der Versuch, die Abwicklung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft rechtlich zu erfassen, führt uns daher scheinbar zwangsläufig ins Gesellschaftsrecht. Denn in § 705 BGB lesen wir, daß die Vereinbarung mehrer Parteien, einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründet. Diese, so wird man weiter folgern, habe durch die Trennung von M und F ihr Ende gefunden und sei daher auseinanderzusetzen.

2. Gesellschaftsvertrag und gemeinsamer Zweck

Als Anspruchsgrundlage für die Rückgewähr der geleisteten Beiträge kommt § 733 Abs. 2 S. 1 BGB in Betracht. Diese Anspruchsgrundlage erfaßt, wenn sie einschlägig sein sollte, zunächst die Zahlungen des M. Was den Arbeitseinsatz des M anbelangt, so scheint § 733 Abs. 2 S. 3 BGB der Rückerstattung bzw. der Vergütung des Wertes unter dem Gesichtspunkt der Einlagenrückgewähr entgegenzustehen. Freilich macht die Rechtsprechung von dieser Vorschrift Ausnahmen, wenn durch die Arbeitsleistung das Vermögen der Gesellschaft konkret und als bleibender Wert vergrößert wurde.[6] So liegt es etwa bei Leistungen zur Renovierung einer Immobilie[7] und daher erst recht bei Leistungen zur Errichtung eines Gebäudes. M könnte also, sofern die Voraussetzungen des § 733 Abs. 2 BGB im übrigen vorliegen, auch Vergütung seines Arbeitseinsatzes fordern.

Voraussetzung für einen Anspruch aus § 733 Abs. 2 S. 1 BGB ist, daß zwischen M und F ein Gesellschaftsvertrag zustande gekommen ist. Im Sachverhalt sind keine Willenserklärungen von M und F mitgeteilt, die ausdrücklich auf den Abschluß eines solchen Vertrags gerichtet sind. Denkbar ist daher allenfalls, daß M und F konkludent einen Gesellschaftsvertrag geschlossen haben, indem sie zusammen ein Haus gebaut und dafür Leistungen erbracht haben. Indes: Gerade in Fällen, in denen in Paarbeziehungen gemeinsame Vermögenswerte gebildet werden, bereitet die Annahme eines konkludent geschlossenen Gesellschaftsvertrags Schwierigkeiten. Denn die Schaffung gemeinsamer Werte mag eher als Ausdruck der personalen Bindung denn als Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung verstanden werden. So ist der BGH bei *Eheleuten* der Ansicht, daß von einer Gesellschaft zwischen diesen – einer sog. Ehegatteninnengesellschaft – überhaupt nur dann die Rede sein kann, wenn der gemeinsam verfolgte Zweck über die eheliche Lebensgemeinschaft hinausweist.[8] Denn zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft sind die Eheleute bereits nach § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet. Wären M und F verheiratet gewesen, hätte der gemeinsame Hausbau allein dazu gedient, daß M und F in dem neu errichteten Haus eines Tages zusammen wohnen können. Dieser Zweck wäre nicht über die eheliche Lebensgemeinschaft hinausgegangen und daher kein tauglicher Gegenstand eines Gesellschaftsvertrags gewesen.

Nun waren M und F im hier gegebenen Fall nicht verheiratet und folglich auch nicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. Daraus hat der BGH mit Recht die Konsequenz gezogen, daß die für Ehegatten geltenden Beschränkungen für die Annahme einer Innengesellschaft nicht gelten: Bei nicht verheirateten Paaren kann die Schaffung gemeinsamer Vermögenswerte selbst dann gemeinsamer Zweck im Rahmen eines Gesellschaftsvertrags sein, wenn sie *nicht* über die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft hinausweist.[9] Mit der Aussage, daß der gemeinsame Hausbau rechtlich als Gesellschaftszweck angesehen werden *kann*, ist freilich noch lange nicht die Folgerung impliziert, daß im konkreten Fall auch tatsächlich ein Gesellschaftsvertrag geschlossen worden *ist*. Dafür bedarf es vielmehr zweier sich deckender Willenserklärungen von M und F. Eine auf den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags gerichtete Willenserklärung setzt indes auch in Paarbeziehungen voraus, daß die Parteien sich rechtlich binden wollten.[10] Der BGH hat nunmehr mit Recht klargestellt, daß ein solcher Rechtsbindungswille regelmäßig fehlt, wenn der verfolgte Zweck nicht über die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft hinausreicht:[11] Da die nichtehelichen Partner sich nicht zur Lebensgemeinschaft verpflichten wollen, wollen sie im Zweifel auch keine Verpflichtung zur Mitwirkung an Maßnahmen eingehen, welche auf die Verwirklichung oder Stabilisierung einer solchen Gemeinschaft gerichtet sind. Da die Errichtung eines Wohnhauses, in das M und F gemeinsam einziehen wollten, lediglich der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft dient, läßt sich ein Rechtsbindungswille von M und F, einen Gesellschaftsvertrag zu schließen, im vorliegenden Fall nicht feststellen.

[5] *Wimmer-Leonhardt* (Fn. 2), § 530 Rn. 39.
[6] BGH NJW 1980, 1744.
[7] OLG Schleswig FamRZ 2002, 884.
[8] BGHZ 142, 137 (144 f.); 165, 1 (6); BGH FamRZ 1968, 23, 24.
[9] BGHZ 142, 137 (146); BGH NJW 2008, 3277 (3278).
[10] BGHZ 165, 1 (10); BGH JZ 2008, 312 (314).
[11] BGH NJW 2008, 3277 (3278).

Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (hier: M und F) mit dem gemeinsamen Hausbau auch Vermögen bilden wollen.[12] Denn die *Gemeinschaftlichkeit* dieser Vermögensbildung steht und fällt mit dem Fortbestand der Lebensgemeinschaft; scheitert diese, bleibt es sachenrechtlich beim Alleineigentum desjenigen Partners, dem das Grundstück gehört. Damit scheiden auch Ansprüche aus § 733 Abs. 2 S. 1BGB aus.

Gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzungsansprüche werden künftig in erster Linie dort in Betracht kommen, wo die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammen ein Unternehmen oder eine freiberufliche Praxis aufgebaut haben und hierin gleichberechtigt mitwirken.[13] Denn die gemeinsame Erzielung von Einkünften weist deutlich über die Lebensgemeinschaft als solche hinaus; ein Rechtsbindungswille wird hier weitaus eher in Betracht kommen als beim gemeinsamen Hausbau.

IV. Wegfall der Geschäftsgrundlage

1. Der Gedankengang

Nach unseren bisherigen Überlegungen wissen wir, daß die Leistungen, die M erbracht hat, um bei der Errichtung des Hauses mitzuhelfen, weder auf einer Schenkung noch auf einer Innengesellschaft beruhen. Nach dem oben unter II. 2. Gesagten bleibt daher nur noch die Einordnung als unbenannte Zuwendung übrig: M hat F etwas (Zahlungen und Arbeitseinsatz) mit der Erwartung zugewendet, daß er und F gleichermaßen vom Ertrag dieser Zuwendung, nämlich von dem Hausbau profitieren. Diese Erwartung hat sich nunmehr zerschlagen. M wird aus diesem Grunde nicht einsehen, daß die Vorteile, die durch die Leistungen des M im Vermögen der F geflossen sind, bei F verbleiben. Für die juristische Übersetzung dieses Unrechtsempfindens kommen zwei Rechtsfiguren in Betracht: Zum einen mag man überlegen, ob die Geschäftsgrundlage der Zuwendung entfallen ist. Dann käme ein Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB in Frage; denn M würde in diesem Fall nach § 313 Abs. 3 BGB von der Abrede, welche der Zuwendung zugrunde liegt, möglicherweise zurücktreten können. Zum anderen mag man formulieren, der mit der Leistung des M verfolgte Zweck sei nicht eingetreten. Im letzteren Fall wäre ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BGB gegeben.

2. Notwendigkeit ausdrücklicher vertraglicher Ausgleichsregeln?

Lange Jahre hatte der BGH freilich die Auffassung vertreten, daß in nichtehelichen Lebensgemeinschaften ein Ausgleich von unbenannten Zuwendungen ohne besondere vertragliche Abrede nicht stattfinde. Den Parteien sei die Vorstellung gänzlich fremd, daß für Leistungen im gemeinsamen Interesse ein Ausgleich verlangt werden könne.[14] Damit war insbesondere der Weg für einen Rückgewähranspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB versperrt;[15] ebenso der Zugang zu einer Rückabwicklung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage.[16] Angesichts der gewollten rechtlichen Unverbindlichkeit der Partnerschaft trug der Zuwendende das Risiko, von dem zugewendeten Gegenstand nicht dauerhaft zu profitieren.[17] Im Schrifttum war dagegen teils die Anerkennung eines Anspruchs aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB,[18] teilweise eine Rückabwicklung unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage[19] befürwortet worden.

Die soeben wiedergegebene Rechtsprechung hat der BGH nunmehr aufgegeben und hält nunmehr sowohl einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB als auch einen solchen nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für möglich.[20] Für diese Trendwende führt der BGH ein bemerkenswertes Argument ins Feld: Bei unbenannten Zuwendungen zwischen *Eheleuten* hält der BGH seit langem die Rückabwicklung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage für möglich, wenn der Zugewinnausgleich zu keinem tragbaren Ergebnis führt.[21] Dann sei, so jetzt der BGH, nicht einzusehen, warum zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft jeglicher Ausgleich versagt werden solle. Insbesondere werde die unterschiedliche Behandlung nicht dadurch gerechtfertigt, daß die nichteheliche Lebensgemeinschaft einer rechtlichen Bindung entbehre und der leistende Partner nicht darauf vertrauen könne, dauerhaft an den Früchten seiner Leistung teilhaben zu dürfen. Denn wenn man die hohe Scheidungs-

[12] So aber *Burger*, BGHR 2008, 1087 (1088).
[13] *v. Proff*, NJW 2008, 3266 (3268).
[14] BGHZ 77, 55 (58 f.); BGH FamRZ 1993, 939 (940); NJW-RR 1996, 1473; FamRZ 1997, 1533; 2004, 94; JZ 2008, 312 (314).

[15] Im Ergebnis gegen die Anerkennung einer Zweckverfehlungskondiktion OLG Frankfurt FamRZ 1981, 253; 1982, 265; OLG München FamRZ 1980, 239 (240); *Diederichsen*, NJW 1983, 1017 (1024); *ders.*, FamRZ 1988, 889 (897); *Haas*, FamRZ 2002, 205 (212); *Hausmann*, Nichteheliche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich, 1989, S. 300 ff.; *Lieb*, Gutachten A zum 57. DJT, 1988, S. 69; *Voß*, Ein Gesetzesvorschlag für die vermögens- und unterhaltsrechtliche Auseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland, 1993, S. 96 ff.
[16] BGH FamRZ 1997, 1533 f.; 2004, 94.
[17] So ausdrücklich *Halfmeier*, JA 2008, 97 (100).
[18] OLG Karlsruhe NJW 1994, 948 f.; OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1475 (1476 f.); *Beyerle*, Die bereicherungsrechtliche Abwicklung eheähnlicher Gemeinschaften, 1981, S. 61 ff.; *Lipp*, AcP 180 (1980), 537 (580 ff.); *ders.*, JuS 1982, 17 (22); *Maus*, Scheidung ohne Trauschein – Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 1984, S. 145 ff.
[19] *Lipp*, AcP 180 (1980), 537 (597 ff.); *Schulz*, FamRZ 2007, 593 (598 ff.) – Für Rückabwicklung von Zuwendungen, deren Grundlage das Fortbestehen der Lebensgemeinschaft ist, im Ergebnis auch *Schwenzer*, JZ 1988, 781 (784).
[20] BGH NJW 2008, 3277 (3280). Zustimmend *v. Proff*, NJW 2008, 3266 (3268).
[21] BGHZ 82, 227 (236 f.); 115, 132 (135 f.); 127, 48 (50 f.); 142, 137 (148); BGH FamRZ 1982, 778 (779); FamRZ 1989, 599 (600).

quote betrachte, könne man sich heute selbst in einer Ehe nicht auf den dauerhaften Fortbestand und auf die dauerhafte Teilhabe am gemeinsam Erarbeiteten verlassen. Der BGH zieht also *erstens* zur Begründung für die Anerkennung von Ausgleichsansprüchen auch jenseits des Gesellschaftsrechts einen Vergleich mit der Ehe heran und legt dabei *zweitens* nicht die Rechtsidee, sondern die Rechtswirklichkeit der Ehe zugrunde. Im Schrifttum wird ergänzt, es sei nicht gerechtfertigt, den Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, der Investitionen der genannten Art in das Vermögen des anderen Partners tätige, schlechter zu stellen, als wenn beide Parteien im Güterstand der Gütertrennung verheiratet wären.[22] Da der BGH bei der Gütertrennung schon früher Ausgleichsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage anerkannt habe,[23] müsse dies nunmehr auch auf nicht verheiratete Paare erstreckt werden.

Ob es einer solchen – den Sinn lebzeitiger rechtlicher Bindung nachdrücklich in Frage stellenden – Überlegung bedurft hätte, um das von ihm gefundene Ergebnis zu begründen, soll hier nicht abschließend beantwortet werden. Denn jedenfalls überzeugt jenes Ergebnis: Wenn Vermögen vom einen zum anderen Partner in der Erwartung gemeinsamer Teilhabe fließt, entfällt nach der Trennung jede Rechtfertigung dafür, daß die Vermögensmehrung ersatzlos beim Partner verbleibt. Eine endgültige Bereicherung ausschließlich des anderen Partners war mit der Zuwendung nie gewollt. Hielte man in einer solchen Situation Ausgleichsansprüche für versperrt, so würde die unbenannte Zuwendung nachträglich – und ohne Grundlage im Parteiwillen – doch noch in eine Schenkung umfunktioniert.

3. Das Verhältnis von Wegfall der Geschäftsgrundlage und Zweckverfehlungskondiktion

Wenn man die Entscheidungsgründe des BGH aufmerksam verfolgt, wird man feststellen, daß der BGH *zuerst* einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB und erst *danach* einen Anspruch nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage prüft.[24] Und das scheint auch voll und ganz so beabsichtigt zu sein; denn der BGH führt aus, Wegfall der Geschäftsgrundlage komme etwa in Fällen in Betracht, in denen sich eine Abrede zwischen den Parteien über den mit der Leistung bezweckten Erfolg nicht feststellen lasse.[25] Diese Überlegungen geben in rechtssystematischer Hinsicht zu Skepsis Anlaß.[26] Denn der Wegfall der Geschäftsgrundlage mündet in einen Vertragsanpassungsanspruch oder ein Rücktrittsrecht und damit jedenfalls in einen vertraglichen Ausgleichsanspruch; § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB verkörpert demgegenüber einen gesetzlichen Rückgewähranspruch. Vertragliche Ansprüche aber, so hat man gelernt, sind immer vor gesetzlichen zu prüfen. Es wird nicht recht deutlich, warum der BGH hier die Reihenfolge umkehrt.

Sucht man nach Erklärungen für die Vorgehensweise des BGH, so fällt auf, daß der BGH sich kaum um eine rechtstatsächliche Anbindung der Geschäftsgrundlagenlehre bemüht. Nach § 313 Abs. 1 BGB kommt der Wegfall der Geschäftsgrundlage nur in Betracht, wenn ein Vertrag geschlossen wurde. Wo dieser Vertrag im hier interessierenden Zusammenhang sein soll, verrät der BGH nicht. Und überhaupt muß der BGH geradezu Scheu tragen, bei unbenannten Zuwendungen von einem Vertrag zu sprechen – hatte er nicht in bezug auf gesellschaftsrechtliche Ausgleichsmechanismen ausgeführt, ein Gesellschaftsvertrag sei ohne Rechtsbindungswillen nicht denkbar (oben unter III. 2.)? Muß man dann nicht auch bei unbenannten Zuwendungen einen Rechtsbindungswillen und damit einen Vertrag verneinen?

Die Lösung des dogmatischen Problems dürfte in folgendem zu finden sein: Die unbenannte Zuwendung darf zwar mit einer Schenkung nicht gleichgesetzt werden; denn sie ist im Gegensatz zu letzterer nicht unentgeltlich (oben unter II. 2.). Sie weist aber in der Konstruktion des Kausalgeschäfts durchaus Parallelen zur Handschenkung (§ 516 BGB) auf. Der Handschenkung wohnt die Eigenheit inne, daß der Schenker sich zu nichts verpflichtet, sondern lediglich bei Gelegenheit der Zuwendung eine Rechtsgrundabrede mit dem Beschenkten trifft – eine Abrede des Inhalts nämlich, daß der Beschenkte den Gegenstand der Zuwendung unentgeltlich soll behalten dürfen.[27] Ganz ähnlich hat man sich auch die Kausalabrede bei einer unbenannten Zuwendung vorzustellen: Der leistende Partner trifft mit dem anderen bei Gelegenheit der Zuwendung eine Abrede des Inhalts, daß künftig beide vom Gegenstand der Zuwendung gemeinsam profitieren sollen. Diese Abrede stellt einen Vertrag dar, der dem Ausgleichsmechanismus des § 313 BGB zugänglich ist. Dieser Vertrag erfordert aber keinen Rechtsbindungswillen, weil der leistende Partner sich eben für die Zukunft zu nichts verpflichtet.

Bezüglich des von M erbrachten Arbeitseinsatzes ist noch eine Besonderheit zu beachten: In Fällen, in denen ein Partner dem anderen keine Vermögenssubstanz überträgt, sondern zu dessen Gunsten Arbeit leistet (z. B. indem er handwerkliche Arbeiten an einem Haus vornimmt, das dem anderen Ehegatten gehört), trägt der BGH Scheu, den Begriff „Zuwendung“ zu verwenden;[28] er spricht dann vielmehr von einem familienrechtlichen Kooperationsvertrag eigener Art.[29] Diese Überlegungen hatte der BGH auf Ehegatten gemünzt; sie sind indes nunmehr auch auf unverheiratete Paare zu übertragen. Diesen Kooperationsvertrag hat man sich, um ihn von einer Innengesellschaft abzugrenzen,[30] ebenfalls so vorzustellen, daß er den Arbeit leistenden Partner zu nichts verpflichtet, sondern lediglich den anderen Partner berechtigt, den Ertrag dieser Arbeit behalten zu dürfen, dies aber unter

[22] *Clausius*, JurisPR-FamR 23/2008 Anm. 2, unter D.
[23] BGHZ 84, 361 (368 f.); bestätigt durch BGH NJW 2008, 3277 (3281).
[24] BGH NJW 2008, 3277 (3280 f.).
[25] BGH NJW 2008, 3277 (3281).
[26] Dem BGH insoweit zustimmend aber *v. Proff*, NJW 2008, 3266 (3268).
[27] Statt aller *Wimmer-Leonhardt* (Fn. 2), § 516 Rn. 14.
[28] BGHZ 84, 361 (367); 127, 48 (51).
[29] BGHZ 84, 361 (367).
[30] Auf diese Notwendigkeit weist zu Recht *v. Proff*, NJW 2008, 3266 (3268) hin.

der Voraussetzung, daß der leistende Partner von jenem Ertrag auch selbst dauerhaft profitiert.

Wenn aber den Investitionen des leistenden Partners in den gemeinsam zu schaffenden Wert ein Vertrag zugrunde liegt, empfiehlt es sich, beim erlernten Aufbauschema zu verharren: Vertragliche Ansprüche sind vor gesetzlichen abzuhandeln. So hat der BGH in früheren Urteilen selbst mit Recht ausgesprochen, daß dem Wegfall der Geschäftsgrundlage als vertraglichem Ausgleichsinstrument der Vorrang vor der Zweckverfehlungskondiktion gebührt.[31] Zuerst ist also auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage einzugehen.

4. Die Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

a) Die richtige Anspruchsgrundlage

Will man einen Ausgleichsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage untersuchen, so empfiehlt es sich, vor der Niederschrift der Lösung gründlich über die Anspruchsgrundlage zu reflektieren. Denn diese variiert je nach dem, ob nur ein Anspruch des M auf Vertragsanpassung in Betracht kommt oder aber sogar ein Rücktrittsrecht:

(1) Im Fall des Rücktritts wäre ein Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB zu diskutieren. Die Kausalabrede der unbenannten Zuwendung ist ein Vertrag; von diesem ist M spätestens dadurch zurückgetreten, daß er für seine Beiträge zum gemeinsamen Hausbau einen Ausgleich verlangt hat; fraglich ist nur, ob ihm nach § 313 Abs. 3 S. 1 BGB ein Recht zusteht, von dem so zustande gekommenen Vertrag zurückzutreten. Dazu müßten die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB vorliegen; außerdem muß eine Vertragsanpassung unmöglich oder für eine Partei unzumutbar sein.

(2) Wird dagegen nur die Anpassung der Kausalabrede verlangt, welche der Zuwendung zugrunde liegt, so kommt ein Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB in Betracht. Diese Anpassung allein gibt dem M freilich noch nicht das, was er eigentlich haben will: M begehrt einen Ausgleich in Geld. Diesen kann er aber streng genommen erst verlangen, wenn F in die Vertragsanpassung eingewilligt hat, und dann aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB: Soweit die Anpassung reicht, ist der Rechtsgrund für die unbenannte Zuwendung nachträglich weggefallen. Voraussetzung ist auch hier, daß die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB vorliegen.

b) Die Tatbestandsmerkmale des § 313 Abs.1 BGB

§ 313 Abs. 1 BGB erfordert zunächst, daß sich Umstände geändert haben, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind. Dieses sog. *tatsächliche Element* läßt sich hier ohne Schwierigkeiten verifizieren: Der unbenannten Zuwendung lag die vom Zuwendenden (hier: M) gehegte und vom Zuwendungsempfänger (hier: F) gebilligte Erwartung zugrunde, daß die Partnerschaft dauerhaft Bestand haben und der Zuwendende aus diesem Grunde selbst am Ertrag der Zuwendung partizipieren würde. Dieser Umstand hat sich nunmehr geändert: Die Beziehung zwischen M und F ist gescheitert. M kann daher nicht mehr in dem Haus wohnen, an dessen Errichtung er mitgewirkt hat. Ebenso eindeutig dürfte das sog. *hypothetische Element* gegeben sein: M hätte nicht in solch hohem Maße in die Errichtung des Hauses investiert, wenn er vorausgesehen hätte, daß die Verbindung zwischen ihm und F bereits nach wenigen Jahren scheitern würde. Beim sog. *normativen Element* greifen nunmehr jene Wertungen durch, die den BGH dazu veranlaßt haben, Ausgleichsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage überhaupt anzuerkennen: Das Scheitern der Beziehung ist nicht etwa, wie der BGH früher glaubte, einseitig dem Risikobereich des Zuwendenden (M) zugewiesen. Vielmehr ist dieser in seiner Erwartung schutzwürdig, am Ertrag seiner Investition dauerhaft teilhaben zu können. Ein unverändertes Festhalten des M an der Zuwendung ist ihm nicht zuzumuten.

c) Rechtsfolge: Rücktritt oder Vertragsanpassung?

Die vorrangige Konsequenz eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage besteht in einem Anspruch auf Vertragsanpassung; ein Rücktrittsrecht besteht nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 313 Abs. 3 S. 1 BGB. Der BGH hat deutlich gemacht, daß er eine vollständige Rückgewähr der gesamten Zuwendung nicht für angebracht hält.[32] Denn es sei zu berücksichtigen, daß der Zweck der Zuwendung zumindest teilweise erreicht worden sein könne. Was die erbrachten Arbeitsleistungen anbelange, so könne lediglich eine angemessene Beteiligung am gemeinsam Erarbeiteten verlangt werden. Der Ausgleichsanspruch gehe daher nicht über den Betrag hinaus, um den das Vermögen des anderen Teils im Zeitpunkt der Trennung noch vermehrt sei, und könne außerdem nicht höher beziffert werden als die ersparten Kosten einer fremden Arbeitskraft.

Wenn in einer Klausur eine konkrete Bezifferung des Anspruchs erwartet wird, muß der Sachverhalt zu diesen Gesichtspunkten aussagekräftige Angaben enthalten. Aus dem oben mitgeteilten Fall ist lediglich erkennbar, daß M in dem Anwesen drei Jahre lang gewohnt hat. Für diesen Zeitraum *hat* er selbst von seinen Beiträgen zur Errichtung des Hauses profitiert. Nicht erkennbar ist aber, wie lange er, den dauerhaften Bestand der Beziehung mit F vorausgesetzt, in dem Haus hätte leben können. Das dürfte nicht zuletzt davon abhängen, welches Lebensalter M und F bei Begründung ihrer Lebensgemeinschaft erreicht hatten. Zur Frage des bei F noch verbliebenen Vermögens und zum Wert ersparter Fremdarbeitskraft teilt der obige Sachverhalt überhaupt nichts mit; eben dies müßte aber in einer Klausur geschehen. Festzuhalten ist daher an dieser Stelle nur ganz allgemein: Der Wegfall der Geschäftsgrundlage, nämlich die Trennung von M und F, führt nicht zu einem Rücktrittsrecht des M, sondern nur zu einem Anspruch auf Vertragsanpassung.

[31] BGHZ 108, 147 (149); BGH NJW 1992, 2690.

[32] Zum Folgenden BGH NJW 2008, 3277 (3281).

d) Prozessuales

Streng genommen müßte M nunmehr zwei nacheinander geschaltete Ansprüche geltend machen: Er müßte F zunächst auf Vertragsanpassung verklagen. F würde dann verurteilt, in eine Vertragsänderung einzuwilligen, wonach sie für die Leistungen des M eine bestimmte Geldsumme vergüten muß. Die Rechtskraft des Urteils würde nach § 894 Abs. 1 ZPO die Willenserklärung der F ersetzen. Sodann müßte M aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB auf Zahlung desjenigen Betrages klagen, der im vorausgegangenen Urteil festgesetzt wurde. Um dem Gläubiger im Fall des § 313 Abs. 1 BGB zwei Prozesse zu ersparen, werden unterschiedliche Vorschläge unterbreitet:

(1) Analogie zu § 254 ZPO:[33] Der Gläubiger eines Vertragsanpassungsanspruchs wisse nicht, mit welchem Inhalt das Gericht den Vertrag anpasse. Daher könne er auch den nachfolgenden Leistungsantrag nicht beziffern. Deshalb stehe er vor einer ähnlichen Situation wie ein Auskunftsberechtigter, der den Leistungsanspruch erst nach Erteilung der ihm gebührenden Auskunft beziffern könne. Dieser Gedanke klingt auf den ersten Blick bestechend, ist aber bei näherem Hinsehen einem gewichtigen Einwand ausgesetzt: Im originären Anwendungsbereich des § 254 ZPO muß der Auskunftsanspruch als solcher auf der ersten Stufe mit der nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderlichen Bestimmtheit geltend gemacht werden; lediglich auf die Bestimmtheit des Leistungsantrags kann vorerst verzichtet werden. Der hier referierte Lösungsansatz steht dagegen vor dem Problem, daß der Klageantrag bereits auf der ersten Stufe, nämlich hinsichtlich der Vertragsanpassung als solcher, nicht mit der nötigen Bestimmtheit gestellt werden kann. Über *dieses* Problem hilft § 254 ZPO nicht hinweg.[34]

(2) Einschränkung des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO plus uneigentliche Eventualklage:[35] Wenn der Gläubiger nicht vorhersehen könne, in welchem Umfang das Gericht eine Vertragsanpassung für angemessen halte, müsse es – vergleichbar der aus Schmerzensgeldklagen bekannten Verfahrensweise[36] – genügen, wenn er eine Größenordnung angebe, in der er eine Vertragsanpassung für angemessen halte. Den Leistungsantrag stelle er sodann nicht unbedingt, sondern im Wege der sog. *uneigentlichen eventuellen Klagenhäufung*[37] nur hilfsweise für den Fall, daß das Gericht den Vertragsanpassungsanspruch für begründet erachte.

Der zweite Lösungsansatz verdient Zustimmung, weil er das Bestimmtheitsproblem dort löst, wo es sich stellt, nämlich beim Umfang der zu begehrenden Vertragsanpassung. Es fällt indes auf, daß der BGH im konkreten Fall dem hier beschriebenen Problem keinerlei Aufmerksamkeit gewidmet hat. Denn offenbar hatte sich der Kläger (hier also: M) in der Lage gesehen, den Ausgleichsanspruch auf Euro und Cent zu beziffern. Und in der Tat deuten die vom BGH formulierten Kriterien für einen Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage darauf hin, daß er nicht bereit ist, Spielräume für Billigkeitsentscheidungen anzuerkennen: Sowohl der Betrag bzw., soweit es um Arbeitsleistungen geht, deren Wert als auch der Umfang der noch vorhandenen Vermögensmehrung und der Wert einer ersparten Fremdarbeitskraft lassen sich bereits vor Prozessbeginn beziffern. In einem solchen Fall besteht kein Anlaß, Erleichterungen des in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO niedergelegten Bestimmtheitserfordernisses zu akzeptieren. M hat daher den Vertragsanpassungsantrag exakt zu beziffern und kann sodann hilfsweise für den Fall, daß dieser Antrag durchdringt, zusätzlich auf Zahlung desjenigen Betrages klagen, der nach Maßgabe der vom Gericht verfügten Anpassung zurückzugewähren ist.

V. Zweckverfehlungskondiktion

1. Nochmals: Verhältnis zum Wegfall der Geschäftsgrundlage

Schließlich kommt ein Anspruch des M gegen F aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB in Betracht. Wenn man freilich die soeben dargelegte Sicht teilt, daß das Kausalgeschäft der unbenannten Zuwendung in einem vollständig ausgeformten Vertrag besteht, bleibt für eine Zweckverfehlungskondiktion kein Raum mehr. Denn dann stellen, wie oben unter IV. 3. ausgeführt, Vertragsanpassung und Rücktritt nach Maßgabe des § 313 BGB das vorrangige Ausgleichsinstrument dar. Eine Zweckverfehlungskondiktion kommt nur in Betracht, wenn man die Grundlage der unbenannten Zuwendung als *Abrede über den mit der Leistung bezweckten Erfolg* einordnet. In einer Klausur empfiehlt es sich, diesen Lösungsweg wenigstens in einem Hilfsgutachten zu skizzieren. Denn angesichts der Unsicherheiten über die dogmatische Verortung einer unbenannten Zuwendung muß man damit rechnen, daß der Korrektor zu dieser Anspruchsgrundlage etwas lesen möchte – zumal der BGH, wie gesehen, § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB sogar vor dem Wegfall der Geschäftsgrundlage geprüft hat.

2. Die Voraussetzungen der Zweckverfehlungskondiktion

a) Etwas erlangt

Subsumiert man also unter die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, so wird man unschwer feststellen können, daß F im vorliegenden Fall etwas erlangt hat. Das gilt zunächst für die Arbeitsleistung des M: Diese hat sie in Natur erlangt, weil sie dem in ihrem Eigentum stehenden Gebäude zugute gekommen ist. Für die Zahlungen des M soll hier aus Gründen der Vereinfachung angenommen werden, daß diese direkt in das Vermögen der F geflossen und von F für den Hausbau verwendet worden sind; Genaueres ist im Sachverhalt nicht mitgeteilt.

[33] *Dauner-Lieb/Dötsch*, NJW 2003, 921 (926); *Schmidt-Kessel/Baldus*, NJW 2002, 2076 (2077).
[34] Zutreffend *Wieser*, JZ 2004, 654.
[35] *Wieser*, JZ 2004, 654 f.; ebenso schon erwogen bei *Dauner-Lieb/Dötsch*, NJW 2003, 921 (924 f.).
[36] Vgl. dazu z. B. BGH NJW 2002, 3769.
[37] Für deren Zulässigkeit BGHZ 132, 390 (391 f.); BGH NJW 2001, 1285 (1286); *Wieser*, NJW 2003, 2432 (2433); *Wolf*, in: Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag, 1997, S. 805 ff.

b) Durch Leistung

Leistung ist nach gängiger Definition die bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.[38] M hat einen solchen Leistungszweck verfolgt. Er hat nämlich Arbeitseinsatz und Zahlungen an F erbracht, um F dazu zu bewegen, ihn an den Erträgen dieser Leistungen teilhaben zu lassen; es handelt sich um eine Leistung *adquirendi causa*.

c) Nichteintritt des bezweckten Erfolgs

Sofern im Schrifttum bereits vor der Wende in der Rechtsprechung des BGH eine Zweckverfehlungskondiktion bejaht wurde, fanden sich etliche Versuche, den mit der Leistung des zuwendenden Partners bezweckten Erfolg in Worte zu fassen. So wurde der nicht erreichte Zweck teilweise in der Sicherung der gemeinsamen Zukunft,[39] teils in der Bereitschaft des Zuwendungsempfängers zur gemeinsamen Lebensgestaltung und deren Verwirklichung,[40] teils darin gesehen, daß der andere Lebensgefährte dazu veranlaßt werden sollte, seinerseits Beiträge zur gemeinsamen Lebensgestaltung zu erbringen.[41] Zutreffend dürfte indes sein, den bezweckten Erfolg folgerichtig aus den Eigenheiten der unbenannten Zuwendung zu entwickeln: Wenn eine solche Zuwendung dadurch charakterisiert ist, daß der Zuwendungsgeber erwartet, dauerhaft am gemeinsam geschaffenen Wert teilzuhaben, besteht der „bezweckte Erfolg" in eben jener dauerhaften Teilhabe.[42] In diesem Sinne ist der von M mit der Zuwendung an F bezweckte Erfolg nur zu einem geringen Teil eingetreten: M hat insgesamt drei Jahre lang, keinesfalls aber langfristig vom Ertrag seines Geld- und Arbeitseinsatzes profitiert.

d) Nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts

Die Verfehlung von Leistungszwecken führt nur dann zu einem Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB, wenn der Leistungszweck dem Empfänger bekannt und von diesem gebilligt worden ist:[43] Es bedarf eines „Rechtsgeschäfts", also einer Einigung der Parteien über den mit der Leistung bezweckten Erfolg; einseitige Erwartungen des Leistenden bleiben unberücksichtigt. Im vorliegenden Fall bereitet es keine Schwierigkeiten, auch dieses Merkmal der Zweckverfehlungskondiktion zu bejahen: M und F beabsichtigten, gemeinsam in dem Haus zu wohnen; an Trennung dachten sie in diesem Moment nicht. F kannte also die Erwartung des M, dauerhaft das von ihm selbst mit errichtete Haus bewohnen zu dürfen, und billigte sie. Damit ist der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten.

3. Wegfall der Bereicherung

Im Zusammenhang mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage hatte der BGH den Ausgleichsanspruch des zuwendenden Ehegatten der Höhe mit Blick auf die eingesetzte Arbeitskraft nach begrenzt (oben unter IV. 4. c): Der Anspruch gehe nicht über die noch vorhandene Wertsteigerung im Vermögen des Zuwendungsempfängers und nicht über die ersparten Kosten einer fremden Arbeitskraft hinaus. Die erste dieser beiden Einschränkungen gilt im Bereicherungsrecht ebenso, und zwar sowohl für die Geldzuwendung als auch für den Arbeitseinsatz: Soweit durch all dies das Vermögen des Empfängers (hier: F) nicht mehr gemehrt ist, ist dieser nicht mehr bereichert (§ 818 Abs. 3 BGB). Die zweite genannte Einschränkung ist, bezogen auf den Arbeitseinsatz, ebenfalls im Bereicherungsrecht gültig: Sofern durch die Zuwendung nichts erspart worden ist, hat der Wert der Arbeitsleistung das Vermögen der F im wirtschaftlichen Endergebnis nicht spürbar gemehrt. F hat zwar im Ausgangspunkt Arbeitsleistungen mit einem bestimmten objektiven Wert (§ 818 Abs. 2 BGB) erlangt, ist aber, sofern sie dadurch nichts erspart hat, nicht mehr bereichert (§ 818 Abs. 3 BGB).

Die Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB müßte freilich ausscheiden, wenn F verschärft haftet. Als Grundlage einer verschärften Haftung kommt hier allein § 820 Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht. Danach haftet der Empfänger verschärft, wenn über den Eintritt des mit der Leistung bezweckten Erfolgs beiderseitige Ungewißheit herrschte. Das ist im hier gegebenen Fall zu verneinen.[44] Zwar wissen die Parteien, daß ihre Beziehung scheitern und es jederzeit zur Trennung kommen kann. Sie ziehen diese Möglichkeit aber nicht ernsthaft in Betracht, wenn sie gemeinsam Werte zur dauerhaften gemeinsamen Nutzungen schaffen.

VI. Einschränkungen des Ausgleichsanspruchs

1. Kein Ausgleich laufender Unterhaltsbeiträge

Der BGH hat mit Recht klargestellt, daß ein Vermögensausgleich nicht in Betracht kommt, wenn ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Beiträge zum laufenden Lebensunterhalt leistet. Ein Ausgleichsanspruch kommt in diesem Fall weder unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage[45] noch unter dem Gesichtspunkt der Zweckverfehlungskondiktion[46] in Betracht.[47] Derartige Beiträge haben vielmehr ihren Unterhaltszweck erfüllt. Daher führt etwa die Anschaffung von Haushaltsgegenständen – sofern derjenige, der die Anschaffung tätigt, dem anderen Teil überhaupt eine dingliche (Mit-)Berechtigung an dem betreffenden Gegenstand verschafft – nicht zu einem Aus-

[38] BGHZ 40, 272 (277); ständige Rechtsprechung.
[39] *Strätz*, FamRZ 1980, 434 (435).
[40] *Lipp*, AcP 180 (1980), 537 (583); ähnlich OLG Karlsruhe NJW 1994, 948; *Beyerle* (Fn. 18), S. 72.
[41] *Maus* (Fn. 18), S. 148.
[42] So bereits *Schlüter/Belling*, FamRZ 1986, 405 (414); zust. *Löhnig*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Anh. §§ 1297 ff. RdNr. 115, 118 (der aber RdNr. 113 f., 117 eine Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht für vorrangig hält).
[43] BGHZ 44, 321 (323).
[44] So auch BGH NJW 2008, 3277 (3282).
[45] BGH NJW 2008, 3277 (3281).
[46] BGH NJW 2008, 3277 (3280).
[47] Gegen die Gewährung eines Ausgleichsanspruchs in einem solchen Fall auch *Langenfeld*, ZEV 2008, 494; *v. Proff*, NJW 2008, 3266 (3268 f.).

gleichsanspruch.[48] Auszugleichen sind nach alledem allein Beiträge zur dauerhaften Wertschöpfung.

2. Kein Ausgleich bei Tod eines Partners

Die vom zuwendenden Partner verfolgte Zwecksetzung war dahin beschrieben worden, daß dieser Partner die Erwartung hegt, dauerhaft am Ertrag seiner Zuwendung teilhaben zu dürfen. Die maximale Erwartung ist eine lebenslange Teilhabe. Stirbt daher der zuwendende Partner, so ist der Zweck lebenslanger Teilhabe erfüllt und hat sich die Geschäftsgrundlage der Zuwendung in vollem Umfang verwirklicht. Dies gilt selbst dann, wenn der zuwendende Partner überraschend früh stirbt. Seinen Erben steht dann kein Ausgleichsanspruch zu.[49]

VII. Zusammenfassung

1. Wenn ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft das Vermögen des anderen mit der Bestimmung mehrt, selbst am Ertrag der Zuwendung dauerhaft teilhaben zu wollen (Beispiel: Beiträge zum Bau eines Hauses, in dem beide Partner gemeinsam wohnen sollen, das aber kraft dinglicher Zuordnung einem Partner allein gehört), liegt keine Schenkung vor.

2. Die gemeinsame Wertschöpfung durch die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft begründet eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts, wenn beide Partner mit dem Willen handeln, sich rechtlich zu binden, sprich: sich zur Mitwirkung an jener Wertschöpfung zu verpflichten. Daran fehlt es in der Regel, wenn die betreffende Maßnahme nur der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft dient.

3. Sofern der gemeinsamen Wertschöpfung durch Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kein Gesellschaftsvertrag, sondern lediglich eine tatsächliche Willensübereinstimmung zugrunde liegt, kommt bei Geld- und Sachzuwendungen eine unbenannte Zuwendungen, bei Arbeitsleistungen ein Kooperationsvertrag eigener Art zustande. Die Kausalabrede zwischen den Partnern besteht in beiden Fällen darin, daß der eine Partner die Leistungen des anderen behalten darf, dies aber an die Erwartung des leistenden Partners geknüpft ist, vom Ertrag der Zuwendung bzw. der Arbeit dauerhaft selbst profitieren zu dürfen.

4. Wenn sich diese Erwartung zerschlägt, fällt die Geschäftsgrundlage der Kausalabrede weg. Der leistende Partner hat dann nach § 313 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Anpassung der Kausalabrede. Die Anpassung erfolgt – etwas vergröbert gesprochen – in der Weise, daß die Zuwendung zurückzugewähren ist, soweit das Vermögen des anderen Partners noch gemehrt und soweit die erstrebte Teilhabe des leistenden Partners ausgeblieben ist.

5. Ansprüche aus § 313 Abs. 1 BGB haben Vorrang vor Ansprüchen aus § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB. Sieht man die Willensübereinstimmung, die einer unbenannten Zuwendung bzw. einem Kooperationsvertrag eigener Art zugrunde liegt, nicht als Vertrag, sondern lediglich als Vereinbarung über den mit der Leistung bezweckten Erfolg an, so ist die Zuwendung unter dem Gesichtspunkt der Zweckverfehlungskondiktion zurückzugewähren – freilich auch hier nur insoweit, als das Vermögen des anderen Partners noch gemehrt und soweit die erstrebte Teilhabe des leistenden Partners ausgeblieben ist.

[48] Ebenso *Langenfeld*, ZEV 2008, 494 (495).
[49] Wie hier *Coester*, JZ 2008, 315 (316); *v. Proff*, NJW 2008, 3266 (3269).

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkungen

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

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Kathrin Kroll-Ludwigs**[*] und Akad. Rat Dr. **Markus Ludwigs**[**], Bonn

In seiner Quelle-Entscheidung vom 26.11.2008 hat der BGH die neue Rechtsfigur der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung geprägt. Ihre gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sind im 1. Teil des Beitrags (ZJS 2009, 7 ff.) entfaltet worden. Dabei wurde festgestellt, dass das EG-rechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung im deutschen Recht auch eine über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehende richterliche Rechtsfortbildung verlangt. Freilich anerkennt der EuGH zugleich die sich aus der nationalen Methodenlehre ergebenden Grenzen. Auf die Frage, ob sich der BGH bei der teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB im Rahmen seiner Zuständigkeiten bewegt hat oder ob eine Rechtsfortbildung „contra legem des nationalen Rechts" vorliegt, ist im Folgenden einzugehen.

2. Teil: Implementierungsmöglichkeiten im nationalen Recht

III. Einordnung der Rechtsfigur der richtlinienkonformen Auslegung in die deutsche Methodenlehre

1. Richtlinienkonforme Auslegung als interpretatorische Vorrangregel

a) Einordnung in die nationale Methodik

Die Implementierung des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der richtlinienkonformen Auslegung in das nationale Recht wirft zunächst die Frage nach dem Verhältnis zu den klassischen Auslegungsmethoden nach *v. Savigny* auf. Grundsätzlich ist der deutschen Methodenlehre ein striktes Rangverhältnis zwischen grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Gesichtspunkten fremd.[1] Vielmehr werden die Auslegungskriterien im Rahmen einer „interpretatorischen Gesamtabwägung" gewichtet und – im Konfliktfall – gegeneinander abgewogen.[2] Dagegen ist bei der *verfassungskonformen* Auslegung eine interpretatorische *Vorrangregel* anerkannt[3]: Hier folgt aus dem Grundsatz der Normerhaltung (favor legis)[4], dass bei mehreren möglichen Auslegungsvarianten die Norm allein in der verfassungskonformen Deutung Bestand haben kann.[5] Für eine interpretatorische Gesamtabwägung besteht dann weder Raum noch Bedürfnis.[6]

Ist nationales Recht am Maßstab des *Gemeinschaftsrechts* zu messen, ergibt sich eine interpretatorische Vorrangregel zunächst für die *primärrechtskonforme* Auslegung.[7] Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts besteht hier eine vergleichbare Ausgangslage wie bei der verfassungskonformen Auslegung: Kommen mehrere Auslegungsergebnisse in Betracht, müssen diejenigen ausscheiden, die im Widerspruch zum Primärrecht stehen.[8] Scheitert die primärrechtskonforme Auslegung, so muss die fragliche Norm unangewendet bleiben.[9] Die entstehende Lücke ist in gemeinschaftsrechtskonformer Weise zu schließen.[10]

Anders als bei der verfassungs- bzw. primärrechtskonformen Auslegung liegt der *richtlinienkonformen* Auslegung keine Normkollision zu Grunde.[11] Aufgrund der regelmäßig fehlenden Suspensivwirkung dient sie nicht dem Normerhalt,

---

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

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

[1] Ausführlich *Canaris*, in: Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, S. 41 (45), *ders*., in: Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 25 (58). Kritisch zur Gleichrangigkeit *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1964, S. 117 (121 ff.). Nach *Vogenauer* (Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, 2001, S. 50 f.) kann im Rahmen der interpretatorischen Gesamtabwägung ein „prima facie-Vorrang" eines Auslegungskriteriums bestehen.

[2] Zu diesem Vorgehen *Canaris*, in: Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 47 (64 ff.); *ders*., in: Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 25 (58 f.).

[3] Zu weiteren Vorrangregeln im Rahmen der nationalen Methodenlehre siehe *Canaris*, Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 25 (50 ff.).

[4] Zur Legitimationsgrundlage im Einzelnen *Bettermann*, Die verfassungskonforme Auslegung, 1986, S. 24 ff.; *Canaris*, in: Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, S. 41 (42 f.); *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), 177 (182 ff.).

[5] StRspr., vgl. etwa BVerfGE 8, 28 (34); 19, 1 (5); 30, 129 (148); 69, 1 (55); 118, 212 (243).

[6] Vgl. insoweit *Canaris*, in: Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 47 (67); *ders*. (Fn. 3), S. 25 (59).

[7] Ausführlich zur primärrechtskonformen Auslegung vgl. *Leible*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2006, S. 116 (117 f., 126 ff.).

[8] Vgl. insoweit *Leible* (Fn. 7), S. 116 (130). Gleiches muss für die primärrechtskonforme Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts gelten, vgl. dazu im Einzelnen *Domröse*, in: Riesenhuber (Fn. 7), S. 139 (144).

[9] Für ein konkretes Beispiel vgl. etwa *Kroll-Ludwigs*, JZ 2009, 153 (154 f.).

[10] Siehe dazu *Domröse* (Fn. 8), S. 139 (154 f.).

[11] Zu dieser Problematik vgl. *Roth*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II, 2000, S. 842 (875).

sondern „nur“ der Normdurchsetzung.[12] Vor diesem Hintergrund ist klärungsbedürftig, ob auch im Hinblick auf die richtlinienkonforme Auslegung von einer interpretatorischen Vorrangregel[13] gesprochen werden kann. Herleiten lässt sich ein solches Verständnis jedenfalls nicht aus dem normtheoretischen Vorrang der Richtlinie vor nationalem Recht.[14] Vorrangwirkung entfaltet aber, wie gezeigt[15], die in Art. 249 Abs. 3 EG geregelte Pflicht des nationalen Gesetzgebers zur Umsetzung von Richtlinien nach Ablauf der Umsetzungsfrist.[16] Es erscheint daher folgerichtig, die Richtlinie bei der Auslegung des nationalen Rechts maßgeblich und vorrangig zu berücksichtigen.[17]

Gestützt wird die Annahme einer interpretatorischen Vorrangregel auch durch die Ausführungen des EuGH im Urteil *Pfeiffer*. Danach ist das Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts dem EG-Vertrag „immanent“.[18] Dem nationalen Gericht werde es dadurch ermöglicht, im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, indem es über den anhängigen Rechtsstreit entscheide.[19] Kann der Auftrag aus Art. 249 Abs. 3 EG also mithilfe richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts erfüllt werden, muss ihr in der Konsequenz Vorrang vor den übrigen Auslegungskanones zukommen.[20]

b) Methodisches Vorgehen

Im Hinblick auf die methodische Umsetzung des Vorrangs der richtlinienkonformen Auslegung macht das Gemeinschaftsrecht keine Vorgaben. In der Literatur wird überwiegend eine zweistufige Prüfung vorgeschlagen[21]: Auf der *ersten Stufe*, dem Auslegungs*vorgang*, soll zunächst eine Interpretation allein mit Hilfe der klassischen Auslegungsmethoden erfolgen.[22] Die Richtlinie kann hier nur insoweit Berücksichtigung finden als dies etwa im Rahmen der historischen oder der teleologischen Auslegung möglich ist. Die auf dieser Grundlage ermittelten Auslegungs*ergebnisse* sind dann in einem *zweiten Schritt* mit den Vorgaben der Richtlinie abzugleichen.[23] Stimmt zumindest *ein* Auslegungsergebnis mit der Richtlinie überein, dann ist dieses im Hinblick auf das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung vorzugswürdig. Andernfalls ist erneut in eine Prüfung der *ersten Stufe* einzutreten, wobei hier nunmehr das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung (vorrangig) zu berücksichtigen ist.[24] Als gleichwertige Alternative zur vorgenannten „Zwei-Stufenlösung“ ist freilich auch ein *einstufiges* Vorgehen denkbar. Das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung wäre dann von vornherein beim Auslegungsvorgang zu beachten.[25]

c) Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung

Die methodische Einordnung der richtlinienkonformen Auslegung als „interpretatorische Vorrangregel“ wirft im Weiteren die Frage nach den Grenzen der richterlichen Auslegungstätigkeit auf. Hierzu wurde bereits ausgeführt, dass die nationalen Gerichte – nach Ansicht des EuGH[26] – nicht gezwungen sind, ihr Recht „contra legem“ auszulegen.[27] Die Grenzen der Auslegung bestimmen sich mithin nach der nationalen Methodenlehre. Für die Auslegung im engeren Sinne ist im deutschen Recht insoweit der Wortlaut der Norm als Schranke anerkannt. Dementsprechend hat auch der BGH im *Quelle*-Urteil – in einem ersten Schritt – eine richtlinienkonforme Auslegung (im engeren Sinne) des § 439 Abs. 4 BGB wegen des entgegenstehenden eindeutigen Wortlauts der Vorschrift abgelehnt.[28]

Zu beachten ist allerdings, dass die richtlinienkonforme Auslegung nicht am Gesetzeswortlaut enden darf. Als Ausfluss des Äquivalenzgebots umfasst der gemeinschaftsrechtliche Begriff der „Auslegung“ vielmehr, wie gezeigt[29], die Verwendung sämtlicher dem nationalen Gericht zur Verfügung stehender Methoden. Im deutschen Recht zählt dazu neben der „Rechtsfindung innerhalb des Gesetzeswortlauts“[30] auch die richterliche Rechtsfortbildung (Auslegung im weiteren Sinne). Die vom EuGH postulierte „contra legem“-Grenze ist somit immer erst dann erreicht, wenn die Grenzen der Rechtsfortbildung überschritten sind.[31] Vor diesem Hin-

[12] Sanktionsmöglichkeiten bestehen allein im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 226 ff. EG) sowie der Staatshaftung, vgl. insoweit *Canaris* (Fn. 4), S. 41 (44). Zum Ausnahmefall der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien siehe oben 1. Teil, II. 6.

[13] Grundlegend *Canaris*, Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, S. 47 (68 ff.); siehe auch *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (911). Kritisch zur missverständlichen Begrifflichkeit *Roth* (Fn. 11), S. 842 (875). Vgl. zur teils divergierenden Terminologie auch *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409 (1414 mit Fn. 40).

[14] Siehe dazu ausführlich im 1. Teil, II. 1.

[15] Vgl. im Einzelnen 1. Teil, II. 1.

[16] Insoweit ist die richtlinienkonforme Auslegung von der völkerrechtsfreundlichen Auslegung (vgl. hierzu *Herdegen*, Völkerrecht, 7. Aufl. 2008, § 22 Rn. 10 f.), bei der es an einem Vorrangverhältnis fehlt, zu unterscheiden.

[17] In diesem Sinne *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 133; *Langenbucher* (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 85.

[18] EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 114 (Pfeiffer u.a.).

[19] *Ibidem*.

[20] So auch *Langenbucher* (Fn. 17), § 1 Rn. 85.

[21] Siehe etwa *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 259 ff.; *Canaris*, (Fn. 13), S. 47 (80 f.); *Langenbucher* (Fn. 17), § 1 Rn. 89.

[22] Vgl. dazu *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (80).

[23] *Ibidem*.

[24] *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (80) spricht von einem „Hin-und-Herwandern des Blickes“.

[25] Zu diesem Vorgehen vgl. im Einzelnen *Herrmann* (Fn. 17), S. 133 f.

[26] EuGH NZA 2008, 581 Rn. 103 (Impact); siehe auch schon EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 110 (Adeneler).

[27] Siehe oben 1. Teil, II. 7. c).

[28] BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 20.

[29] Vgl. dazu schon oben im 1. Teil, II. 7. a).

[30] Definition von *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (81).

[31] Vgl. *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (91).

tergrund erscheint es folgerichtig, wenn auch der BGH bei seiner Interpretation des § 439 Abs. 4 BGB nicht beim Wortlaut der Norm stehen bleibt, sondern – in einem zweiten Schritt – das Mittel der Rechtsfortbildung anwendet.[32]

Freilich ist die Abgrenzung zwischen richtlinienkonformer Auslegung im engeren Sinne und richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung nicht immer konsequent durchgeführt worden. So hatte der BGH in der Rechtssache *Quelle* noch in seinem Vorlageschluss keine klare Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung vorgenommen. In der Sache lehnte er eine „einschränkende Auslegung" des § 439 Abs. 4 BGB mit der Begründung ab, ein solches Vorgehen widerspräche „[…] dem Wortlaut und dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers"[33]. Ein weiteres Beispiel bildet die Rechtssache *Heininger*. In der Vorlage war der BGH hier – in Übereinstimmung mit der überwiegenden Auffassung in der Literatur[34] – davon ausgegangen, der Wortlaut des § 5 Abs. 2 HWiG (wie auch der Wille des Gesetzgebers) sei im Hinblick auf den Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 1 HWiG für Realkreditverträge eindeutig.[35] Nach der Entscheidung des EuGH[36] erkannte der BGH dann aber die Mehrdeutigkeit des Gesetzeswortlauts und verhalf auf diese Weise dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung zur Durchsetzung.[37] Ein solches Vorgehen erscheint indes in methodischer Hinsicht fragwürdig: Folgerte man die Mehrdeutigkeit des Normtextes allein aus dem Widerspruch zur Richtlinie, wäre die Wortlautgrenze bei richtlinienkonformer Auslegung faktisch ihrer Funktion beraubt.[38] Bliebe es dagegen – wie im Vorlageschluss – beim Ergebnis der Eindeutigkeit, erfolgte die richtlinienkonforme Auslegung im Wege der Rechtsfortbildung[39]. Deren Elemente wären dann im Einzelnen zu entfalten gewesen.

2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung

a) Voraussetzung der „planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes"

Als Voraussetzung der richtlinienkonformen Fortbildung des nationalen Rechts anerkennt der BGH im *Quelle*-Urteil – im Einklang mit der überkommenen Methodenlehre[40] – das Bestehen einer Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes.[41]

aa) Unvollständigkeit des Gesetzes

An einer Unvollständigkeit des Gesetzes fehlt es zunächst bei der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien. In diesem Fall verfügt das nationale Gericht über eine den in Rede stehenden Sachverhalt gestaltende Rechtsnorm, nämlich die jeweilige Richtlinienbestimmung selbst.[42] Anders liegen die Dinge, wenn die richtlinienrechtlichen Vorgaben, wie regelmäßig, nicht unmittelbar innerstaatlich anwendbar sind. Hier ist von einer Unvollständigkeit des Gesetzes insoweit auszugehen, als die innerstaatliche Rechtslage dem Normbefehl der Richtlinie nicht entspricht. Grund hierfür ist die Vorrangwirkung der Umsetzungsverpflichtung aus Art. 249 Abs. 3 EG. Diese bildet die Legitimation dafür, dass die Richtlinie als *Maßstab* für die Feststellung der Unvollständigkeit des Gesetzes herangezogen werden kann. Die Richtlinie wird dadurch freilich – entgegen einer anderslautenden Auffassung in der Literatur[43] – nicht selbst Bestandteil der Gesamtrechtsordnung.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist es im Ergebnis folgerichtig, wenn es der BGH im *Quelle*-Urteil für die Annahme der Unvollständigkeit des Gesetzes genügen lässt, dass „die Verweisung in § 439 Abs. 4 BGB keine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält und deshalb mit dieser nicht in Einklang steht"[44].

bb) Planwidrigkeit

Die Frage nach der Planwidrigkeit der Unvollständigkeit des Gesetzes ist in erster Linie vom Standpunkt des Gesetzes selbst, d.h. der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht und der mit ihm verfolgten Zwecke zu beantworten.[45] Zur Bestimmung des gesetzgeberischen Regelungsplans bei der

[32] BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 21.

[33] BGH NJW 2006, 3200 (3201). In der Literatur ist insoweit die Ansicht vertreten worden, dass die Vorlage mangels Entscheidungserheblichkeit unzulässig war (vgl. etwa *Herdegen*, Europarecht, 11. Aufl. 2009, § 9 Rn. 49). Der EuGH hat sich dieser Bewertung freilich nicht angeschlossen und auf den Beurteilungsspielraum der mitgliedstaatlichen Gerichte hinsichtlich der Entscheidung über eine Vorlagefrage rekurriert; siehe EuGH, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, Rn. 18 ff. (Quelle) = NJW 2008, 1433.

[34] Vgl. insoweit etwa *Edelmann* BKR 2002, 801 (802); *Habersack*/*Mayer*, WM 2002, 253 (257); *Hochleitner*/*Wolf*/*Großerichter*, WM 2002, 529 (531); *Piekenbrock*/*Schulze* WM 2002, 521 (524); *Sauer*, BB 2002, 431 (432); anders dagegen schon z.B. *Köndgen*, Gewährung und Abwicklung grundpfandrechtlich gesicherter Kredite, 3. Aufl. 1994, S. 32; *Staudinger*, NJW 2002, 653 (655).

[35] BGH NJW 2000, 521 (522).

[36] EuGH, Slg. I 2001, S. 9945 (Heininger), zur Richtlinie 85/577/EWG des Rates v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABL. L. 372, S. 31.

[37] Danach gehören Kreditverträge insoweit nicht zu den Geschäften, die i.S. des § 5 Abs. 2 HWiG die „Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem VerbrKrG" erfüllen, als das VerbrKrG kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht wie das HWiG einräumt. Vgl. BGH NJW 2002, 1881 (1882).

[38] Kritisch insoweit *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1922).

[39] Ähnlich *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409 (1415 f.)

[40] Vgl. etwa *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 31 ff.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005, S. 180 ff.

[41] BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 22.

[42] Vgl. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 415.

[43] Siehe *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (85). Kritisch hierzu auch *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (913).

[44] BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 25.

[45] Vgl. insoweit *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 358.

Richtlinienumsetzung stellen Teile der Literatur[46]– außerhalb des Straf- und Eingriffsrechts[47] – maßgeblich auf den „generellen, d.h. allgemein formulierten Umsetzungswillen“[48] ab.[49] Nach diesem Verständnis liegt eine planwidrige Unvollständigkeit immer dann vor, wenn das Gesetz in objektiver Hinsicht ein „richtlinienwidriges Defizit“ aufweist[50]; die Feststellung der Unvollständigkeit indiziert damit also bereits die Planwidrigkeit. Etwas anderes soll nur im Falle einer bewussten Gehorsamsverweigerung durch den nationalen Gesetzgeber gelten.[51]

In der Rechtssache „Quelle“ würde die Planwidrigkeit der „Regelungslücke“ in § 439 Abs. 4 BGB nach dieser Ansicht somit bereits aus dem (unbewussten) Verstoß gegen Art. 3 VerbrGKRL folgen. Ausreichend wäre insoweit, dass der deutsche Gesetzgeber bei Schaffung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes im Jahre 2001 mit einem allgemeinen Willen zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben gehandelt hat.[52] Auf seine Motive im Hinblick auf die spezifische Regelung des Nutzungsersatzes in § 439 Abs. 4 BGB käme es dagegen nicht an.

Die Begründung der Planwidrigkeit der Unvollständigkeit mit einem derartigen „generellen“ Umsetzungswillen begegnet indes Bedenken, wenn damit eine konkret geäußerte Regelungsabsicht des Gesetzgebers konterkariert wird.[53] Dies war in der Rechtssache „Quelle“ der Fall: Hier hatte sich der deutsche Gesetzgeber in Ansehung von Art. 3 VerbrGKRL in der Sache *bewusst* für die Einführung eines Anspruchs auf Nutzungsersatz bei Ersatzlieferung entschieden.[54] Würde man das Spannungsverhältnis zwischen konkreter Regelungsabsicht und generellem Umsetzungswillen nun einseitig zugunsten des Letzteren auflösen, liefe dies – jedenfalls de facto – auf die Anerkennung einer unmittelbaren (Horizontal-)Wirkung von Richtlinien hinaus. Zudem käme es zu einer nachhaltigen Verschiebung der verfassungsrechtlich fundierten (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG) Funktionsteilung zwischen Judikative und Legislative.[55] Andererseits würde auch ein gänzliches Außerachtlassen des gesetzgeberischen Umsetzungswillens zu kurz greifen. Denn die konkrete Regelungsabsicht im Hinblick auf § 439 Abs. 4 BGB ist gerade aus Anlass der Richtlinienumsetzung entstanden.

Vor diesem Hintergrund erscheint es in der Sache überzeugend, wenn sich der BGH in seinem *Quelle*-Urteil für einen Mittelweg entscheidet: Danach soll es für die Bestimmung der Planwidrigkeit auf den Widerspruch zwischen der konkreten Regelungsabsicht und der „konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers [ankommen]“[56]. Mit diesem vermittelnden Ansatz anerkennt der BGH, dass der Gesetzgeber die Beachtung der konkret getroffenen Sachregelung – Nutzungsersatz auch in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs – nur für den Fall der Richtlinienkonformität gewollt hat. Wäre ihm bekannt gewesen, dass die Vorschrift des § 439 Abs. 4 BGB nicht im Einklang mit der Richtlinie steht, ist auszuschließen, dass er diese in gleicher Weise erlassen hätte.[57] In rechtstatsächlicher Hinsicht erfährt diese These nunmehr durch die Änderung des § 474 Abs. 2 S. 1 BGB n.F. Bestätigung.[58]

Unter methodischen Gesichtspunkten ist indes im Blick zu behalten, dass die Aufspaltung in einen Umsetzungswillen einerseits und eine konkrete Regelungsabsicht andererseits rein hypothetischen Charakter hat. Insbesondere darf nicht außer Acht gelassen werden, dass bei Erlass der nationalen Umsetzungsnorm immer nur ein (Sach-)Wille gebildet wird. Allein hierauf kommt es zur Bestimmung der Teleologie des Gesetzes an. Bei der Umsetzung von Richtlinien kann der gesetzgeberische Wille freilich unter dem Vorbehalt der Richtlinienkonformität stehen. Hiervon ist dann auszugehen, wenn sich – wie im Fall *Quelle* – aus der Entstehungsgeschichte zweifelsfrei ergibt, dass der Gesetzgeber die Norm nicht in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass diese nicht im Einklang mit der Richtli-

[46] Vgl. *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (85); *Franzen* (Fn. 42), S. 419 f.; *Krieger*, Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts, 2005, S. 288; *Langenbucher* (Fn. 17), § 1 Rn. 92; *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 72 f.; *Roth*, EWS 2005, 385 (395); *Schnorbus*, AcP 201 (2001), 861 (896).

[47] Siehe dazu *Roth*, EWS 2005, 385 (395).

[48] Zur Definition vgl. BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 25.

[49] Noch weitergehend *Herrmann* (Fn. 17), S. 138 ff. (141), der allein auf den Willen der Gemeinschaftsinstitutionen abstellt und die (entgegenstehende) Absicht des nationalen Gesetzgebers nach Ablauf der Umsetzungsfrist als unbeachtlich ansieht. Ein solcher Ansatz erscheint freilich nur dann überzeugend, wollte man den aus Art. 249 Abs. 3 EG resultierenden Vorrang nicht nur im Sinne einer prozeduralen Verpflichtung zur Umsetzung der Zielvorgaben der Richtlinie, sondern als *inhaltlichen* Vorrang des Richtlinienziels selbst verstehen. Dem steht indes entgegen, dass Ziel und Ergebnis der Richtlinie nicht zu trennen sind, was auch ein Vergleich der unterschiedlichen Sprachfassungen des Art. 249 Abs. 3 EG belegt (z.B. „result“, „résultat“, „resultado“, „risultato“; grundlegend *Ipsen*, in: Festschrift für Carl Friedrich Ophüls, 1965, S. 67 [73 f.]). Vor diesem Hintergrund liefe die vollständige Negierung des Willens des nationalen Gesetzgebers auf eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien hinaus.

[50] Vgl. *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (85); *Franzen* (Fn. 42), S. 416 (419).

[51] Zu dieser Ausnahme *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (85 f.); *Roth*, EWS 2005, 385 (396).

[52] Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 79.

[53] *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 258 f.

[54] BT-Drs. 14/6040, S. 232 f. (Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz).

[55] *Herdegen*, WM 2005, 1921 (1929).

[56] BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 25.

[57] *Ibidem*.

[58] Das gesetzgeberische Vorgehen war schon insofern angezeigt, als die richtlinienkonforme Auslegung nicht als dauerhafter Umsetzungsersatz dienen kann. Vgl. dazu oben 1. Teil, II. 8.

nie steht.[59] Ein generell formulierter Umsetzungswille kann für die Annahme eines solchen „Vorbehalts der Richtlinienkonformität“ freilich *nicht* ausreichen. Insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber die drohende Richtlinienwidrigkeit einer nationalen Umsetzungsnorm nicht erkannt hat, bleibt nämlich offen, ob er für diesen Fall den Gehorsam verweigert oder eine richtlinienkonforme Regelung erlassen hätte. Die Antwort darauf obliegt nicht dem Richter, sondern allein dem Gesetzgeber selbst.

Auch die Rechtsprechung des EuGH lässt sich für ein vorrangiges Abstellen auf den generellen Umsetzungswillen – im Verhältnis zur konkreten Regelungsabsicht – nicht heranziehen[60]: Zwar stellt der Gerichtshof in den Urteilen *Wagner Miret*[61] und *Pfeiffer*[62] fest, dass die nationalen Gerichte bei der Auslegung und Anwendung umgesetzten Rechts davon auszugehen haben, „dass der Staat die Absicht hatte, den sich aus der betreffenden Richtlinie ergebenen Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen“. Im Urteil *Björnekulla Fruktindustrier AB* betont der Gerichtshof zudem, dass die richtlinienkonforme Auslegung auch „ungeachtet entgegenstehender Auslegungshinweise, die sich aus den vorbereitenden Arbeiten zu der nationalen Regelung ergeben könnten“, zu erfolgen habe.[63] Wollte man diesen Urteilen nun im Wege einer *Zusammenschau*[64] einen Vorrang des generellen Umsetzungswillens vor der konkreten Regelungsabsicht entnehmen und dies auch auf die Rechtsfortbildung übertragen[65], wäre dem zu widersprechen: Ein solches Verständnis liefe dem klaren Bekenntnis des EuGH zuwider, wonach die Gerichte nicht zu einer richtlinienkonformen Auslegung „contra legem des nationalen Rechts“ gezwungen sind. Die vom Gerichtshof explizit anerkannte Maßgeblichkeit der nationalen Methodenlehre[66] würde konterkariert. In gemeinschaftsrechtlicher Perspektive drohte zudem eine Umgehung des Verbots der horizontalen Direktwirkung.

cc) Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass für die Bestimmung der Planwidrigkeit ein generell formulierter Umsetzungswille des Gesetzgebers keine Rolle spielen kann. Für die Bestimmung des gesetzgeberischen Plans ist vielmehr die konkret geäußerte Regelungsabsicht entscheidend. Diese kann bei der Umsetzung von Richtlinien freilich unter dem Vorbehalt der Richtlinienkonformität stehen. Für den Fall „Quelle“ ergibt sich insoweit aus der Gesetzesbegründung zu § 439 Abs. 4 BGB eindeutig, dass der Gesetzgeber gerade auch im Hinblick auf den Nutzungsersatz eine richtlinienkonforme Regelung schaffen wollte. Hieraus folgte die Planwidrigkeit der Unvollständigkeit des Gesetzes.

b) Instrumente der Lückenfüllung

Liegt im Einzelfall eine „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzes vor, sind die Gerichte beauftragt, diese „nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“[67] zu schließen. Klassische Instrumente der Lückenfüllung sind neben der Analogie auch die teleologische Extension bzw. Reduktion der Norm. Handelt es sich um die Ausfüllung einer richtlinienbedingten Unvollständigkeit des Gesetzes, muss der Rechtsanwender erneut die Vorgaben der Richtlinie beachten.[68] Der richterliche Spielraum ist dabei zugunsten einer mit dem Gemeinschaftsrecht übereinstimmenden Lösung auszuüben.[69] Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung wirkt demnach – ebenso wie die richtlinienkonforme Auslegung im engeren Sinne – als *Vorrangregel*.[70]

Zentrales Instrument[71] der Lückenausfüllung im Rahmen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ist die teleologische Reduktion einer Norm.[72] Hierdurch kann den Richtlinienvorgaben durch eine einschränkende Anwendung der fraglichen Vorschrift des nationalen Rechts entsprochen werden. Dementsprechend hat der BGH im *Quelle*-Urteil eine teleologische Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB im Lichte von Art. 3 VerbrGKRL vorgenommen: Die Vorschrift sei für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs einschränkend dahingehend anzuwenden, dass die in Bezug genommenen Rücktrittsvorschriften nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst eingreifen.[73] Dagegen müsse ein Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz ausscheiden.[74]

c) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung contra legem

aa) Grundsätze

Als Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung anerkennt der EuGH, wie gezeigt[75], neben den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem Rückwirkungsverbot, auch die sich allein aus nationalem Recht ergebenden Auslegungsschranken. Nach nationaler Methodenlehre und höchstrichterlicher Rechtsprechung liegt ein Fall unzulässiger Rechtsfortbildung allgemein dann

[59] BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 25.
[60] In diesem Sinne aber *Roth*, EWS 2005, 385 (389).
[61] Vgl. EuGH, Slg. I 1993, S. 6911 Rn. 20 (Wagner Miret).
[62] EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 112 (Pfeiffer u.a.).
[63] EuGH, Slg. I 2004, S. 5791 Rn. 13 (Björnekulla Fruktindustrier AB).
[64] Vgl. dazu im Einzelnen *Roth*, EWS 2005, 385 (389).
[65] Für die Auslegung im engeren Sinne erscheinen die Aussagen des EuGH „wenig spektakulär“. Siehe insoweit *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (912).
[66] EuGH, Slg. I 2006, S. 6057 Rn. 110 f. (Adeneler).
[67] BVerfGE 9, 338 (349); 34, 269 (287).
[68] *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (89).
[69] *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (915).
[70] *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (914).
[71] Siehe für Beispiele einer Analogie bzw. teleologischen Reduktion *Herresthal*, EuZW 2007, 396 (397 m. Fn. 19).
[72] Dadurch wird eine nach ihrem eindeutigen Wortsinn zu weit gefasste Norm auf den ihr nach dem Regelungszweck oder Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt. Zur Definition siehe *Larenz* (Fn. 45), S. 391.
[73] BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 26.
[74] *Ibidem*.
[75] Dazu bereits oben 1. Teil, II. 7. c).

vor, wenn neben dem eindeutigen Wortlaut auch der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachte klar erkennbare Wille des Gesetzgebers entgegensteht. Ein Contra-Legem-Judizieren ist demnach dann gegeben, wenn es bereits an der planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes fehlt. In diesem Fall sind die Voraussetzungen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung nicht erfüllt bzw. die „internen" Grenzen dieser Rechtsfigur erreicht.

Besteht nach den o.g. Grundsätzen dagegen eine planwidrige Regelungslücke, so sind die „externen" Grenzen maßgeblich. Danach ist eine Korrektur der nationalen Vorschrift im Wege der Rechtsfortbildung dann „contra legem des nationalen Rechts", wenn sie zum vollständigen Funktionsverlust der Norm bzw. eines ihrer Tatbestandsmerkmale führen würde.[76] In Rede stünde dann nämlich nicht mehr eine teleologische Reduktion, sondern eine außerhalb der Kompetenz der Rechtsprechung liegende, dem Grundsatz der Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG)[77] zuwiderlaufende faktische Derogation der Norm.

bb) Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB

Die im *Quelle*-Urteil vorgenommene teleologische Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB bewegt sich innerhalb der „externen" Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung. Der BGH argumentierte hier zunächst damit, dass die Regelung einen Anwendungsbereich in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs hinsichtlich der Verweisung auf die Rücktrittsvorschriften über die Rückgewähr der mangelhaften Sache behalten habe.[78] Zwar ließ sich hiergegen einwenden, dass es für den Verbrauchsgüterkauf zu einem Funktionsverlust des Verweises auf den Nutzungsersatzanspruch in § 346 Abs. 1 BGB kam. Eine vollständige Derogation dieses „Tatbestandsmerkmals" war damit aber nicht verbunden. Vielmehr blieb § 439 Abs. 4 BGB für Kaufverträge außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs *insgesamt* weiterhin anwendbar. Dies betonte auch der BGH.[79]

Im Übrigen entspricht das Urteil des BGH auch den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Rechtlich geschützte Positionen der Parteien, in die durch richtlinienkonforme Rechtsfortbildung eingegriffen würde, waren hier angesichts der vielfältigen Kritik an der Regelung des § 439 Abs. 4 BGB nicht ersichtlich. Seitens des Schrifttums war bereits im Vorfeld der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Quelle* eine teleologische Reduktion der Vorschrift vorgeschlagen bzw. ihre Richtlinienkonformität in Zweifel gezogen worden.[80] Dem BGH ist daher beizupflichten, wenn er betont, dass eine uneingeschränkte Anwendung des § 439 Abs. 4 BGB vor diesem Hintergrund nicht als gesichert angesehen werden konnte.[81]

3. Auslegung und Rechtsfortbildung bei überschießender Richtlinienumsetzung

a) Einheitliche oder gespaltene Auslegung?

Abschließend bleibt die Frage zu klären, ob die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bzw. Rechtsfortbildung auch für den Bereich überschießender Richtlinienumsetzung zum Tragen kommt. Gemeinschaftsrechtlich existieren hierzu, wie gesehen[82], keine Vorgaben. Vielmehr richtet sich die Entscheidung, ob eine einheitliche oder gespaltene Auslegung vorzunehmen ist, grundsätzlich allein nach nationalem Recht.[83] Der Richter muss dabei die Vorgaben der Richtlinie auch außerhalb ihres Anwendungsbereichs im Rahmen einer interpretatorischen Gesamtabwägung als „eines von mehreren Kriterien"[84] berücksichtigen.[85] Im Einzelfall kann sich aus dem „Einheitlichkeitswillen"[86] des nationalen Gesetzgebers ein Gebot der richtlinienkonformen Auslegung *kraft nationalen Rechts* ergeben. Abzulehnen ist dagegen eine – aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende – verfassungsrechtliche Pflicht zur einheitlichen Auslegung.[87] Dass das Gebot der Normbestimmtheit und Normklarheit durch eine gespaltene Auslegung nicht zwangsläufig beeinträchtigt wird[88], zeigt sich gerade am Beispiel der Rechtsfortbildung: Hier ist die unterschiedliche Behandlung von Anwendungsfällen der Norm etwa notwendige Folge einer teleologischen Reduktion.

b) Einheitliche Auslegung des Verbraucherbegriffs

In Anwendung der zuvor genannten Grundsätze war im *Quelle*-Urteil zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber bei der

[76] Vgl. *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (94); offen gelassen von BGH, Urt. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 29. Weitergehend *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 321 ff., der für eine Erweiterung des Aufgabenbereichs der nationalen Gerichte plädiert. Hiergegen aber überzeugend *Canaris* (Fn. 4), S. 41 (58 mit Fn. 61); *Schürnbrand*, JZ 2007, 910 (917).

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

[78] BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 Rn. 29.

[79] *Ibidem*.

[80] Siehe dazu die Nachweise im 1. Teil unter I.

[81] BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 Rn. 33.

[82] Vgl. dazu oben 1. Teil, II. 3.

[83] Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn bei einer gespaltenen Auslegung die Wirksamkeit der Richtlinienvorschriften beeinträchtigt würde.

[84] So *Hommelhoff*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II, 2000, S. 888 (916); vgl. auch *Canaris*, JZ 2003, 831 (837).

[85] Vgl. dazu *Canaris* (Fn. 13), S. 47 (74); *Hommelhoff* (Fn. 84), S. 888 (915 f.: „quasi-richtlinienkonforme Auslegung"); *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545 (549).

[86] Zu diesem jetzt BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 27. Nach Ansicht von *Roth* (Fn. 11), S. 847 (883) ist ein Einheitlichkeitswille regelmäßig zu vermuten. Siehe insoweit auch *Lutter*, in: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2005, S. 571 (576 f.)

[87] So auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zum EG-Vertrag, 21. EL, 2003, Art. 249 EG Rn. 151; a.A. *Bärenz*, DB 2003, 375 f.; *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1408 (1416).

[88] Exemplarisch für einen Ausnahmefall siehe BVerfG NJW 2005, 2363 (2371) (Staat-Bürger-Verhältnis). Die Entscheidung generalisierend *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1408 (1416).

Umsetzung der VerbrGKRL in § 13 BGB einen einheitlichen nationalen Verbraucherbegriff schaffen wollte.[89] Dabei umfasst § 13 BGB – anders als der enge Verbraucherbegriff in Art. 1 Abs. 2 lit. a VerbrGKRL – auch solche Rechtsgeschäfte, die vom Verbraucher im Rahmen einer unselbständigen beruflichen Tätigkeit vorgenommen werden.[90] Dieser Wille des Gesetzgebers in Bezug auf einen einheitlichen Verbraucherbegriff rechtfertigt es nach Ansicht des BGH, auch die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB auf *sämtliche* Konstellationen des Verbrauchsgüterkaufs, d.h. auch solche, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 2 lit. a VerbrGKRL fallen, zu erstrecken.[91] Hiermit wurde für den Bereich der überschießenden Umsetzung der Richtlinie insoweit ein einheitliches Verständnis des § 439 Abs. 4 BGB erreicht.

Überzeugen kann ein derartiges Zurücktretenlassen der konkreten Regelungsabsicht des Gesetzgebers – Nutzungsersatz bei Nachlieferung – hinter seinen Einheitlichkeitswillen freilich nur aufgrund der faktischen Unteilbarkeit der Verbrauchereigenschaft. Eine gespaltene Auslegung würde hier nicht nur zur unterschiedlichen Behandlung von Sachverhalten innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie, sondern zu einer divergierenden Auslegung des Verbraucherbegriffs an sich führen. Im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr einer „Rückwirkung" auf das Gemeinschaftsrecht[92] steht die effektive Durchsetzung der Wirksamkeit der Richtlinienvorschriften in Frage. Vor diesem Hintergrund erschiene es vertretbar, im vorliegenden Fall sogar von einer *gemeinschaftsrechtlichen* Pflicht zur einheitlichen Auslegung auszugehen.

c) Keine einheitliche Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB für sämtliche Kaufverträge

Über die einheitliche Auslegung des Verbraucherbegriffs hinaus stellte sich der BGH im *Quelle*-Urteil die weitergehende Frage nach einer möglichen Erstreckung der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB auf diejenigen Fälle, in denen kein Verbrauchsgüterkauf i.S.v. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vorlag. Insoweit war zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2001 die Vorgaben der VerbrGKRL bewusst auf sämtliche Arten von Kaufverträgen übertragen hatte.[93] Die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB galt demnach nicht nur für Verbrauchsgüterkäufe, sondern auch für Verträge zwischen Verbrauchern bzw. Unternehmern. Auch in diesen Bereichen lag mithin eine überschießende Umsetzung der Richtlinie vor.

Eine einheitliche Rechtsfortbildung des § 439 Abs. 4 BGB über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus musste hier allerdings an der entgegenstehenden konkreten Regelungsabsicht des Gesetzgebers im Hinblick auf die Gewährung von Nutzungsersatz scheitern. Anders als bei § 13 BGB konnte insoweit auch nicht auf einen, von dem Gedanken der Unteilbarkeit getragenen, Einheitlichkeitswillen abgestellt werden.[94] Vielmehr hatte der deutsche Gesetzgeber lediglich die generelle Absicht bekundet, aus Anlass der Richtlinienumsetzung auch eine umfassende Modernisierung des Schuld- und Verjährungsrechts vorzunehmen.[95] Wollte man nun annehmen, der Gesetzgeber habe für den Fall, dass ihm die Richtlinienwidrigkeit des § 439 Abs. 4 BGB bewusst gewesen sei, auch für den überschießend umgesetzten Teil eine „richtlinienkonforme" Lösung gewollt, liefe dies auf die Ermittlung eines rein *hypothetischen* Willens hinaus.[96] Ein solches Vorgehen ist abzulehnen. Vielmehr wahrt allein das Abstellen auf die konkret geäußerte Regelungsabsicht die Funktionsteilung zwischen Legislative und Judikative.

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, wenn auch der BGH im *Quelle*-Urteil – im Wege eines obiter dictum – die Erstreckung der teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB auf Fälle, in denen kein Verbrauchsgüterkauf vorlag, ablehnte.[97] In rechtstatsächlicher Hinsicht wird dieser Standpunkt durch § 474 Abs. 2 S. 1 BGB n.F. bestätigt. Hierdurch wird der Nutzungsersatzanspruch nur für den Verbrauchsgüterkauf ausgeschlossen.

4. Zusammenfassung

Das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung ist als (interpretatorische) Vorrangregel sowohl bei der Auslegung im engeren Sinne als auch bei der richterlichen Rechtsfortbildung zu beachten. Der nationale Richter ist aufgefordert, „im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten […]"[98]. Dabei ist er aber nicht zu einer Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts „gezwungen". Im Urteil *Quelle* ist der BGH – auf Grundlage der Vorgaben der nationalen Methodenlehre – insoweit zu einer teleologischen Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB gelangt. Dabei hat er im Ergebnis überzeugend das Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes bejaht. Dem Konstrukt eines generellen Umsetzungswillens ist der BGH nicht gefolgt. Vielmehr hat er entscheidend darauf abgestellt, dass der Gesetzgeber die konkrete Sachregelung nur für den Fall der Richtlinienkonformität gewollt hat.

[89] Vgl. insoweit BT-Drs. 14/3195, S. 32.
[90] Dagegen schließt gem. Art. 1 Abs. 2 lit. a VerbrGKRL jeglicher Bezug zu einer beruflichen Tätigkeit die Verbrauchereigenschaft aus. Vgl. dazu *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, § 13 BGB Rn. 3.
[91] BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 27; in diesem Sinne bereits *Herresthal*, NJW 2008, 2475 (2477).
[92] Zu dieser Wechselwirkung vgl. *Roth* (Fn. 11), S. 847 (884).
[93] Vgl. im Einzelnen *Weidenkaff* in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 68. Aufl. 2009, § 439 BGB Rn. 2.
[94] Anders *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409 (1417).
[95] BT-Drs. 14/6040, S. 79.
[96] Kritisch auch *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545 (551).
[97] BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 28.
[98] EuGH, Slg. I 2004, S. 8835 Rn. 114 (Pfeiffer u.a.).

IV. Fazit

Mit Blick auf die im 1. Teil des Beitrags eingangs aufgeworfenen Fragen ergibt sich nunmehr folgendes Bild: Das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung umfasst neben der Auslegung im engeren Sinne auch eine richterliche Rechtsfortbildung über den Wortlaut hinaus. Was die methodischen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung angeht, macht das EG-Recht keine Vorgaben, sondern überlässt deren Bestimmung dem nationalen Recht. Insbesondere lässt sich der Rechtsprechung des EuGH keine Vorprägung des Elements der „Planwidrigkeit" einer Unvollständigkeit des Gesetzes entnehmen. Die substantielle Bedeutung der deutschen Methodenlehre würde unterminiert, wollte man von einem Hineinwirken des gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgedankens in die einzelnen Kriterien der Rechtsfortbildung ausgehen. Der für die Planwidrigkeit maßgebliche Wille des Gesetzgebers bestimmt sich grundsätzlich nach der konkret geäußerten Regelungsabsicht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich aus der Entstehungsgeschichte zweifelsfrei ein „Vorbehalt der Richtlinienkonformität" ergibt. Dieser Sichtweise entspricht es, wenn auch der BGH im *Quelle*-Urteil gerade nicht auf die generell formulierte Umsetzungsabsicht, sondern entscheidend auf den „konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungs[willen]" abstellt.

Der Gewahrsamswechsel im fremden Machtbereich beim Raub

Schaffung einer Gewahrsamsenklave infolge einer Nötigungssituation

Von Wiss. Mitarbeiter **Mathias Hütwohl**, Gießen*

I. Einleitung

Besondere Probleme bereitet bei der Beurteilung der Tatvollendung im Rahmen der Zueignungsdelikte immer wieder das dem Wegnahmebegriff immanente Kriterium des Gewahrsamswechsels. Dies insbesondere in den Konstellationen, bei denen sich der auf die Sache zugreifende Täter innerhalb einer fremden (räumlichen) Herrschaftssphäre (z.B. Ladenlokal, Lagerraum etc.) befindet.

Nimmt der potentielle Dieb oder Räuber unter diesen Gegebenheiten eine mögliche Tathandlung vor, könnte man bei oberflächlicher Betrachtung meinen, dass er schwerlich neuen Gewahrsam begründen kann, zumal er die Sachherrschaft am Tatobjekt nicht ohne Behinderung durch den aktuellen Gewahrsamsinhaber auszuüben vermag. Jedoch sind – wie allgemein anerkannt ist – Konstellationen denkbar, in denen der Täter bereits innerhalb einer fremden Herrschaftssphäre bestehenden Gewahrsam brechen und neuen begründen kann. Den dogmatischen Ansatz hierfür bildet die Anerkennung einer sog. Gewahrsamsenklave als räumlich engere Sphäre innerhalb einer weiteren, durch deren Schaffung letztlich der Gewahrsamswechsel herbeigeführt und eine Vollendung der Wegnahme bewirkt wird.[1]

Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob eine Gewahrsamsenklave innerhalb eines fremden Machtbereichs auch durch eine Nötigungssituation begründet werden kann. Relevanz dürfte dies ausschließlich im Rahmen des § 249 StGB entfalten. Dabei werden beispielhaft Konstellationen begutachtet, die zum einen die Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben und zum anderen die Anwendung von Gewalt gegen eine Person, als qualifizierte Nötigungsmittel des Raubes betreffen.

In Rechtsprechung und Literatur wurde diese Frage – soweit ersichtlich – bisher noch nicht behandelt.

Zur Darstellung und Erläuterung der Problematik soll folgendes Beispiel dienen:

A bedroht den Geschäftsinhaber G in dessen Geschäft mit einem Revolver, um ein LCD-Fernsehgerät (Größe: 80 x 60 cm) – das G zufällig in den Händen hält – zu erlangen. Seinem Begehren verleiht er mit den Worten Nachdruck, er werde G erschießen, falls dieser das Gerät nicht herausgebe. Völlig entsetzt über die offensichtliche Brutalität des A erstarrt G vor Angst und verharrt regungslos unter Furcht um sein Leben. A nutzt diese Zwangslage, entreißt G das Fernsehgerät und rennt in Richtung des Notausganges. Von plötzlichen Gewissensbissen erfasst, bereut A sein Tun und stellt das Fernsehgerät – bevor er das Geschäft verlässt – am Notausgang ab.

II. Schaffung einer Gewahrsamsenklave

1. Allgemein zum Gewahrsamswechsel

Unter Wegnahme wird – nach allgemein anerkannter Definition – der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams verstanden.[2] Mit der Ausführung dieser Handlungen, die auch zusammenfallen können[3], ist die Wegnahme vollendet. Gewahrsam wird verstanden als die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen und deren Reichweite von der Verkehrsauffassung bestimmt wird.[4]

Anknüpfungspunkt für die Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt der Täter in einer fremden Herrschaftssphäre neuen Gewahrsam begründet hat, ist mithin eine wertende Betrachtung nach der Verkehrsanschauung, basierend auf den Anschauungen des täglichen Lebens.[5] Aufgrund des vorherrschenden generellen Gewahrsamswillens, der dem Inhaber eines räumlichen Machtbereichs unterstellt wird, befinden sich alle Gegenstände in der räumlichen Gewahrsamssphäre des Inhabers des Machtbereichs und sind daher dessen Gewahrsam zuzuordnen.[6]

Für die Begründung neuen Gewahrsams soll generell entscheidend sein, ob der Täter die tatsächliche Sachherrschaft in einer Weise erlangt hat, die es ihm ermöglicht, sie ohne Behinderung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber auszuüben und dieser seinerseits nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne die Verfügungsmacht des Täters zu beseitigen.[7]

---

* Der *Verf.* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. *Dr. Bernd Hecker* (Strafrecht und Strafprozessrecht II) an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Besonderer Dank gilt Herrn Prof. *Dr. Bernd Hecker*, der dieses Projekt durch ständige Diskussionsbereitschaft, wertvolle Diskussionen und Anregungen unterstützt hat.

[1] Vgl. hierzu RGSt 52, 76; BGH NJW 1970, 1196; NJW 1990, 1492; ausführlich: *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 2 Rn. 24 f.

[2] *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 242 Rn. 2; *Rengier*, (Fn. 1) § 2 Rn. 10; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 242 Rn. 10; *Weber*, in: Arzt/ders., Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 13 Rn. 37; Zu einer neuen Auslegungskonzeption der Wegnahme: *Rotsch*, GA 2008, 65.

[3] Bspw. im Falle des Verbergens von zwei Sakkos unter dem Mantel (OLG Düsseldorf NJW 1990, 1492); Nach *Eser* (Fn. 2), § 242 Rn. 43, stellt das Zusammenfallen von Bruch und Begründung neuen Gewahrsams eine Regelmäßigkeit dar.

[4] Diese Definition entspricht der h.M: BGHSt 22, 182; 16, 271 (273); 23, 254 (255); *Eser* (Fn. 2), § 242 Rn. 23; *Weber* (Fn. 2), § 13 Rn. 39; *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 2), § 242 Rn. 11.

[5] Vgl. BGHSt 23, 254 (255); *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 13; *Eser* (Fn. 2), § 242 Rn. 23; *Weber* (Fn. 2), § 13 Rn. 39.

[6] *Eser* (Fn. 2), § 242 Rn. 24; *Fischer* (Fn. 2), § 242 Rn. 13; *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 14.

[7] BGH MDR 55, 145; BGHSt 16, 271 (273 ff.); *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 23 f.; *Fischer* (Fn. 2), § 242 Rn. 17; *Eser* (Fn. 2), § 242 Rn. 38.

Ein Gewahrsamswechsel wird durch die im fremden räumlichen Machtbereich stets gegebene Behinderungsmöglichkeit des Inhabers der Herrschaftssphäre erschwert. Dennoch erscheint ein solcher nicht unmöglich:

2. Verbringen der Sache in den „Tabubereich"

Von einem vollendeten Gewahrsamswechsel im fremden Machtbereich kann nach der Verkehrsauffassung schon dann ausgegangen werden, wenn der Täter in einem Kaufhaus oder Selbstbedienungsladen kleinere und leicht transportable Gegenstände in eine höchstpersönliche Sphäre verbringt.[8] Dies ist denkbar, wenn er die Sache unter seiner Kleidung verbirgt, in eine Tasche steckt oder sie unter Umständen nur ergreift und festhält. Begründet werden kann dieser Standpunkt damit, dass diese höchstpersönliche (Körper-)Sphäre mit einem besonderen „Tabu" belegt ist, dessen Verletzung im Falle eines Wiederbeschaffungsversuches ein Eindringen bezogen auf die höchstpersönliche Sphäre darstellt, was nach allgemeiner Lebenserfahrung besondere Widerstände zu Tage fördert oder fördern würde.

Im obigen Beispielsfall gelangt man im Rahmen des (nach allen Ansichten einschlägigen) § 249 StGB zum Tatbestandsmerkmal der Wegnahme.[9] Hier stellt sich die Frage, ob – und wenn ja zu welchem Zeitpunkt – A Gewahrsam an dem Fernsehgerät erlangt und somit die Wegnahme vollendet hat. Sicherlich kann spätestens im Falle eines Passierens des Ausganges ein Gewahrsamswechsel angenommen werden.[10]

A hat den Herrschaftsbereich des G jedoch ohne das Fernsehgerät verlassen. Fraglich ist deshalb, ob A überhaupt einen Gewahrsamswechsel herbeigeführt hat. Dazu müsste er fremden Gewahrsam gebrochen und neuen begründet haben. Legt man zugrunde, dass es zur Beurteilung des Vorliegens einer Wegnahme auf eine wertende Betrachtung nach allgemeiner Verkehrsauffassung ankommt, kann Folgendes konstatiert werden:

Aufgrund der Größe konnte A das Fernsehgerät nicht schon durch das Ansichnehmen in seine höchstpersönliche Sphäre verbringen und hierdurch eine Gewahrsamsenklave begründen.[11] Dieses Ergebnis entspricht der bisherigen restriktiven Praxis der Rechtsprechung bei der Beurteilung, ob ein Gewahrsamswechsel im fremden räumlichen Machtbereich erfolgt ist.[12] Diese Tendenz zeigt sich gerade im Rahmen der Prüfung der Gewahrsamsbegründung bei größeren Tatobjekten, die nicht in den Tabubereich verbracht werden können.[13]

3. Gewahrsamsbegründung infolge einer Drohungssituation

Jedoch bietet sich noch ein weiterer Ansatz für eine etwaige Enklavenschaffung: Entscheidend ist – wie bereits festgestellt –, dass der neue Gewahrsamsinhaber die Herrschaft über die Sache ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu brechen. Ist dies der Fall, so kann bei wertender Betrachtung von einer Gewahrsamsneubegründung gesprochen werden.

a) Besondere Negativumstände

Im Beispielsfall sieht sich G einer Bedrohung mit einem Revolver ausgesetzt. Allein dies ist für einen „normalen" Menschen in seiner Alltagsumgebung – und generell – ein äußerst belastender Umstand, der sich sowohl in physischer als auch psychischer Weise negativ manifestiert. Hinzu tritt das verbale Inaussichtstellen der Tötung. Das Bewusstsein des Befindens in akuter Lebensgefahr, lässt den Raubgegenstand aus dem primären Fokus des Bedrohten weichen, in den als oberstes Interesse vielmehr die Bewahrung des eigenen Lebens tritt. Bei lebensnaher Betrachtung wird das Opfer, das sich einem erkennbar gewaltbereiten Täter gegenübersieht, von einem Zugriffsversuch auf die in der Hand des Täters befindliche Sache absehen, zumal eine solche Handlung mit einer (offensichtlichen) Gefahr für Leib oder Leben verbunden wäre.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Drohende, ungeachtet des Umstandes, dass er sich in einem fremden räumlichen Machtbereich befindet, die Sache derart erlangt hat, dass er sie ohne Hinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben kann. Insbesondere kann auf der Basis einer faktischen Reflexion daher auch von einer vollständigen Aufhebung der Herrschaftsgewalt des bisherigen Gewahrsamsinhabers gesprochen werden.[14] Dieses Ergebnis

---

[8] BGHSt 23, 254 (255); *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 5. Aufl. 2008, § 2 Rn. 46; *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 25.

[9] Hier muss – aus im Folgenden aufgeführten Gründen – mit der Prüfung eines vollendeten Delikts begonnen werden. Auf den ebenfalls einschlägigen § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 1. Alt., Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. StGB sei hier nur hingewiesen.

[10] *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 26.

[11] Vgl. zum Gewahrsamserlangung bei sperrigen oder mehreren Gegenständen: BGH NStZ 1981, 435 f. (Tresor); hinsichtlich des entscheidenden Merkmals der Größe: *Eser* (Fn. 2), § 242 Rn. 39; *Kindhäuser* (Fn. 8), § 2 Rn. 47; *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 26.

[12] Vgl. neben den Nachweisen in Fn. 13, das Urteil des BGH vom 29.09.1953 – 1 StR 254/53 (Leitsatzabdruck im Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von *Lindenmaier/Möhring*, § 242 Nr. 11; Hier entschied der BGH, dass der Verkäufer bei einem vereinbartem Barkverkauf selbst dann noch Mitgewahrsam an einem veräußerten Kleidungsstück haben kann, wenn der Käufer es zwecks Mitnahme angezogen habe, sich dabei aber noch in den Geschäfträumen befände; nach *Eser* (Fn. 2), § 242 Rn. 40 a.E. vermochte selbst eine Bedrohung der Verkäuferin mit einer Waffe dieses Ergebnis nicht zu beeinträchtigen; außerdem: BGH GA 66, 244; JR 63, 466; OLG Hamm NJW 1954, 523 und OLG Düsseldorf NJW 1961, 1368 (1369).

[13] Vgl. jüngst: BGH NStZ 2008, 624 (Laptop); BGHSt 23, 254 ff.; BGH NStZ 1981, 435 (436); *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 26 ff.; *Eser* (Fn. 2), § 242 Rn. 39. Nach den Anschauungen des täglichen Lebens kann sich der Gewahrsamsverlust etwa auch beim Passieren des Kassenbereichs vollziehen, hierzu: OLG Köln NJW 1984, 810; *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 26.

[14] *Eser* (Fn. 2), § 242 Rn. 38; vgl. zu der Voraussetzung der vollständigen Aufhebung der Herrschaftsmacht: OLG Köln

erscheint – vor dem Hintergrund einer auf der Verkehrsauffassung beruhenden wertenden Betrachtung – nur sachgerecht, wobei jedoch immer die Umstände des konkreten Einzelfalles einzubeziehen sind.

b) Kriminalpolitische Erwägungen und allgemeine Grundsätze

Für die Anerkennung einer Gewahrsamsenklave sprechen zudem kriminalpolitische Gesichtspunkte: Die frühzeitige Differenzierung zwischen Versuch und Vollendung und damit die Festlegung des Zeitpunktes der Vollendung ist gerade entscheidend bei der (vorliegend bedenklichen) Frage des Gewährens eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch bei freiwilliger Tataufgabe noch im fremden Machtbereich. Ein solcher ist nach § 24 Abs. 1 StGB generell nur dann möglich, wenn die Tat nicht schon vollendet ist.[15]

Im Falle einer Drohungssituation kann ein Rücktritt gem. § 24 Abs. 1 StGB nur dann möglich sein, wenn der Täter die Sache noch nicht erlangt hat, da das Versuchsstadium der Tat faktisch im Moment des Ansichnehmens (d.h. Erlangung der tatsächlichen Herrschaftsgewalt) abgeschlossen ist. Ließe man hingegen die Versuchsphase bis zum Verlassen des Machtbereichs andauern, würde der Zeitraum einer möglichen Versuchsstrafbarkeit und somit der einer potentiellen Rücktrittsmöglichkeit – in unnötiger, täterbegünstigender Weise – zu weit gedehnt. Dies erscheint kaum haltbar, zumal der Unrechtsgehalt einer (geplanten, d.h. durch Zueignungsabsicht untermalten) Wegnahme bereits in der – durch Drohung erzwungenen – tatsächlichen Besitzerlangung der Sache zu Tage tritt.

Zum anderen ist die genaue Bestimmung des Zeitpunkts der Vollendung der Wegnahme für die Frage eines im Anschluss begangenen räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) von Bedeutung.[16] Setzt nämlich der Täter beim Verlassen des fremden Machtbereich ein qualifiziertes Nötigungsmittel ein, um den Besitz an der Beute zu verteidigen, so ist nur im Falle der Vollendung der Wegnahme der Weg zu einer vollendeten Tat gem. § 252 StGB eröffnet.[17] Die Anwendbarkeit des räuberischen Diebstahls stellt sich zwar aus kriminalpolitischen Erwägungen, aufgrund des Strafmaßes im Vergleich zum (einfachen) Raub nicht als zwingend dar, jedoch wäre der Rechtsanwender im Falle des Nichtannehmens einer Wegnahmevollendung beim Raub mit handlungsbezogenen Abgrenzungsschwierigkeiten konfrontiert.[18] So würde sich die Frage stellen, ob im Rahmen eines versuchten (schweren) Raubes[19] z.B. die Drohungshandlungen gegen den Gewahrsamsinhaber und gegen den Dritten innerhalb einer Raubtat zu erfassen sind, wobei beide Komplexe für sich gesehen eigenständige Nötigungsqualität aufweisen (§ 240 Abs. 1 StGB) und die zweite (gg. den Dritten) vom Erscheinungsbild § 252 StGB zuzuordnen ist. Die Probleme dieser Konstellation potenzieren sich in Fällen, in denen der Täter innerhalb des Machtbereichs eine Vielzahl von Drohungen gegen mehrere Dritte verübt. Es würde eine lebensferne und künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Gesamtgeschehens darstellen (es geht dem Täter ja immerhin die ganze Zeit um die Wegnahme ein und derselben Sache), würde man jede einzelne Handlung des Täters als eigenständigen Raub qualifizieren und somit eine Gesamtheit zeitlich ineinandergreifender Raubtaten erschaffen.

Insgesamt wird die frühzeitige Annahme einer Wegnahmevollendung außerdem dem grundsätzlichen Verlangen des Einzelhandels nach einer juristischen Konstruktion gerecht, die es ermöglicht, unredliche Kunden möglichst früh, d.h. wegen eines vollendeten statt eines versuchten Delikts zu erfassen.[20]

Weiter entspricht der hier entwickelte Lösungsvorschlag der Leitlinie höchstrichterlicher Rechtsprechung, wonach in den Fällen, in denen sich der Täter mitsamt der Sache noch im fremden räumlichen Machtbereich befindet, neuer Gewahrsam in der Regel dann begründet ist, wenn der Täter die Sache an sich genommen hat und der Wegschaffung unter normalen Umständen kein Hindernis mehr entgegensteht.[21] Eine teilweise geforderte „Apprehension plus Möglichkeit der Ablation“[22] ist zudem ohne Frage gegeben.

c) Ergebnis

Auch die weiteren Voraussetzungen eines Gewahrsamswechsels sind erfüllt. So würde im Falle eines Zugriffs des bisherigen Gewahrsamsinhabers die Verfügungsmacht des Täters beseitigt. Gewahrsamsbegründung und -bruch gehen im Falle der Drohungssituation Hand in Hand, da der Gewahrsam ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers in dem Zeitpunkt aufgehoben wird, in dem neuer Gewahrsam begründet wird.

Von einem tatbestandsausschließenden Einverständnis des bedrohten Inhabers des Machtbereichs (i.S. eines „freikaufenden Geschehenlassens“ zur Bewahrung der leiblichen Unversehrtheit) kann nicht ausgegangen werden, da er trotz der Bedrohung in der Regel nicht mit dem Gewahrsams-

NJW 1986, 392 (Trinken von Korn in einem Kaufhaus); OLG Düsseldorf NJW 1990, 1492 (Verbergen von zwei Sakkos unter dem Mantel); vgl. tendenziell auch: BGH, Beschl. v. 26.7.2008 – 3 StR 182/08.

[15] *Eser* (Fn. 2), Vorbem. § 22 Rn. 1, 3; vgl. zudem den Gesetzeswortlaut in § 24 Abs. 1 StGB.

[16] Zur Möglichkeit eines Raubes als Vortat des § 252 StGB: BGHSt 21, 377 (379) = NJW 1968, 260; BGH NJW 2002, 2043 (2044); *Fischer* (Fn. 2), § 252 Rn. 3; *Rengier* (Fn. 1), § 10 Rn. 3.

[17] § 252 StGB findet ausschließlich Anwendung in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung der Vortat; hierzu: BGHSt 28, 224 (229); *Rengier* (Fn. 1), § 10 Rn. 1a, 3 ff.; *Fischer* (Fn. 2), § 252 Rn. 4.

[18] Zur generellen Konkurrenzfrage zwischen § 249 StGB und § 252 StGB vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 10 Rn. 16 ff.

[19] Im Falle des Verlassens des Machtbereichs, eines vollendeten schweren Raubes.

[20] Vgl. *Weber* (Fn. 2), § 13 Rn. 42; dies betrifft die Konstellationen, in denen der Täter – aus welchen Gründen auch immer – den fremden räumlichen Machtbereich nicht verlässt.

[21] BGHSt NJW 1975, 320; OLG Köln NJW 1984, 810.

[22] So hinsichtlich einer Gewahrsamsneubegründung durch den Täter: *Eser* (Fn. 2) § 242 Rn. 37.

wechsel einverstanden ist.[23] Zwar beachtet der Bedrohte primär die Bewahrung der Unversehrtheit seines Leibes oder Lebens, der Restitutionsgedanke erlischt aber keinesfalls in vollem Maße, sondern wird sekundär.

Als Folge einer sich im fremden Machtbereich abspielenden Drohungssituation kann somit grundsätzlich eine Gewahrsamsneubegründung innerhalb der fremden Herrschaftssphäre angenommen werden, wobei der damit einhergehende Bruch des fremden (bisherigen) Gewahrsams den Gewahrsamswechsel und damit die Wegnahme komplettiert.

Im Beispielsfall hat A somit zu dem Zeitpunkt in dem er G das Fernsehgerät entriss und es vollends, d.h. ohne Kontakt des G, in seinen Händen hielt, eine Gewahrsamsenklave geschaffen und das Fernsehgerät – als fremde bewegliche Sache – weggenommen. Somit ist die (Raub-)Tat bereits vollendet.

Letzteres entfaltet besondere Bedeutung bei der Bewertung der Handlung des A, das Fernsehgerät vor dem Eingang abzulegen und das Geschäft ohne dieses zu verlassen. Zu denken ist an einen strafbefreienden Rücktritt des A gem. § 24 Abs. 1 StGB. Ein strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 Abs. 1 StGB ist nur dann möglich, wenn die Tat noch nicht vollendet ist, also lediglich Versuch vorliegt.[24]

Würde man eine Möglichkeit zur Tatvollendung nicht schon innerhalb des Geschäftsraumes des G annehmen, befände sich A, solange er sich im räumlichen Machtbereich des G aufhält, noch im Stadium eines versuchten Raubes. Innerhalb dieses Zeitraums müsste ihm bei Vorliegen der Voraussetzungen die strafbefreiende Wirkung eines Rücktritts gem. § 24 Abs. 1 StGB zuteil werden. Eine Tatvollendung ist – wie oben dargelegt – vorliegend jedoch schon im Herrschaftsbereich des G anzunehmen. Dieses Ergebnis wird dadurch bekräftigt, dass durch die automatische Gewährung der Rücktrittsmöglichkeit eine nicht haltbare Täterbegünstigung eintreten würde. Der Unrechtsgehalt der Wegnahme zeigt sich in seiner vollen Kraft zudem bereits vor dem Verlassen des fremden räumlichen Machtbereichs.

Die Annahme einer Vollendung der Raubtat durch Schaffung einer Gewahrsamsenklave, schließt letztlich – selbst bei tätiger Reue – einen strafbefreienden Rücktritt des A gem. § 24 Abs. 1 StGB aus.

4. Gewahrsamsbegründung infolge qualifizierter Gewaltanwendung

Fraglich ist, ob die vorangestellten Ausführungen auch für Konstellationen gelten, in denen der Täter das Opfer durch die Anwendung von Gewalt (gegen eine Person) nötigt.[25] Wandelt man den obigen Beispielsfall nun so ab, dass A den G nicht mit einem Revolver bedroht, sondern als körperlich überlegender Part auf den völlig verängstigten G mit einem Totschläger einschlägt und diesem daraufhin das Fernsehgerät entreißt, ergibt sich Folgendes:

Auch im Falle der qualifizierten Gewaltanwendung sind besondere Negativumstände zu konstatieren, welche bei der Klärung der Gewahrsamsverhältnisse Berücksichtigung finden müssen. Neben der psychischen Zwangslage tritt jedoch die physisch unterdrückende Überlegenheitssituation in den Vordergrund. Ist der Täter dem Opfer physisch überlegen, wird das Opfer insbesondere bei der Zuhilfenahme verletzender Gegenstände, aus Angst um Leib oder Leben von einem Rückerlangungsversuch bzw. einem Zugriff auf die in der Hand befindliche Sache absehen. Noch eindeutiger ist die Lage, wenn G in Folge der Gewalteinwirkung ohnmächtig wird.[26] Von einer Behinderung seitens des G ist dann nicht mehr auszugehen.

Deshalb verlangt es auch hier der situative Kontext, schon im Zeitpunkt der vollständigen Erlangung der Sache durch den Täter, nach vorheriger Gewaltanwendung, die sich fortwirkend manifestiert hat, von einem Gewahrsamswechsel und somit von einer Tatvollendung bereits im fremden räumlichen Machtbereich auszugehen. Dies untermalen nicht zuletzt auch die oben angestellten kriminalpolitischen und grundsätzlichen Erwägungen, die in Gewaltkonstellationen gleichsam Bedeutung erlangen. Die Umstände des Einzelfalls sind jedoch zwingend einzubeziehen.

5. Exkurs: Anwendbarkeit der entwickelten Lösungsansätze auf die räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB)

Die vorangestellten Ausführungen können und müssen auch für die Bestimmung des Vollendungszeitpunkts der räuberischen Erpressung (§§ 253, 255 StGB) herangezogen werden. Vollendet ist die räuberische Erpressung dann, wenn ein Vermögensnachteil bei dem Genötigten eingetreten ist.[27] Ein solcher tritt aufgrund der grundsätzlichen Vermögenssphäre mit Einwirkungsmöglichkeit des Genötigten, welche die Annahme eines Vermögensschadens bereits bei Erlangung der Sache innerhalb dieser mit Problemen behaftet, spätestens mit dem Verlassen des räumlichen Machtbereichs, jedoch aus genannten Gründen schon dann ein, wenn das Verlangen des Genötigten nach Rückerlangung der Sache aufgrund der Konfrontation mit qualifizierten Nötigungsmitteln ins Sekundäre gelangt ist.

Sieht man in der Drohungssituationen des obigen Beispielsfalles, neben dem Raub auch eine räuberische Erpressung als grundsätzlich vorliegensfähig an[28], so ergibt sich in dieser Konstellation der zwingend gleichläufige Bestimmungsansatz daraus, dass grundsätzlich – ungeachtet der Konkurrenzen – für die Festlegung des Zeitpunktes der Vollendung beider Delikte (Raub/räuberische Erpressung), kein differenzierender Maßstab gelten kann. Anderenfalls wäre dieselbe Täterhandlung im Falle des Nichtverlassens des Machtbereichs durch A – als Resultat des hier vertretenen

[23] Zum tatbestandsausschließenden Einverständnis: *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 31.
[24] *Eser* (Fn. 2), Vorbem. § 22 Rn. 1, 3.
[25] Zum Merkmal der Gewalt gegen eine Person vgl. *Eser* (Fn. 3), § 249 Rn. 4; *Arzt*, in: ders./Weber (Fn. 2), § 17 Rn. 6 ff.
[26] Zu den Gewahrsamsverhältnissen bei Bewusstlosigkeit: *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 21.
[27] *Eser* (Fn. 2), § 253 Rn. 23-27.
[28] So BGHSt 14, 386 (387); BGH NStZ 2002, 31 (32); *Hecker*, JA 1998, 300 (301 ff.); *Kindhäuser* (Fn. 8), § 17 Rn. 20 ff.

Lösungsvorschlags – einerseits als vollendeter Raub und gleichzeitig als versuchte räuberische Erpressung zu werten.

III. Zusammenfassung

Ein Gewahrsamswechsel kann sich schon innerhalb eines fremden Machtbereichs vollziehen. Dazu muss der Täter eine Gewahrsamsenklave schaffen.

Allgemein anerkannt ist dies in dem Fall, in dem der Täter einen kleinen Gegenstand in eine höchstpersönliche Körpersphäre, die mit einem besonderen Tabu umgeben ist, überführt.

Eine solche, den Gewahrsamswechsel im fremden Machtbereich ermöglichende Schaffung einer Gewahrsamsenklave ist aber auch in Nötigungskonstellationen gegeben. Der Zugriff eines Täters auf eine im fremden räumlichen Machtbereich befindliche Sache – gleich welcher Größe[29] – ist im Rahmen des § 249 StGB als vollendete Wegnahme zu werten, wenn sich der bisherige Gewahrsamsinhaber einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gegenübersieht, aufgrund derer er von der Wiedererlangung der Sache absieht. Gleiches gilt für die Fälle, in denen der Täter mit Gewalt (gegen eine Person) auf das Opfer einwirkt und dieses als Folge der fortwirkenden Manifestierung der Gewaltanwendung von einem durch Rückerlangungsabsicht getragenen Zugriffsversuch Abstand nimmt oder ggf. hierzu nicht mehr in der Lage ist. Dafür sprechen neben der strikten Anwendung der für die Wegnahme entwickelten Grundsätze nicht zuletzt auch kriminalpolitische Gesichtspunkte.

Gleichsam ist der hier entwickelte Lösungsvorschlag auch bei der Festlegung des Zeitpunktes der Vollendung einer (ggf. synchron verwirklichten) räuberischen Erpressung von Bedeutung.

[29] Bei dem Ergreifen sehr kleiner oder bei dem Einstecken kleinerer Gegenstände in die Kleidung nach der Nötigungssituation, geht die aus der Verbringung in die Tabusphäre des Täters grundsätzlich resultierende Enklave in der nötigungssituationsbedingten Enklave auf. Sie kann keine eigenständige Bedeutung mehr entfalten, da der Täter bereits Gewahrsamsinhaber ist. Die Verbringung in die höchstpersönliche Sphäre wirkt hier allenfalls als Gewahrsamsfestigung. Vgl. zum Ergreifen und Festhalten von Geldstücken, Geldscheinen oder Schmuck: BGHSt 23, 254 (255); OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (923).

Der Begriff der Verfügung im BGB und das Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Peter Kreutz**, Augsburg*

Abstraktions- und Trennungsprinzip gehören zu denjenigen Aspekten der universitären Ausbildung im Zivilrecht, die von den Studierenden in der Regel als schwer verständlich empfunden werden. Eine Ursache für diese Einschätzung liegt wohl darin, dass beide Prinzipien üblicherweise vor dem Hintergrund der Vertragsschlusslehre erläutert werden, während der nachfolgende Beitrag den Begriff der Verfügung in den Mittelpunkt rückt.

Wann immer angehende Juristen in den ersten Semestern ihres Studiums des Zivilrechtes mit den Prinzipien, denen der Aufbau des BGB folgt, in Berührung kommen, werden ungläubige Blicke sichtbar, versucht man ihnen zu verdeutlichen, dass für den Kauf eines ordinären Gegenstandes, gerne Breze, Brötchen oder Semmel, manches Mal auch eine Taschenbuchausgabe des BGB oder gar die Armbanduhr des Dozenten, juristisch-konstruktiv drei Verträge erforderlich werden. Zur Begründung erfährt der Studierende der Rechtswissenschaft anschließend in der Regel, Ursache dessen sei das *Abstraktionsprinzip* des BGB, der wohl eigentümlichste Grundsatz des deutschen bürgerlichen Rechts.

Sofern dann eine Definition dieser fundamentalen Rechtsregel versucht wird, hört man üblicherweise etwa folgendes: Das Kausalgeschäft und das davon zu trennende Erfüllungsgeschäft (auch als Verpflichtungs- und als Verfügungsgeschäft bezeichnet) sind grundsätzlich abstrakt in ihrer Rechtswirksamkeit, das heißt, ist oder wird das Kausalgeschäft aus irgendeinem Grunde unwirksam, bleibt das Erfüllungsgeschäft wirksam und umgekehrt[1]. Aber selbst manch gestandener, praxisgestählter Jurist vermag nicht präzis zu benennen, was er konkret voneinander zu trennen hat und was das Recht voneinander abstrahiert. Nicht zuletzt deshalb wurde das *Abstraktionsprinzip* in feiner Doppeldeutigkeit als „*wichtiger Beitrag zur Sozialisation von Juristen*“ bezeichnet[2]. Wer glaubt, es verstanden zu haben, darf sich einem elitären Club der Wissenden zugehörig fühlen.

Nachdem jeder Art von Herrschaftswissen grundsätzlich skeptisch zu begegnen ist, sei versucht, das legendenumrankte Dunkel, welches das *Abstraktionsprinzip* traditionell zu umgeben scheint, an einigen zentralen Stellen zu lichten.

I. Grundsätzliches zum Abstraktionsprinzip

Zunächst wollen wir die Definition des *Abstraktionsgrundsatzes* anders fassen als es – vergleiche zuvor – gemeinhin verkürzend geschieht. Kern des *Abstraktionsprinzipes* ist nicht in erster Linie die gestufte Beziehung zwischen zwei Rechtsgeschäften, Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft etwa, sondern weit grundsätzlicher, dass gerade die zweite Stufe, die Verfügung über ein Recht, grundsätzlich vollkommen unabhängig ist von der (rechtlichen) Ursache, die sie ausgelöst hat, die sie notwendig machte[3]. Die Verfügung entfaltet Rechtswirksamkeit aus sich selbst heraus, losgelöst von jedem ihr vorgelagerten Grund, jeder *causa*.

Der Unterschied dieser Definition zur vorherigen ist schnell deutlich gemacht: Die zweite Begriffsbestimmung geht nicht wie die erste von einer Verpflichtungsebene, also einer schuldrechtlichen Ebene, aus, sondern konzentriert sich auf die Ebene der rechtlichen Durchführung, der tatsächlichen Einwirkung auf ein Recht, der Verfügung, die nur in einem (wesentlichen) Teil der Fälle die Erfüllung eines gesetzlichen oder vertraglichen Anspruches darstellt.

1. Definitorisches

Wenn im deutschen Rechtsraum von Verfügung, von rechtsgeschäftlicher Verfügung im Unterschied zu Verfügungen, die das Gesetz selbst vornimmt, gesprochen wird, wird darunter üblicherweise eine *dingliche* Verfügung verstanden, also *die unmittelbare Einwirkung auf ein Recht*, das *auf eine Sache*, einen körperlichen Gegenstand (§ 90 BGB) *bezogen* ist. Meist wird der Begriff gar noch verengter, ausschließlich als Übertragung eines solchen Rechtes, gebraucht[4].

a) Verpflichtung – Verfügung

Der Gegenbegriff zur Verfügung ist der der Verpflichtung. Ist A dem B verpflichtet, so hat B einen Anspruch gegen A. Nach der Legaldefinition des Anspruchs in § 194 Abs. 1

---

* Der *Autor* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht, Römisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg bei Professor *Dr. Christoph Becker*.

[1] So beschreiben es übereinstimmend die bei Studierenden gerade zu Studienbeginn ungemein beliebten Repetitorienskripten, die jedoch systematisch wie dogmatisch regelmäßig mehr als fragmentarisch bleiben und deshalb nur sehr bedingt für das Erarbeiten komplexeren Lernstoffes taugen, vgl. im konkreten Kontext etwa *Hemmer*/*Wüst*, Sachenrecht I, 9. Aufl. 2008, S. 8 f., *Alpmann*, Sachenrecht 1. Bewegliche Sachen, 15. Aufl. 2006, S. 6 und S. 41, oder auch *Richter*, Juristische Grundkurse I: BGB – Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 2008, S. 19, bzw. *Niederle/Wendorf*, Basiswissen BGB – AT, 2008, S. 34 f., die unter dem Stichwort „*Abstraktionsprinzip*“ allesamt ausschließlich die soeben formulierte – verkürzte (wie die weitere Untersuchung zeigen wird) – Definition von *Trennungs*- und *Abstraktionsprinzip* wiedergeben.

[2] So wörtlich *Wesel*, Juristische Weltkunde, 8. Aufl. 2000, S. 93.

[3] So *Brox*/*Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 31. Aufl. 2007, Rn. 116 (S. 69), *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, S. 571, *Medicus*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 7. Aufl. 2006, Rn. 37, *Schwab*/*Löhnig*, Einführung in das Zivilrecht, 17. Aufl. 2007, Rn. 434 ff. und Rn. 448 ff., oder *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, S. 12. Vgl. auch *Seiler*, Sachenrecht – Allgemeine Lehren, in: *Staudinger*/Eckpfeiler des Zivilrechts, 2005, S. 891 ff.

[4] Diese begriffliche Verengung kritisiert *Medicus*, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rn. 26.

BGB hat damit B das Recht, von A ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Schließen also A und B einen Kaufvertrag nach § 433 BGB, so kann B als Käufer von A ein Tun verlangen, nämlich die Übereignung und Übergabe der Kaufsache, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. Umgekehrt kann A als Verkäufer von B ein Tun fordern, die Zahlung des Kaufpreises, § 433 Abs. 2 BGB. Aus dem gegenseitigen Vertrag Kaufvertrag haben beide Seiten wechselseitig Ansprüche gegeneinander, können also wechselseitig ein Tun voneinander verlangen. Doch das bloße Fordern, das reine Verlangen, führt keine der beiden Seiten zum Ziel. Dieses wird erst mit der Erfüllung der Ansprüche erreicht, wenn A und B ihren Verpflichtungen nachgekommen sind. Durch die Erfüllung erlöschen die Ansprüche, § 362 Abs. 1 BGB.

Wie aber hat das Gesetz die möglichen Arten von Erfüllung konstruiert? Zunächst müssen wir uns vor Augen führen, dass man laut BGB auf zweierlei Arten tätig werden kann: durch rein tatsächliches Handeln, durch einen sogenannten „*Realakt*", oder durch Abgabe einer Willenserklärung, durch Rechtsgeschäft also. Eine Willenserklärung liegt in jeder wirksamen Willensentäußerung vor, die auf Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist und deren Folgen eintreten, weil sie gewollt sind[5].

Erfüllen lassen sich Ansprüche je nach ihrem Inhalt danach auf die beiden genannten Arten: Ist nach dem Inhalt des Anspruches rein tatsächliches Handeln geschuldet, etwa die bloße Übergabe einer Sache, also die Einräumung des unmittelbaren Besitzes, etwa aus § 861 Abs. 1 BGB[6], so wird der entsprechende Anspruch allein durch einen Realakt, durch bloßes Tun (im Beispiel durch reine Übergabe der Sache von der einen an die andere Seite), erfüllt und erlischt. Die zweite Variante, einen Anspruch zu erfüllen, ist die Vornahme eines Rechtsgeschäftes, also die Abgabe mindestens einer Willenserklärung[7]. Werden von beiden Seiten Willenserklärungen in einer Weise abgegeben, dass diese Erklärungen in ihren zentralen Punkten inhaltlich korrespondieren, kommt ein Vertrag zustande[8]. Der Vertrag wird durch das Gesetz in § 311 Abs. 1 BGB als Regelfall eines Rechtsgeschäftes angenommen.

Durch einseitige Willenserklärung oder in Zusammenwirken mit der anderen Seite in Form eines Vertrages kann die verpflichtete Seite nun insbesondere konkret und unmittelbar auf ein Recht einwirken, um dadurch zuvor entstandene Verpflichtungen zu erfüllen (Die Wiedereinräumung des Besitzes im gerade zuvor gebildeten Beispiel stellt gerade noch keine Einwirkung auf ein Recht dar, da der Besitz kein subjektives Recht ist, sondern allein die vom Rechtsverkehr anerkannte tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache[9]). Hat A dem B versprochen, ihm sein Auto zu verkaufen, so hat A auf sein Eigentumsrecht an dem Auto dergestalt einzuwirken, dass es auf B übergeht, er hat es also nach § 929 S. 1 BGB auf B zu übertragen. Dazu schließen beide zunächst durch den Austausch entsprechender Willenserklärungen einen dinglichen Vertrag (Wortlaut § 929 S. 1 BGB: Einig sein) und tätigen einen Realakt, die Übergabe[10]. Insoweit sind hier beide Handlungsformen, Realakt und Rechtsgeschäft, kombiniert.

Die Möglichkeiten, auf ein Recht, z.B. auf das Eigentumsrecht, unmittelbar einzuwirken, erschöpfen sich jedoch nicht darin, es von einer Person auf die andere zu übertragen: Sie sind weitaus facettenreicher. Gleich ob das Recht auf eine Sache bezogen ist, also *dinglichen* Charakter hat, oder nicht, ob es übertragen, aufgehoben, belastet oder allgemein inhaltlich verändert wird[11], stets wird auf dies Recht tatsächlich und unmittelbar eingewirkt. Jede tatsächliche und unmittelbare Einwirkung auf ein Recht aber wird als *Verfügung* bezeichnet [12].

b) Verfügungen in der Systematik des BGB

Durch die Verfügung werden Gegenstände, Rechtsobjekte[13], Inhabern, Rechtssubjekten, zugeordnet[14]. Durch die Verfügung wird die konkrete Beziehung eines Rechtssubjektes zu einem Recht, formell (äußerlich) wie materiell (inhaltlich) bestimmt. Durch die Übertragung des Eigentums an der Kaufsache vom Verkäufer A auf den Käufer B werden die rechtlichen Beziehungen im Hinblick auf das Eigentumsrecht an dieser Kaufsache neu geordnet: Anstatt auf A ist das Eigentumsrecht nunmehr auf B bezogen, B ist fortan Eigentümer der Kaufsache, nicht mehr A.

[5] Definition nach *Motive* zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich I, 1896, S. 126, bzw. *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich I, Nachdruck der Ausgabe 1899, 1979, S. 421. Aktuell dazu *Neuner*, JuS 2007, 881 ff.

[6] *Joost*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 861 Rn. 4, *Bund*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 861 Rn. 3 f., oder *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 861 Rn. 8.

[7] Zu Rechtsgeschäften und deren Einteilung *Medicus* (Fn.3), Rn. 32 ff.

[8] Vgl. die Vertragsdefinition in § 151 S. 1 Hs. 1 BGB.

[9] *Joost* (Fn. 6), Vor § 854 Rn. 9 ff., *Bund* (Fn. 6), Vor §§ 854-872 Rn. 34 ff., oder *Bassenge* (Fn. 6), Überblick vor § 854 Rn. 1.

[10] Die aber durch ein Übergabesurrogat nach §§ 930, 931 BGB ersetzt werden kann.

[11] Aspekte nach *Planck*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I, 4. Aufl. 1913, S. 261. Vgl. auch BGH NJW 1951, 647, oder zuletzt in BGHZ 101, 26 = NJW 1987, 3177 ff. Weiterhin *Dörner*, in: Handkommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, Vor §§ 104-185 Rn. 4, *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 185 Rn. 6, *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 185 Rn. 4, oder *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, Überblick vor § 104 Rn. 16.

[12] Definition nach *Planck* (Fn. 11), S. 233, bzw. RGZ 90, 395 (399). Aktuell siehe *Brox*/*Walker* (Fn. 3), Rn. 104 ff. (S. 64 ff.), *Köhler*, BGB – Allgemeiner Teil, 31. Aufl. 2007, § 5 Rn. 13 (S. 40 f), *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, Rn. 208, *Medicus* (Fn. 3), Rn. 35, *Schwab*/*Löhnig*, (Fn. 3), Rn. 434.

[13] Zum Begriff *Wendehorst*, Rechtsobjekte, in: *Alexy*, Juristische Grundlagenforschung, 2005, S. 71 ff..

[14] *Seiler* (Fn. 3), S. 882.

Wenn aber jeder Rechtsakt, der die Zuordnung von Rechten, gleich ob sachbezogen oder nicht, zu Rechtssubjekten unmittelbar umgestaltet, Verfügung ist, wird deutlich, dass es Verfügungen nicht nur im 3. Buch des BGB, im Sachenrecht geben kann, sondern dass es Fälle der Verfügung geben muss, die nicht dinglicher, sachbezogener Natur sind und dass die Verfügungen, die im Sachenrecht niedergelegt sind, insoweit nur einen wichtigen Unterfall von Verfügung kodifizieren[15].

c) Das konstruktive Grundmodell

Zwar hat das BGB alle rechtsgeschäftlichen Verfügungen, die es regelt, nach einheitlichem Muster, als Rechtsgeschäft, regelmäßig als Vertrag, konstruiert, enthält jedoch keine Definition des Verfügungsbegriffes, auch wenn der Wortlaut des § 413 BGB immerhin andeutet[16], dass die Forderungsübertragung nach §§ 398 ff. BGB das Grundmodell zumindest der Übertragung von Rechten ohne Sachbezug darstellen soll.

Diesem Grundmodell, der Forderungsübertragung nach §§ 398 ff. BGB, die – obschon in das 2. Buch des BGB eingereiht – rein *verfügenden* Charakter hat, fehlt jeder für das Schuldrecht an sich zu erwartende Verpflichtungscharakter. Sie führt nicht zur Begründung eines Anspruchs, sie führt dazu, dass allein die Gläubigereigenschaft von einer Person auf die andere übergeht. Ursache, *causa*, der Abtretung mag dabei der Verkauf einer Forderung durch Kaufvertrag nach § 433 BGB sein, ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB oder ein Sicherungsvertrag[17]. Die Abtretung wirkt insoweit unmittelbar auf das Forderungsrecht ein, als sie die Inhaberschaft dieser Forderung verändert und damit den Bezug der Forderung selbst auf ein Rechtssubjekt hin.

Der Tatbestand des § 398 BGB ist denkbar übersichtlich gehalten. Die Abtretung, der Übergang der Zuordnung des Forderungsrechtes, erfolgt durch Vertrag zwischen den Parteien, durch einen Verfügungsvertrag. Beide Seiten müssen ihren Willen dahingehend kundtun, dass die Inhaberschaft der Forderung, also des Rechtes, ein Tun oder Unterlassen verlangen zu dürfen, von einer Seite auf die andere übergehen soll. Ist A also z.B. Arzt und möchte seine Honorarforderungen aus den Behandlungsverträgen mit seinen Privatpatienten nicht selbst eintreiben, kann er diese an die Inkassogesellschaft des B verkaufen. Zunächst einigt er sich durch zwei schuldrechtlich orientierte Willenserklärungen, Antrag (§ 145 BGB) und Annahme (§ 147 BGB), auf einen Kaufvertrag nach § 433 BGB mit B. Anschließend tritt A seine Honorarforderungen gegen die jeweiligen Patienten durch einen weiteren Vertrag, einen Verfügungsvertrag, der ebenfalls durch zwei Willenserklärungen zustande kommt, ab. B ist dann Inhaber der Forderungen und kann sie einziehen. Es sind also zwei Paare von Willenserklärungen nötig: Antrag und Annahme für den schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag (z.B. Kauf) und Antrag und Annahme für den Verfügungsvertrag nach § 398 BGB. Der Unterschied zwischen beiden Willenserklärungen liegt in ihrem Inhalt: Die Willenserklärungen, die zum (schuldrechtlichen) Verpflichtungsgeschäft führen sollen, also die *verpflichtende* Einigung, müssen die *essentialia negotii*, die Hauptbestandteile des Vertrages, des jeweiligen schuldrechtlichen Vertragstyps (also z.B. beim Kaufvertrag Vertragsparteien, Kaufsache, Kaufpreis[18]) enthalten. Die Willenserklärungen, die den *Verfügung*svertrag herbeiführen sollen, müssen dann die *essentialia negotii* eines verfügenden Vertrages aufweisen, also ebenso die daran beteiligten Parteien und den Willen, dass die Forderung vom bisherigen Inhaber auf den Erwerber übergehen soll, dass die unmittelbare Rechtsänderung eintreten soll.

Das Grundmodell, das § 398 BGB für die Verfügung in Form der Übertragung eines Rechtes formuliert, erfordert damit nichts weiter als den Abschluss eines Verfügungsvertrages. Dieses Modell hat der Gesetzgeber nun auf Spezialfälle der Rechtsübertragung angewandt. Wird also zum Beispiel das Eigentumsrecht an einer beweglichen Sache übertragen, ist nach § 929 S. 1 BGB eine dingliche Einigung, ein Verfügungsvertrag nötig. Wird das Eigentumsrecht an einer Immobilie übertragen, ist nach § 873 Abs. 1 BGB eine dingliche Einigung, ein Verfügungsvertrag nötig. In beiden Fällen kombiniert um einen Akt der Publizität, um eine öffentlich sichtbare Kundgabe der Rechtsänderung: Übergabe in § 929 S. 1 BGB, Grundbucheintragung in § 873 Abs. 1 BGB.

2. Spielarten der Verfügung

Doch – wir streiften es mehrfach – eine Verfügung liegt nicht nur dort vor, wo ein (dingliches) Recht übertragen wird, auch wenn sich der überwiegende Teil des Verfügungsrechts mit Rechtsübergängen beschäftigt.

a) weitere Formen des Übergangs von Rechten und Pflichten

Zur Gruppe von Rechts- und Pflichtüberleitungen rechnet neben §§ 398 ff. BGB, neben §§ 873 ff. BGB und neben §§ 929 ff. BGB auch jener Abschnitt im BGB, der das Gegenstück zur Forderungsabtretung, der das Gegenstück zur Weitergabe eines Anspruches regelt: die Übernahme einer Schuld nach §§ 414 ff. BGB.

Es ist dies der Fall, wenn der Patient C dem Arzt A aus einer Behandlung ein Honorar schuldet und D es übernimmt, dieses Honorar zu bezahlen. D übernimmt die Schuld des C.

Die Schuldübernahme ist bereits dadurch Verfügung, dass die Verpflichtung zur Leistung, unter Mitwirkung des Gläubigers (z.B. A), der im Fall des § 414 BGB ebenso beteiligt ist wie im Fall des § 415 BGB, vom Altschuldner (hier C) auf den Übernehmer (hier D) übertragen wird, wodurch die fort-

[15] *Wieling* (Fn.3), S. 9.

[16] § 413 BGB ist nicht selbst Grundnorm, unzutreffend insoweit *Hofmann*, JA 2008, 254.

[17] Beispiele nach *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 398 Rn. 2. Vgl. auch *Schulze*, in: BGB-Handkommentar, 5. Aufl. 2007, § 398 Rn. 1, *Roth*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 398 Rn. 6, oder *Busche*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 398 Rn. 2.

[18] *Köhler*, BGB – Allgemeiner Teil, 31. Aufl. 2007, § 8 Rn. 8 (S. 92 f.), *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, Rn. 431 ff., *Medicus* (Fn. 3), Rn. 56.

bestehende Verpflichtung von einer Person (C) auf die andere (D) übergeht und die Zuordnung der Forderung verändert wird. Ob daneben, wie teilweise vertreten[19] auch ein verpflichtender Anteil der Schuldübernahme existiert oder nicht[20], ist für unseren Gegenstand, die Verfügung, letztlich unerheblich. Rechtlicher Hintergrund, auslösendes Moment der Schuldübernahme kann dabei eine (nicht notwendig rechtsgeschäftliche[21]) Gefälligkeit dem Altschuldner gegenüber sein, durchaus aber auch ein wirklicher Rechtsgrund, etwa in Form eines Auftrages nach §§ 662 ff. BGB oder eines Geschäftsbesorgungsvertrages nach §§ 675 ff. BGB.

Der Tatbestand dieser Verfügung ist der identische wie bei allen anderen rechtsgeschäftlichen Verfügungen auch: Entweder schließen Übernehmer und Gläubiger einen Verfügungsvertrag, § 414 BGB, oder Übernehmer und bisheriger Schuldner tun dies, § 415 BGB, bedürfen dazu jedoch der Genehmigung durch den Gläubiger, § 415 Abs. 1 S. 1 BGB a.E.

b) Die Aufhebung von Rechten

Durchaus von Bedeutung im Kontext nicht-dinglicher Verfügungen ist auch der Erlass einer Schuld nach § 397 BGB, bei dem es sich wiederum um einen rein verfügenden Vertrag handelt[22], dem eine Gefälligkeit ebenso zugrunde liegen kann wie ein Rechtsverhältnis. Auch der Erlass nach § 397 BGB ist als Verfügungsvertrag ausgestaltet. Sachbezogene Rechte hingegen werden nach §§ 875, 928, 959, 1064 oder 1255 BGB aufgehoben. Dies erfolgt regelmäßig durch einseitige, rechtsgestaltende (verfügende) Willenserklärung des Rechtsinhabers[23], zwar nicht durch Vertrag, immerhin aber durch Rechtsgeschäft.

c) Belastung von Rechten

Die Verfügung in Form der Belastung von Rechten erfolgt wiederum ganz regulär durch Verfügungsvertrag. Wird das Eigentumsrecht an einem Grundstück mit einer Hypothek oder Grundschuld belastet, so gilt auch hier § 873 BGB[24], der vertragliche Einigung und Grundbucheintrag vorsieht. Für den Immobiliarnießbrauch gilt nichts anderes, auch er wird nach § 873 BGB bestellt[25]. Die Bestellung des Mobiliarnießbrauches nach § 1032 S. 1 BGB enthält in der Sache den einzigen Unterschied, dass an die Stelle der Eintragung die Übergabe tritt, womit die Parallele zu § 929 BGB erreicht wird, auf den § 1032 S. 2 BGB einiger Einzelheiten wegen verweist. Soll Nießbrauch an Rechten bestellt werden, verweist § 1069 auf die Vorschriften hinsichtlich der Übertragung von Rechten. Handelt es sich also um ein sachbezogenes Recht, so sind die Übertragungsvorschriften des 3. Buches des BGB anzuwenden, ansonsten die allgemeinen Vorschriften der §§ 398 ff. BGB[26].

Das Pfandrecht an beweglichen Sachen wird nach § 1205 Abs. 1 S. 1 BGB in Parallele zu § 929 BGB durch Verfügungsvertrag und Übergabe bestellt, das Pfandrecht an Rechten wird durch entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Rechtsübertragung bestellt, § 1274 Abs. 1 S. 1 BGB.

Für den Bereich der Belastungen ist insoweit zu beachten, dass ihnen grundsätzlich neben dem verfügenden auch ein verpflichtender Charakter eigen ist. So umfasst die Bestellung einer Hypothek nach § 1113 BGB oder auch einer Grundschuld nach § 1192 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1113 BGB die Verpflichtung des Eigentümers des belasteten Grundstückes zur Duldung der Zwangsvollstreckung in dieses Grundstück[27] oder, wie auch argumentiert wird, die Pflicht zur Zahlung aus dem Grundstück[28]. Die Bestellung der Belastung, auch wenn die Belastung in einer Verpflichtung liegt, ist jedoch eine unmittelbare Einwirkung auf das Eigentumsrecht selbst, mithin eine Verfügung über dieses Eigentumsrecht.

II. Das Trennungs- und das Abstraktionsprinzip im Einzelnen

Von diesen Erkenntnissen ausgehend, können wir nun zur eigentlichen Themenstellung dieses Beitrages zurückkommen und die Frage nach einer Erklärung des Inhalts von *Trennungs-* und *Abstraktionsprinzip* zu beantworten suchen.

1. Das Trennungsprinzip

a) Verstehen wir unter dem *Trennungsprinzip* nur die Unterscheidung von Anspruchsbegründung und Anspruchsdurchführung, landläufig also die Unterscheidung von Verpflichtungs- und Erfüllungsebene, so werden wir zu kurz greifen bzw. werden wir kaum belastbaren juristischen Nutzen aus dieser Definition ziehen können. Führen wir uns deshalb in diesem Zusammenhang nochmals den Erwerb einer bewegli-

[19] So *Schulze* (Fn. 17), Vor §§ 414-419 Rn. 1, oder *Grüneberg* (Fn. 17), Überblick vor § 414 Rn. 1, sowie § 415 Rn. 1. Zur Entwicklung dieser Einordnung *Larenz* (Fn. 3), § 35 I (S. 602 ff.).

[20] Vgl. *Rieble*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 414 Rn. 1 ff., oder auch *Möschel*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, Vor § 414 Rn. 4.

[21] Zur Abgrenzung *Larenz* (Fn. 3), § 31 III (S. 554 f).

[22] Vgl. *Schulze* (Fn. 17), § 397 Rn. 4, oder *Grüneberg*, (Fn. 17), § 397 Rn. 2.

[23] Siehe *Schulze* (Fn. 17), § 397 Rn. 2, oder *Grüneberg* (Fn. 17), § 397 Rn. 4.

[24] Er gilt für alle Belastungen eines Grundstückes, also neben den genannten §§ 1018 ff. BGB (Grunddienstbarkeiten), §§ 1090 ff. BGB (beschränkte persönliche Dienstbarkeiten), §§ 1105 ff. BGB (Reallasten) und §§ 1199 ff. BGB (Rentenschuld).

[25] *Bassenge* (Fn. 6), Einleitung vor § 1030 Rn. 5, *Frank*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2002, Vor §§ 1030 ff. Rn. 26, oder auch *Pohlmann*, Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 1030 Rn. 86 ff..

[26] Siehe *Frank* (Fn. 25), § 1069 Rn. 1 ff., oder *Pohlmann* (Fn.25), § 1069 Rn. 7 ff..

[27] Siehe dazu *Eckert*, in: Handkommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, Vor § 1113 Rn. 4 f., oder *Bassenge* (Fn. 6), § 1113 Rn. 1.

[28] So *Wolfsteiner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2002, Einleitung zu § 1113 ff. Rn. 24 ff..

chen Sache vor Augen. Stets wird real die vertraglich-juristische Abmachung (in unserem Sprachgebrauch das Verpflichtungsgeschäft) von der tatsächlichen Übergabe der Sache vom Veräußerer an den Erwerber (gemeinhin Erfüllung genannt) zu unterscheiden, zu trennen sein. Die dogmatisch entscheidende Frage ist allein, inwieweit die tatsächliche Handlung, inwieweit die Übergabe von rechtlicher Relevanz ist. Das französische Zivilrecht[29] geht davon aus, dass die Übergabe der Sache ohne jede rechtliche Bedeutung ist, es vollzieht den Eigentumsübergang bereits mit Abschluss des grundlegenden Vertrages. Anspruchsbegründung und rechtliche Erfüllung[30] fallen so zusammen. Trotzdem erfordert auch das französische Recht die Übergabe der Sache[31], auch wenn diese Übergabe für die Rechtsänderung selbst, für den Eigentumsübergang, für die Verfügung über das Eigentumsrecht an der Sache also, keine Bedeutung mehr hat. Das österreichische Recht verfährt letztlich ähnlich. Auch hier wird alles juristisch Notwendige bereits mit der Anspruchsbegründung erreicht, die Übergabe vollendet lediglich den Eigentumsübergang[32].

b) Das deutsche Zivilrecht modifiziert diesen Ansatz in § 929 S. 1 BGB. Dort wird der Übergang des Eigentumsrechtes letztlich auch durch die Übergabe der Sache vollendet, die mit der verfügenden Einigung (§ 929 S. 1 BGB: Einig sein) kombiniert wurde. Es wurde also die Einigung, der Austausch von Willenserklärungen, der nach österreichischem und französischen Recht nur ein einziges Mal erfolgt und somit aus einem verpflichtenden (schuldrechtlichen) Aspekt und einem erfüllenden (verfügenden) Aspekt besteht, bestehen muss, geteilt. Der schuldrechtliche Teil verbleibt auf der Ebene der Verpflichtung, der verfügende Teil der Willenseinigung wird davon gelöst, getrennt, und mit der Übergabe kombiniert.

c) Der Kern des deutschen *Trennungsprinzipes* besteht also darin, dass wir einen real einheitlich formulierten Willen – der Veräußerer der Sache will diese an den Erwerber „*verkaufen*“ und meint damit auch, dass er diese Sache übereignen möchte, – aufgliedern und diejenigen Willenselemente, die sich auf die reine Rechtsänderung, die Übertragung des Eigentums, die Verfügung über das Eigentumsrecht, beziehen, von den Willensbestandteilen trennen, die auf den reinen (schuldrechtlichen) Vertrag gerichtet sind. Die Trennung dieser Willenselemente führt also dazu, dass neben den Willenserklärungen, die zum schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag führen, weitere, inhaltlich gänzlich anders formulierte, Willenserklärungen, die den Eigentumsübergang herbeiführen, notwendig sind. Die Trennung des real einheitlichen Willens in eine verpflichtende Willenserklärung und eine verfügende Willenserklärung führt dann dazu, dass das Verfügungsgeschäft zum echten Rechtsgeschäft, in der Regel zu einem Vertrag[33], wird. Nicht die Tatsache, dass das deutsche Recht zwischen Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft trennt, ist also Gegenstand des *Trennungsprinzipes*[34], sondern der Umstand, dass das Verfügungsgeschäft ein Geschäft ist, ein Rechtsgeschäft.

2. Das Abstraktionsprinzip

a) Das *Abstraktionsprinzip* hat seine Ursache in der Trennung der Willensbestandteile in einen verpflichtenden und einen verfügenden Teil[35]. Nachdem das deutsche BGB die Verfügung als vollkommenes Rechtsgeschäft versteht, musste es notwendig dazu kommen, dass dieses Rechtsgeschäft aus sich heraus wirksam ist und in seiner Wirksamkeit von keinem anderen Rechtsgeschäft abhängt. Denn welche Funktion käme den verfügenden Willenserklärungen, die z.B. § 929 S. 1 BGB als dingliche Einigung voraussetzt, zu, wenn die Wirksamkeit dieses dinglichen Vertrages von der Wirksamkeit des rechtlichen Grundes für die Übereignung, also etwa von einem schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag, z.B. dem Kaufvertrag, abhinge. Die verfügenden Willenserklärungen verlören jeden Sinn, würde man sie in ihrem rechtlichen Bestand an die Wirksamkeit des Verpflichtungsvertrages und damit letztlich der beiden verpflichtenden Willenserklärungen knüpfen[36]. In diesem Falle behielte allein der Übergabeakt wirkliche Bedeutung, womit faktisch eine Einheitslösung wie in Österreich erreicht wäre.

b) Solange also an der grundsätzlichen Entscheidung festgehalten wird, Willensentäußerungen, die in rechtsgeschäftlichem Zusammenhang, also zum Beispiel beim Abschluss von schuldrechtlichen Verträgen, abgegeben werden, in eine schuldrechtlich, auf reine Anspruchsbegründung hin orientierte Willenserklärung und eine verfügende, auf tatsächliche Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung zu trennen, oder – anders formuliert – solange die Verfügung durch den Austausch von regelmäßig zwei Willenserklärungen als Vertrag, als Rechtsgeschäft verstanden wird, solange muss damit praktisch notwendig die eigenständige rechtliche Wirksamkeit der Verfügung einhergehen, sonst wäre die verfügende Einigung funktional sinnlos. Das *Trennungsprinzip* ist somit unmittelbare Bedingung für das *Abstraktionsprinzip*.

[29] In Art. 1583 Code Civil.

[30] Die Worte „*Anspruch*“ und „*Erfüllung*“ werden hier bewusst im Sinne des deutschen juristischen Verständnisses nach § 194 Abs. 1 S. 1 BGB (Anspruch) und § 362 Abs. 1 BGB (Erfüllung) verwendet.

[31] Vgl. Art. 1136 Code Civil.

[32] Siehe § 425 ABGB.

[33] Wie ihn eben § 151 S. 1 BGB definiert.

[34] Wovon aber *Jauernig*, JuS 1994, 721, oder auch *Martinek*, JuS 1993, 614, ausgehen.

[35] *Jauernig*, JuS 1994, 721 ff., nimmt einen umgekehrten Prinzipienzusammenhang an. Danach gebe es „*keine Abstraktion ohne Trennung*“. Dem ist nicht zu widersprechen. Umgekehrt ist jedoch – entgegen *Jauernig* – zu konstatieren, dass es sinnvollerweise auch „*keine Trennung ohne Abstraktion*“ geben kann, worauf auch *Martinek*, JuS 1993, 615, hinweist.

[36] So argumentiert gerade auch *Larenz*, Schuldrecht, Band II/1, 13. Aufl. 1986, § 39 II d (S. 20), im Anschluss an *Dulckeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, S. 32.

c) Die auf diese Weise für den Erwerb beweglicher Sachen im Rahmen eines Rechtsgeschäfts konstruierte Dogmatik hat das BGB schließlich in einzigartiger systematischer Konsequenz auf sämtliche Verfügungen, die im BGB geregelt sind, übertragen. Während andere Zivilrechtsordnungen nach Art der Verfügung und – sofern über das Eigentumsrecht verfügt wird – nach dem Gegenstand der Verfügung (Mobiliar- oder Immobiliareigentum) differenzieren und dabei verschiedene Konstruktionsprinzipien zur Anwendung bringen[37], konstruiert das BGB alle Arten der Verfügung über jeden denkbaren Gegenstand einheitlich, indem es jedes denkbare Verfügungsgeschäft zum eigenständigen Rechtsgeschäft (in der Regel zum Vertrag) ausgestaltet und es damit rechtlich aus sich selbst heraus wirksam werden lässt.

Solange in so weitreichender gedanklicher Präzision die Verfügung als vollwertiges und damit selbständig wirksames Rechtsgeschäft begriffen wird, solange ist es konsequent, wenn der Erwerb des Eigentums an Breze, Brötchen oder Semmel, an einer Taschenbuchausgabe des BGB oder an der Armbanduhr des Dozenten wirksam bleibt, auch wenn der auslösende Rechtsgrund, die Verpflichtung, nicht (mehr) existiert.

III. Resümee

Um die Funktionsweise des deutschen Zivilrechts und seiner beiden tragenden Prinzipien in ihrem Grundsatz zu verstehen, ist es sinnvoll, neben den häufig gebrauchten Begriff der Verpflichtung auch den der Verfügung zu stellen und zu durchdenken. Von diesem Ausgangspunkt fällt das Verständnis von Trennungs- und Abstraktionsprinzip dann in der Regel wesentlich leichter als wenn man den Ausgang bei der normalerweise schuldrechtlich orientierten Vertragsschlusslehre nimmt.

[37] Vgl. *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002, S. 35 f.

Probleme der Begünstigung (§ 257 StGB) – Teil 1

Von Ass. iur. **Jan Dehne-Niemann**, Karlsruhe

Zu den unbeliebtesten Gästen in strafrechtlichen Prüfungsarbeiten gehören die Anschlussdelikte (§§ 252, 257-261 StGB). Sind bei dem „Standarddelikt" der Hehlerei (§ 259 StGB) zumeist noch Grundkenntnisse vorhanden, so fehlt es bei der Begünstigung (§ 257 StGB) schon an diesen – hier besteht selbst bei überdurchschnittlichen Prüflingen oftmals ein großer weißer Fleck auf der Wissenslandkarte. Diesen zu beseitigen möchte der vorliegende Beitrag helfen.

I. Vortat, Vortäter und Rechtsgut

Als Anschlussdelikt bedarf § 257 StGB einer tauglichen Vortat. Erforderlich ist eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige, nicht notwendig schuldhafte Tat, in welcher die Verletzung einer strafrechtlich bewehrten Verhaltensnorm liegt, § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Daher sind Ordnungswidrigkeiten keine tauglichen Begünstigungsvortaten. Die Begünstigung kann wegen der Beschränkung auf eine rechtswidrige Vortat zugunsten eines schuldunfähigen oder im unvermeidbaren Verbotsirrtum handelnden Vortäters begangen werden.[1] Nicht erforderlich ist ferner, dass die Vortat vorsätzlich begangen wurde; auch Fahrlässigkeitstaten kommen, soweit sie Straftaten sind, in Betracht. Taugliche Vortaten sind im Übrigen auch Teilnahmehandlungen an Straftaten.[2] Auch Anstifter und Gehilfen einer Straftat können somit begünstigt werden.

Das Vorliegen einer entsprechenden rechtswidrigen Vortat hat das zur Entscheidung über die Begünstigung berufene Gericht selbständig festzustellen, auch wenn ein anderes Gericht über die Vortat schon – gegebenenfalls auch in anderer Weise – rechtskräftig befunden haben sollte; eine Bindung an Vorentscheidungen besteht insoweit grundsätzlich nicht[3]. Das gilt aber nur insoweit, als die Vortat bzw. eine Beteiligung daran eine andere Person bzw. einen anderen Lebenssachverhalt (§ 264 StPO) betreffen; dazu

Fall 1: V wurde wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls, B wegen Beilhilfe zum Wohnungseinbruchsdiebstahl des V jeweils zu einer Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilt. B hatte man zur Last gelegt, ohne ein eigenes Interesse an der Beute Schmiere gestanden zu haben. Beide haben ihre Strafe verbüßt. Nun stellt sich heraus, dass B einige Wochen nach der Tat die Beute des V – einige wertvolle Brueghel-Gemälde – in seiner Garage untergestellt hatte, um zu verhindern, dass sie bei einer Hausdurchsuchung bei V gefunden wurden. Der ermittelnde Staatsanwalt S hält zugleich die Verurteilung des B wegen Beihilfe zum Wohnungseinbruchsdiebstahl für zu Unrecht erfolgt, weil B mit dem Wohnungseinbruchsdiebstahl nichts zu tun habe. S erhebt noch einmal Anklage mit dem Ziel, B wegen des Unterstellens der Bilder nach § 257 StGB verurteilt zu lassen. Zu Recht?

Das Unterstellen der Bilder erfüllt zwar tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft die Voraussetzungen des § 257 Abs. 1 StGB, jedoch wird B nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht bestraft, wenn er wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist. In Bezug darauf ist B rechtskräftig verurteilt worden, und insoweit verhindert die Rechtskraft eine abweichende Entscheidung des Gerichts selbst dann, wenn B in Wirklichkeit mit der Vortat nichts zu tun gehabt hätte. In Bezug auf eine Vortatbeteiligung bleibt das über die Begünstigung befindende Gericht somit an die Feststellungen des über die Vortat befindenden Gerichts gebunden. Weil die Vortatbeteiligung des B somit rechtskräftig festgestellt und abgeurteilt ist, muss B hinsichtlich des Begünstigungsvorwurfs wegen § 257 Abs. 3 S. 1 StGB aus Rechtsgründen freigesprochen werden. Anders liegt es in

Fall 2: V wurde wegen Diebstahls rechtskräftig verurteilt. Ihm wurde vorgeworfen, einen bestehenden Anspruch aus Kaufvertrag hinsichtlich eines Brueghel-Gemäldes eigenmächtig durch Wegnahme durchgesetzt zu haben. Nach Auffassung des über die Vortat entscheidenden Gerichts erfüllte dieser Lebenssachverhalt die Voraussetzungen des § 242 StGB. B hat einige Wochen nach der Tat die Bilder bei sich untergestellt, um zu verhindern, dass sie bei einer Hausdurchsuchung bei V gefunden und beschlagnahmt werden. Das über das Handeln des B befindende Gericht hält diese Verhaltensweise für straflos, weil die Vortat – entgegen der Annahme des Vortatgerichts – mangels objektiver wie subjektiver Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung kein Diebstahl gewesen sei. Gleichwohl meint es, wegen der Rechtskraft der Entscheidung des Vortatgerichts den B wegen Begünstigung nach § 257 StGB verurteilen zu müssen. Zu Recht?

Hier bleibt es bei der allgemeinen Regel, dass eine Bindung an das Ergebnis des über die Vortat in einem anderen Strafverfahren befindenden Gerichts nicht besteht.[4] Anders als im obigen Fall hat das über die Vortat befindende Gericht nämlich keine Entscheidung getroffen, die gerade im Hinblick auf B auch nur im Mindesten vorgreiflich für die spätere Begünstigungsentscheidung wäre. Daher ist das über den Vorwurf der Begünstigung erkennende Gericht nicht gehindert, im

[1] BGHSt 1, 47; *Ruß*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 257 Rn. 4.

[2] *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 9 Rn. 29; *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 4.

[3] Soweit ersichtlich unstreitig, vgl. etwa RGSt 58, 290; *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, § 257 Rn. 14; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 52. Lieferung, Stand: August 2001, § 257 Rn. 5; *Ruß* (Fn. 1) § 257 Rn. 7; *Stree*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 257 Rn. 13.

[4] Zu dieser allgemeinen Regel *Gollwitzer*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 25. Aufl. 2001, § 262 Rn. 12 mit Fn. 29.

Hinblick auf die Vortat eine abweichende – und in der Verneinung des Diebstahls mangels Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung zutreffende – Subsumtion zugrunde zu legen. Entgegen seiner eigenen Auffassung hinsichtlich der Bindungswirkung der Vorentscheidung muss das Gericht B also aus Rechtsgründen freisprechen.

Hält sich das Gericht – wie in Fall 2 – rechtsirrig für an die Vorentscheidung des Vortatgerichts gebunden und legt es ohne eigene Prüfung der Vortat dessen Ergebnis seiner Entscheidung über die Begünstigung zugrunde, so soll diese Verletzung der Pflicht zur eigenen Entscheidung mit der auf einen Verstoß gegen § 261 StPO gestützten Verfahrensrüge revisibel sein.[5] Das ist unrichtig: In der Revision erforderlich, aber auch ausreichend ist die allgemeine Sachrüge, denn das Gericht hat entschieden, wenn auch ohne Ausnutzung des ihm zustehenden Raums zur eigenverantwortlichen Entscheidung.[6] In einer unrichtigen Anwendung einer Verfahrensvorschrift liegt der Fehler des dem über die Strafbarkeit des B befindenden Gerichts also nicht, vielmehr ist dem Gericht ein sachlichrechtlicher Fehler unterlaufen. Die Sache liegt hier nicht anders als in einer Situation, in der das Gericht ein Tatbestandsmerkmal nicht geprüft oder nicht dargelegt hat; eine solche Verletzung der Kognitions- bzw. Darlegungspflicht begründet schon auf die allgemeine Sachrüge hin die Revision.

1. Qualität der Vortat und Rechtgut der Begünstigung

Der Kreis der i.S. des § 257 Abs. 1 StGB hilfeleistungsfähigen Taten ist enger als bei § 258 StGB, aber weiter als bei § 259 StGB, weil nicht nur gegen fremdes Vermögen gerichtete Taten von § 257 StGB erfasst sind[7], sondern auch Nichtvermögensdelikte. Daraus wird überwiegend die Schlussfolgerung gezogen, dass § 257 StGB nicht nur das Vortatrechtsgut schützt, sondern auch die Strafrechtspflege, soweit sie das Vortatrechtsgut in strafbewehrter Weise absichert.[8] Sehr im Streit ist, ob darüber hinaus auch die generalpräventive Wirkung der durch die Vortat verletzten Norm mitgeschützt wird.[9] Das ist richtigerweise zu bejahen: Hätte § 257 StGB nur den Nachtatschutz des Vortatrechtsguts im Auge, so ließe sich nicht erklären, warum die Norm ausschließlich *strafrechtswidrig* (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) erlangte und nicht auch durch bloße verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB) erlangte Vermögensvorteile als sicherungsfähig definiert; weil nur bei einem strafrechtswidrig erlangten Vorteil die generalpräventive Wirkung des Strafrechts überhaupt tangiert ist, kann die Beschränkung auf Straftaten nur mit einem flankierenden Schutz der Generalprävention erklärt werden.[10] Freilich besteht das damit zu konstatierende Schutzgut der Generalprävention nicht um seiner selbst willen (das wäre angesichts der bereits begangenen Vortat sinnlos), sondern allein *pro futuro*, also damit Taten wie die Vortat *künftig* nicht mehr begangen werden – sei es, dass die Rechtsgemeinschaft lernt, dass sich Straftaten nicht lohnen oder sei es, dass man potentielle Rechtsbrecher von der Begehung weiterer Straftaten wie der Vortat abschreckt. Mittel zur Erreichung dieser generalpräventiven Wirkung ist die mit der Strafbewehrung der Begünstigung zu bewirkende Isolierung des Vortäters von potentiellen Begünstigern; der von § 257 StGB ausgehende präventive Effekt ist also zukunftsgerichtet.

Dass die Vortat insbesondere nicht schuldhaft sein muss[11] – anders als bei § 258 StGB –, ist kein Argument gegen die Verfolgung auch generalpräventiver zukunftsgerichteter Zwecke; es erklärt sich daraus, dass im Strafverfahren die Restitution des ohne die Vortat hypothetisch bestehenden Zustandes nach § 73 StGB maßgeblich durch den Verfall bewirkt wird, für welchen ebenfalls nur eine rechtswidrige – mithin gerade nicht schuldhafte – Tat erforderlich ist[12]. Darüber hinaus ist die Bewirkung eines präventiven Effektes durch Isolierung *künftiger* Vortäter auch dadurch denkbar, dass die Unterstützung schuldlosen Vortathandelns von § 257 StGB unter Strafe gestellt wird, sollen doch nach herrschender Meinung strafrechtliche Verhaltensnormen auch gegenüber schuldlos Handelnden gelten[13].

---

[5] *Gollwitzer* (Fn. 4), § 261 Rn. 184 m.w.N.

[6] Zutreffend *Schlüchter*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 13. Lieferung, Stand: Mai 1995, § 261 Rn. 103 (Fehler der Beweiswürdigung).

[7] Heute ganz herrschende Meinung, vgl. *Amelung*, JR 1978, 227 (229); *Geppert*, Jura 1980, 269 (271); *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 2, 4; *Stree*, JuS 1976, 137; *Zipf*, JuS 1980, 24 (25 f.); de lege ferenda für einen Schutz nur des Vermögens *Geerds*, GA 1988, 243 (263, 267).

[8] Mit Unterschieden en detail etwa *Geppert*, Jura 1980, 269 (270); *ders.*, Jura 1994, 441 (442); *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 4, 24, 27; *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 2; *Seelmann*, JuS 1983, 32 (33). Die Rechtsprechung ist uneinheitlich, vgl. einerseits BGHSt 23, 360 (361) (Straftat gegen das Vermögen), andererseits BGHSt 24, 166 (167) (Hemmung der Rechtspflege).

[9] Bejahend *Amelung*, JR 1978, 227 (230 f.) (Schutz des Vortatrechtsguts sowie der Geltung der Vortatvorschrift); *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 257 Rn. 4 ff., § 257 Rn. 1 (Präventionseffekt gegenüber künftigen Taten); *Miehe*, in: Festschrift für Richard Honig zum achtzigsten Geburtstag, 1970, S. 91 ff. (Verstärkung generalpräventiver Wirkung des Strafrechts durch Pönalisierung der Nachtathilfe); *Seel*, Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteilnehmer, 1999, S. 13 ff., 22 (generalpräventive Wirkung des Strafrechts mittels Isolationsandrohung); *Vogler*, in: Jescheck u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, S. 423 ff. (414) (Intensivierung generalpräventiver Wirkung sowie mittelbarer Rechtsgüterschutz); krit. *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 3 ff.

[10] Ausführlich (im Anschluss an *Miehe* [Fn. 9], S. 91, 97 ff.) *Seel* (Fn. 9), S. 20 ff., auch zu Wortlaut- und rechtsgutstheoretischen Erwägungen; ferner *Amelung*, JR 1978, 227 (230).

[11] Nahezu allgemeine Auffassung, vgl. *Geppert*, Jura 1980, 269 (272); *Ruß* (Fn. 1) § 257 Rn. 3; *Stree* (Fn. 3), § 257 Rn. 4; anders nur *Miehe* (Fn. 9), S. 91 (114) zu § 257 a.F.

[12] *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 23, der daraus auch schlussfolgert, dass die Strafrechtspflege von § 257 StGB mitgeschützt wird, soweit ihr eine vortatrestituierende Funktion zukommt.

[13] *Seel* (Fn. 9), S. 20 ff.; *Miehe* (Fn. 9), S. 91 ff. (S. 116).

Mit der hier vertretenen Doppelspurigkeit des Begünstigungsrechtsguts wird schließlich auch dem Bedenken die Spitze genommen, dass die Bestimmung der generalpräventiven Wirkung des Strafrechts als des von § 257 StGB geschützten Rechtsguts zur Auflösung des Prinzips des unmittelbaren Rechtsgüterschutzes, dem das Strafrecht verpflichtet sei, führe.[14] Denn da § 257 Abs. 1 StGB *auch* den Schutz des Vortatrechtsguts bezweckt, wird mit der Norm ja unmittelbarer Rechtsgüterschutz betrieben. Festzuhalten bleibt demnach: § 257 StGB schützt das durch die Vortat beeinträchtigte Rechtsgut, das durch Restitutionsvereitelungshandlungen, also gegen die Wiederherstellung des status quo ante gerichtete Handlungen, weiter beeinträchtigt werden kann, zugleich hat die Norm aber – und zwar aus Anlass der begangenen Vortat – auch den Schutz vor anderen, der begangenen Vortat ähnlichen Taten im Auge.

2. Tat eines anderen: Der Täterkreis

Die Begünstigung stellt an sich ein Jedermannsdelikt dar; aus ihrem Charakter als Anschlussdelikt folgen aber Beschränkungen des Kreises der tauglichen Täter.

a) Bei der Vortat muss es sich aus Sicht des präsumtiven Begünstigers um die Tat eines anderen handeln. Daraus folgt, dass ein *Allein*täter der Vortat schon wegen § 257 Abs. 1 StGB niemals Begünstiger sein kann. Die Selbstbegünstigung eines Vortatalleintäters ist also schon nicht tatbestandsmäßig. Vortat*teilnehmer* hingegen können nicht schon aus tatbestandlichen, sondern erst aus Konkurrenzengründen nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht wegen Begünstigung bestraft werden.

b) Ob die Hilfeleistung eines Vortatalleintäters, der einen Teilnehmer der Vortat – also Anstifter oder Gehilfen (vgl. die Legaldefinition in § 28 Abs. 1 StGB) – begünstigt, nach § 257 Abs. 1 StGB tatbestandslos oder nach § 257 Abs. 3 StGB zu beurteilen ist, hängt davon ab, wie man den Begriff „einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat" i.S. des § 257 Abs. 1 StGB deutet. Im Verhältnis zum Vortäter muss sich der Teilnehmer als „anderer" darstellen. Zwar wird einem Teilnehmer die Haupttat (ggf. abgeschwächt, vgl. § 27 Abs. 2 StGB) zugerechnet, was jedoch nichts daran ändert, dass für ihn der Haupttäter ein „anderer" bleibt. Daher erfüllt auch die Hilfeleistung eines Vortatalleintäters den objektiven Tatbestand des § 257 Abs. 1 StGB.[15]

c) Umstritten ist schließlich, ob ein *Mit*täter der Vortat Täter des § 257 Abs. 1 StGB sein kann, indem er einen anderen Vortatmittäter begünstigt. Nach überwiegender Auffassung sind Vortatmittäter im Verhältnis zueinander „andere" i.S. des § 257 Abs. 1 StGB, so dass sie sich tatbestandsmäßig Hilfe leisten können[16]. Die Straflosigkeit der Begünstigung von Vortatmittätern folgt für diese Meinung also erst aus dem Strafausschlussgrund des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB. Nach anderer Meinung, die für sich einen mehr postulierten als begründeten Gleichlauf mit der Hehlerei[17] in Anspruch nimmt, scheitert die Begünstigung eines Vortatmittäters schon gemäß § 257 Abs. 1 StGB auf Tatbestandsebene.[18] Auf die Streitfrage kommt es insbesondere an, wenn der Hilfeleistende wegen seiner Mitwirkung an der Vortat z.B. wegen seinerzeitiger Schuldunfähigkeit nicht belangt werden kann oder wenn an der Hilfeleistungshandlung Dritte mitgewirkt haben und deshalb deren Bestrafung von einer entsprechenden teilnahmefähigen Begünstigungshaupttat abhängt. Dazu

Fall 3: V und B haben bei einem Wohnungseinbruchsdiebstahl als Mittäter (§§ 244, 25 Abs. 2) einen wertvollen Stuhl mit Fettfleck von Beuys erbeutet, den V behalten soll. B war bei Begehung des Wohnungseinbruchsdiebstahls wegen einer schweren Intoxikationspsychose schuldunfähig (§ 20 StGB). Als B erfährt, dass bei V eine Hausdurchsuchung bevorsteht, stellt B (der nun wieder voll schuldfähig ist) den Beuys auf Vorschlag des B hin bei B im Keller unter. Strafbarkeit des B nach § 257 Abs. 1 StGB?

Abwandlung: Wie oben, nur hilft der in alles eingeweihte G dem B dabei, den Stuhl in den Keller zu tragen. Strafbarkeit von G und B?

Dass im Ausgangsfall 3 § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht greift, wenn der jeweilige Vortatmittäter aus materiell-rechtlichen Gründen (hier: Schuldunfähigkeit des B) wegen seiner Vortatbeteiligung nicht bestraft werden kann, ist anerkannt, denn Abs. 3 S. 1 trägt nicht etwa einer notstandsähnlichen Lage eines Vortatbeteiligten Rechnung, sondern kodifiziert lediglich Konkurrenzenerwägungen (näher unten V.)[19]; aber auf die Strafausschlussklausel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB kommt es erst an, wenn die Hilfeleistung des B überhaupt tatbestandsmäßig war. Wer mit der Minderheitsauffassung davon ausgeht, dass Vortat*mittäter* die Nachtat des § 257 Abs. 1 StGB schon nicht tatbestandsmäßig erfüllen, der müsste B vorliegend für straflos halten[20].

Richtig ist es, die Begründung der Straflosigkeit von Mittätern nicht schon auf § 257 Abs. 1 StGB, sondern erst auf § 257 Abs. 3 S. 1 StGB zu stützen. Denn § 257 Abs. 1 StGB ist anders formuliert als § 259 Abs. 1 StGB. Nimmt dort der Gesetzeswortlaut Bezug auf das Tatobjekt und damit den Gegenstand der Vortat, so nennt § 257 Abs. 1 StGB den „anderen" als Bezugspunkt der Tathandlung der Nachtat. War man Mittäter der Vortat einer Hehlerei, so hat nicht ein

[14] So *Geerds*, GA 1988, 243 (262); *Schneider*, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells, 1991, S. 177 und 165 ff.; *Vormbaum*, GA 1986, 467 (468).

[15] *Geppert*, Jura 1980, 327 (330); *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 21.

[16] *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 34; *Geppert*, Jura 1994, 441 (443); *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 16.

[17] Bei der Hehlerei ist heute anerkannt, dass (Mit-)Täter der Vortat nicht Hehlereitäter sein können, wobei man bei Vortatmittätern ganz überwiegend § 259 Abs. 1 StGB schon für tatbestandlich nicht erfüllt hält, vgl. dazu BGHSt 7, 134 (137); *Geppert*, Jura 1994, 100 (103); *Küper*, Probleme der Hehlerei bei ungewisser Vortatbeteiligung, 1989, S. 66 f.

[18] *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 8.

[19] *Geppert*, Jura 1994, 441 (444); *Stree* (Fn. 3), § 257 Rn. 32; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 257 Rn. 8.

[20] So für Schuldunfähigkeit bei Begehung der Vortat ausdrücklich *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 9 und (implizit) Rn. 31 f.

anderer die Sache erlangt, sondern – über die Zurechnungsnorm des § 25 Abs. 2 StGB – man selbst.[21] Hehlerei scheidet also wegen Identität von Vortäter und Nachtäter aus. Hingegen muss bei § 257 Abs. 1 StGB nur ein anderer die zu begünstigende Tat begangen haben. Mittäter der Vortat bleiben im Verhältnis zueinander aber „andere" i.S.d. § 257 Abs. 1 StGB, mag ihnen auch die Vortatbegehung der anderen Mittäter zugerechnet werden. Daher gibt der Wortlaut der §§ 257, 259 StGB kein Argument für eine Gleichbehandlung beider Tatbestände in Bezug auf Vortatmittäter her. Dass bei § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht nur Anstifter und Gehilfe gemeint sein müssen, sondern auch Mittäter (Alleintäter kommen ja unstreitig nicht in Frage), zeigt überdies der Wortlaut der Norm: Ginge es nur um Teilnehmer, so müsste das Gesetz diesen legaldefinierten Begriff (vgl. § 28 Abs. 1 StGB) verwenden; Beteiligung meint aber Täterschaft und Teilnahme, vgl. § 28 Abs. 2 StGB. Das spricht entscheidend dafür, auch Mittäter der Vortat erst auf Strafausschließungs- (§ 257 Abs. 3 S. 1 StGB) und nicht schon auf Tatbestandsebene (§ 257 Abs. 1 StGB) straflos zu stellen. Im Ausgangsfall 3 ist B daher aus § 257 StGB zu bestrafen. Weil in der Abwandlung eine – insbesondere tatbestandsmäßige – vorsätzliche rechtswidrige Begünstigung des B vorliegt, hat sich G nach §§ 257, 26 StGB strafbar gemacht; die Gegenauffassung müsste mangels Haupttat eine Beihilfestrafbarkeit des G ablehnen.

3. Vortatgeschädigter als tauglicher Täter?

Aus dem Charakter der Begünstigung als einem beihilfeähnlichen Nachtatdelikt folgt ein interessantes, eigentlich in der Beteiligungslehre anzusiedelndes Spezialproblem, dass wegen ihrer „Beihilfeähnlichkeit" aber auch bei der Begünstigung der Erwähnung bedarf.

Fall 4: In einer überfüllten Gaststätte beobachtet der Wirt B, wie sich V an einem Mantel zu schaffen macht, welchen B für den des O hält. In Wirklichkeit ist es der eigene Mantel des B, aus dem V die Geldbörse des V zieht. Als V soeben durch die Tür hinaus will, verfolgt ihn ausgerechnet der O, der – im Gegensatz zu B – die Lage völlig richtig erkannt und dem B seine (des B) Geldbörse wiederbeschaffen möchte. Um V das Entkommen mit der Geldbörse (des O, wie B meint) zu sichern, wirft B dem V seine (des B) Fahrradschlüssel zu. V kann mit dem Fahrrad des B entkommen. Strafbarkeit des B nach § 257 StGB?

Mit dem Diebstahl der Geldbörse hat V eine begünstigungsfähige Vortat begangen. Akzeptiert man mit der herrschenden Ansicht, dass auch Handlungen, die eine Art „Hilfe zur Selbsthilfe" darstellen (wie das Zuwerfen des Schlüssels), ein vom Wortlaut des § 257 Abs. 1 StGB gedecktes Hilfeleisten sind (dagegen aber unten III. 2. b), so stellt sich die Folgefrage, ob Vortat der Begünstigung eine gegen den präsumtiven Begünstiger gerichtete Tat sein kann, die dieser irrtümlich für eine gegen einen anderen gerichtete Tat hält. Dies ist keine Frage erst der Tauglichkeit der Hilfeleistungshandlung, sondern schon eine der Tauglichkeit der Vortat.

Richtigerweise wird man für § 257 StGB eine objektiv gegen ein dem Begünstiger gegenüber geschütztes Rechtsgut gerichtete Tat verlangen müssen. Das erhellt aus folgender Überlegung: Die Begünstigung ist der Nachtatbeihilfe derart ähnlich, dass man für sie – die ja einen eigenständigen Tatbestand darstellt – erst recht die auch an die Beihilfe zu stellende Anforderung eines eigenen Rechtsgutsangriffs verlangen muss. Richtet ein präsumtiver Gehilfe seine vermeintlich gegen einen anderen gerichtete Hilfehandlung *realiter* gegen sich selbst, so ist anerkannt, dass jedenfalls vollendete Beihilfe zum vollendeten Delikt ausscheiden muss.[22] Dann kann für die – cum grano salis – „Nachtatbeihilfe" des § 257 StGB nichts anderes gelten; mangels Strafbarkeit der versuchten Begünstigung reicht die irrige „Vorstellung" (§ 22 StGB), einen anderen zu schädigen (bzw. einem anderen dabei zu helfen) nicht für Tatvollendung aus. Dass bei der „echten", also vor oder bei der Haupttatbegehung geleisteten Beihilfe, die sich gegen den Gehilfen selbst richtet, ganz überwiegend von *vollendeter* Beihilfe zum Versuch ausgegangen wird, also von einem strukturell vollendeten Delikt mit überschießendem, auf Vollendung der Haupttat gerichteten Vorsatz, verschlägt nichts; denn auch die Vortat des § 257 StGB – die strukturell die Parallele zur Haupttat bei § 27 StGB darstellt – muss gegen ein Rechtsgut gerichtet sein, welches dem Begünstiger gegenüber Schutz genießt. Ein objektiv selbstschädigendes Verhalten stellt allenfalls eine Behinderung der Rechtspflege dar, nicht aber die Beeinträchtigung eines zu schützenden Individualrechtsguts. In Fall 4 könnte B allenfalls unter Versuchsgesichtspunkten bestraft werden, im Kontext des § 257 StGB also gar nicht. Daher kann der Geschädigte der Vortat niemals Begünstiger sein[23].

II. Tatobjekt: Vortatvorteile

Der Begriff „Vorteile der Tat" ist – ungeachtet der unklaren Formulierung des Gesetzeswortlauts – objektives Tatbestandsmerkmal.[24] Er erfasst nicht nur Vermögensvorteile, sondern nach heute ganz überwiegender Auffassung Vorteile aller Art; daher sind begünstigungsfähige Vortatvorteile beispielsweise auch die physische Gewalt über ein entführtes Kind, ein unverdient erlangter Titel oder die rechtswidrig herbeigeführte Freistellung vom Wehrdienst.[25]

[21] *Geppert*, Jura 1994, 100 (103).

[22] Heute allgemeine Ansicht; zur Frage, ob bei einem irrtümlichen Angriff auf ein dem Helfenden gegenüber geschütztes Rechtsgut vollendete Beihilfe zum Versuch oder (stets straflose) versuchte Beihilfe einschlägig ist, vgl. zuletzt *Dehne-Niemann*, ZJS 2008, 351 (362 ff.).

[23] Das gilt unabhängig davon, ob der durch die Vortat Geschädigte die Selbstschädigung irrtümlich für eine Fremdschädigung hält (wie hier im Text) oder ob er weiß, dass sich die Begünstigungshandlung gegen ihn selbst richtet, vgl. zu letzterem Fall das Beispiel bei *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 18.

[24] Daher reicht es nicht, wenn sich der Begünstiger solche Vorteile bloß vorstellt, vgl. BGHSt 24, 166 (167); *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 15.

[25] *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 2.

1. Anerkannt ist im Wesentlichen, dass die zu sichernden Vortatvorteile „unmittelbar" aus Vortat stammen müssen, also gerade nicht durch beliebige Surrogate ersetzt werden können. Gestritten wird aber über die Reichweite dieses „Unmittelbarkeitsgrundsatzes". Nach überwiegender Ansicht ist eine gegenständliche Identität – der ohnehin nur bei körperlichen Gegenständen als Sicherungsobjekten Bedeutung zukommen könnte – nicht erforderlich; anders als bei der Hehlerei steht jedenfalls der Wortlaut der prinzipiellen Sicherungsfähigkeit von „Ersatzvorteilen" nicht entgegen[26]. Prüfungsrelevant ist der folgende

Fall 5: A hat den Meisterdieb V zu einem Auftragsdiebstahl veranlasst, bei dem V eine wertvolle Autographie von Schuberts „Unvollendeter" gestohlen und verabredungsgemäß bei V abgeliefert hat. V hat dafür von A 100.000 € erhalten und diese unverzüglich auf einem Bankkonto eingezahlt. Danach entzieht er sich dem Zugriff der Polizei durch Flucht nach Liechtenstein, von wo er das Geld weiter zu einer auf den Cayman Islands ansässigen Bank transferiert. Auf Grand Cayman hebt die Ehefrau B des V in seinem Auftrag US-Dollar im Gegenwert von 100.000 € ab, bevor Interpol auf das Geld zugreifen kann. Hat sich B nach § 257 StGB strafbar gemacht?

Mit dem Diebstahl der Autographie hat V eine rechtswidrige Tat begangen. Für die Strafbarkeit der B aus § 257 StGB ist entscheidend, ob die in den von B abgehobenen 100.000 € einen „Vorteil der Tat" darstellen. Zweifel bestehen daran aus zwei Gründen: Zum einen hat B ihre Hilfeleistung an den eingezahlten US-Dollar-Banknoten vorgenommen, nicht aber an dem Picasso oder an den 100.000 €; zum anderen hat V ja als Vortat schon den Picasso gestohlen und nicht erst die 100.000 €, an deren Stelle die von B abgehobenen US-Dollar getreten sind.

Dass sich die Hilfeleistung der B nicht auf die 100.000 € bezog, ist für sich genommen noch nicht schädlich: Ungeachtet aller Meinungsverschiedenheiten en detail ist man sich im wesentlichen einig, dass sich bei einem in Geld bestehenden Vortatvorteil die Hilfeleistung nicht auf die konkreten Banknoten beziehen muss – also nicht diese den Vortatvorteil darstellen –, sondern auf den in den Geldscheinen verkörperten Wert[27] („Wertsummentheorie"). Am Bestand eines Geldwerts von 100.000 € hat das „Umwechseln" in US-Dollar also nichts geändert. Allerdings ist damit noch nicht gesagt, dass der Geldwert von 100.000 € einen sicherungsfähigen Vortatvorteil darstellt; dagegen spricht schon, dass sich die 100.000 € nicht als Kehrseite des bei B angerichteten Schadens darstellen; letzterer besteht nämlich nur im Verlust des Besitzes an der Schubert-Autographie. Plastisch gesprochen könnte man sagen, dass es an der „ Stoffgleichheit" zwischen Vortatschaden und Vortatvorteil fehlt; dies jedenfalls regelmäßig dann, „wenn der Vortäter den Vorteil nicht „aus" der, sondern „für" die Begehung der Vortat bekommen hat".[28] Da aber die Erlangung der 100.000 € durch V als solche keine Straftat darstellt, handelt es sich bei den 100.000 € lediglich um einen nicht sicherungsfähigen Ersatzvorteil. B ist im Fall nicht aus § 257 StGB strafbar.

2. Über die „Stoffgleichheit" des durch die Vortat angerichteten Schadens mit dem begünstigungsfähigen Vortatvorteil hinaus ist nach überwiegender Ansicht erforderlich, dass der Täter den Vorteil zum Zeitpunkt, in dem ihm Hilfe geleistet wird, noch innehat.

Fall 6[29]: V hat seiner zunächst gutgläubigen Ehefrau B veruntreutes Geld geschenkt. Nach dem die veruntreuende Unterschlagung aufgeflogen war und B von der Vortat Wind bekommen hatte, packte sie das schlechte Gewissen. Daher versprach B dem durch die Vortat Geschädigten, dem Arbeitgeber des V, ihm das Geld zurückzuerstatten. Nachdem sich ihre Gewissensregungen gelegt hatten, bereute B ihre Skrupel. Daher gab sie dem V das Geld zurück, damit dieser das Geld in Sicherheit bringe. Hat sich B nach § 257 StGB strafbar gemacht?

B hat sich nach § 257 StGB strafbar gemacht, wenn die Rückgabe des Geldes an V eine Hilfeleistungshandlung darstellt, die sich auf einen Vorteil gerade der Vortat bezieht. Der BGH hat das im dem Fall zugrundeliegenden Sachverhalt verneint und ausgeführt, die Hilfeleistung müsse sich auf eine „unmittelbar durch die Vortat" erlangt Vorteilsposition beziehen. Daran fehle es, weil die Wiedererlangung des Geldes durch V auf die Rückgabe durch B und nicht auf die Vortat zurückzuführen sei. Daher müsse sich der Täter zum Zeitpunkt der begünstigenden Handlung „noch im Genuss des durch die Tat erlangten Vorteils befinden"[30]. Aber die Rückgabe des Geldes stellt den *status quo ante* wieder her, und ohne die veruntreuende Vortat hätte B das Geld nicht an V zurückgeben können. Ein noch „unmittelbarer", stärker sichernder Akt der Hilfeleistung als die Rückgabe der Beute an den Vortäter ist kaum vorstellbar. Um zum entscheidenden Argument, das der BGH denn auch flankierend genannt hat, vorzudringen, muss man sich das in der Restitutionsvereitelung liegende Wesen der Begünstigung vergegenwärtigen: Eine objektive Eignung zur Vorteilssicherung wohnt der Handlung der B sicherlich nicht inne, wird doch der Zugriff des Vortatgeschädigten auf die Beute durch die Rückgabe an

[26] Für viele *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 20 Rn. 7; *Gössel/Dölling*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, § 68 Rn. 7.

[27] Vgl. etwa RGSt 39, 236 (237) (von gestohlenem Sparbuch abgehobener Geldbetrag); BGHSt 36, 277 (280 ff.): „wirtschaftliche Betrachtungsweise" entscheidend (vgl. aber auch BGH NStZ 1987, 22, wo Art. 103 Abs. 2 GG problematisiert wird); BGHSt 46, 107 (117); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. 2009, § 257 Rn. 10; *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 53; *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 11; sachlich ähnlich *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 13 f., der auf einen „Rechtswidrigkeitszusammenhang" abstellt: Der Vortatvorteil müsse sich gerade gegenüber jeweiligen dem Vortatgeschädigten als rechtswidrig darstellen.

[28] *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 52.

[29] BGHSt 24, 166 nachgebildet.

[30] BGHSt 24, 166 (167); zustimmend *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 11.

den Vortäter eher erleichtert als erschwert.[31] Das bedeutet, dass eine Strafbarkeit der B gemäß § 257 Abs. 1 StGB nicht schon mangels eines begünstigungsfähigen Vortatvorteils ausscheidet, sondern erst wegen des Fehlens einer objektiv geeigneten Hilfeleistungshandlung (zur Tathandlung des § 257 Abs. 1 StGB sogleich III.).

3. a) Auf die Frage des „Nochvorhandenseins" des erlangten Vorteils kommt es an im folgenden

Fall 7: V hat bei seinem Arbeitgeber, dem Kunsthändler O, Geld unterschlagen. Dieses Geld hat er auf einem Konto deponiert und nach und nach für Luxusaufwendungen wie Reisen, teure Kleidung und Schmuck für seine Frau ausgegeben. Als sich die Unterschlagung herausstellt, verlangt O von V, den er verdächtigt, Schadensersatz. Dem Freund B des V gelingt es, den Verdacht des O durch geschickte Manipulationen, gezielt gestreute Verdächtigungen gegen andere Angestellte des O und durch falsche Angaben gegenüber O zu zerstreuen. B geht es darum, den V vor der weiteren Geltendmachung und Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch O zu bewahren. Strafbarkeit des B nach § 257 StGB?

Hier hängt die Begünstigungsstrafbarkeit des B davon ab, ob seine fraglos zur Anspruchsabwehr geeigneten Maßnahmen sich auf einen „unmittelbar" aus der Vortat resultierenden Vorteil bezogen. Das ursprünglich den Vortatvorteil darstellende Geld wurde durch eine entsprechende wertmäßige Kontokorrentforderung gegen die Bank ersetzt, worin ein „unmittelbarer" Vorteil ebenso zu sehen ist wie in den anschließend abgehobenen Banknoten.[32] Jedoch war dieses Geld zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgebraucht. Ab diesem Zeitpunkt war der Geschädigte auf sekundäre Schadensersatzansprüche gegen den Vortäter beschränkt. Dadurch ist die Anspruchslage zwischen Vortäter und Geschädigtem in einer Weise verändert worden, die es rechtfertigt, den Unmittelbarkeits- bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Erlangung des Geldes durch die Unterschlagungsvortat und die Schadensersatzanspruchsabwehrmaßnahmen zu verneinen; der Schaden des Vortatgeschädigten besteht ja gerade darin, dass weder das ausgegebene Geld körperlich herausgegeben noch die nicht mehr existente Kontokorrentforderung an ihn abgetreten werden kann. Da sich die Hilfeleistung des B folglich auf einen nicht mehr existenten Vortatvorteil bezog, scheidet § 257 Abs. 1 StGB aus.

b) Dass das Problem der „Unmittelbarkeit" der Vortatvorteile eng verwandt ist mit der Tauglichkeit der Tathandlung, zeigt auch die folgende aktuelle Entscheidung des BGH:

Fall 8[33]: B stellte seinem Bruder V regelmäßig seinen ebay-account zur Verfügung. Er war damit einverstanden, dass V via ebay von ihm (V) gestohlene Kunstwerke verkaufte. Nicht festgestellt hatte das Tatgericht, ob sich der Verkauf an die Abnehmer den Tatbestand des Betrugs erfüllte. Die jeweiligen Käufer zahlten den Kaufpreis auf ein Girokonto des B ein, der entsprechende Beträge dann abhob und dem V in bar aushändigte. B wollte seinem Bruder beim Absetzen der gestohlenen Ware helfen. Strafbarkeit des B aus § 257 StGB?

Da § 259 StGB mangels Bereicherungsabsicht ausschied, hatte der BGH zu entscheiden, ob sich das Verhalten des B als Hilfeleistung im Sinne des § 257 StGB darstellte. Dabei hat der BGH zunächst die Auskehrung der Erlöse aus dem Verkauf der Kunstwerke als Tatobjekte überprüft, aber festgestellt, dass „der Erlös des aus einem Verkauf Erlangten kein unmittelbarer Vorteil mehr" ist, denn um „die" Vorteile der Tat handele „es sich nicht mehr, wenn dem Vortäter sich erst aus der Verwertung der Tatvorteile ergebende wirtschaftliche Werte zugewendet oder gesichert werden sollen"[34]. Da der Verkauf via ebay mangels tatrichterlicher Feststellungen nicht als Betrug eingestuft werden konnte, handelte es sich bei dem Erlös aus dem Diebstahl nur um „mittelbare" Vortatvorteile. Eine taugliche Hilfeleistungshandlung im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB vermochte der BGH schließlich auch nicht darin zu erkennen, dass B dem V seinen ebay-account zur Verfügung gestellt hatte, denn dafür, dass B eine Entziehung der gestohlenen Kunstwerke befürchtet hätten, war ebenfalls nichts festgestellt. B hat sich somit nicht aus § 257 StGB strafbar gemacht.

4. Dass bisweilen auch die zivilrechtliche Eigentums- und Anspruchslage bei § 257 StGB im Hinblick auf die Vortatvorteile eine Rolle spielt, zeigt

Fall 9[35]: T hat dem G ein wertvolles Originalmanuskript von Musils „Mann ohne Eigenschaften" gestohlen. Die Polizei ermittelt in Richtung des T. Daher erklärt sich B bereit, vorübergehend das Manuskript in seinem Keller zu verstecken, bis sich der Fahndungsdruck gelegt hat. Noch bevor es dazu kommt, verstirbt E, der die dem G gestohlene Autographie bereits vor dem Diebstahl von G gekauft (§ 433 BGB) hatte, ohne dass es aber zu einer Übereignung gekommen war; Alleinerbe (§§ 1922, 1967 StGB) des E ist T. B, der davon nichts weiß, verbringt den Musil in seinen Keller. Strafbarkeit des B aus § 257 Abs. 1 StGB?

Auf den ersten Blick wirkt es, als hätte sich B durch das Verstecken des Manuskripts (Vortatvorteil i.S. des § 257 Abs. 1 StGB) aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Wäre E nach Erwerb des Bildes, aber vor dem Diebstahl verstorben, so würde sich der Diebstahl des T – objektiv – nicht als rechtswidrig darstellen, weil dem T als Erben des E im Wege der Universalsukzession objektiv ein die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung ausschließender Anspruch auf Übereignung des Musil-Manuskripts zustand (untauglicher Diebstahlsversuch, §§ 242 Abs. 1, 2, 22 StGB). Diese Wertung hat auch Bedeutung für das Anschlussdelikt des § 257 StGB. Formal könnte zwar O, der noch Eigentümer der Handschrift ist, einen Herausgabeanspruch geltend machen, §§ 985, 823 BGB; da O aber ohnehin zur Übereignung des

[31] BGHSt 24, 116 (167); dazu *Geppert*, Jura 1980, 269 (271).
[32] Vgl. BGHSt 36, 277 (281 f.); *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 17.
[33] Sachverhalt vereinfacht nach BGH NStZ 2008, 516.
[34] BGH NStZ 2008, 516.
[35] Abgewandelt nach *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 57.

Manuskripts an T verpflichtet bleibt, könnte dieser der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs die „dolo-agit"-Einrede aus § 242 BGB entgegenhalten. Daher stellt sich – auch ohne dass T diese Einrede geltend machen müsste – die Verschaffung des Besitzes des T an dem Musil-Manuskript nicht als die Herbeiführung einer rechtswidrigen Besitzlage dar, die Begünstigungshandlung mithin als „rechtskonforme anspruchsverändernde Veränderung" der Besitzverhältnisse, weil sie keiner „Verfestigung rechtswidriger Herrschaftsverhältnisse, sondern deren Gegenteil" dient[36]. Dass B *subjektiv* die Verfestigung einer rechtswidrigen Lage herbeizuführen glaubte, weil ihm von der durch den Erbfall entstandenen Veränderung der zivilrechtlichen Anspruchslage nichts bekannt war, verschlägt nichts; denn mangels eines objektiv tauglichen begünstigungsfähigen Vortatvorteils fehlt es an einem tauglichen Tatobjekt. Daher hat sich B nicht wegen Begünstigung strafbar gemacht; der strukturell gegebene Begünstigungsversuch ist straflos.

III. Tathandlung: Hilfeleisten

Als Tathandlung setzt § 257 Abs. 1 StGB ein Hilfeleisten voraus. Bekannt sein sollte dem Leser, dass die herrschende Meinung hierfür eine objektiv geeignete Handlung verlangt;[37] ein irgendwie geartetes Handeln in Hilfeleistungstendenz, also ein bloß subjektiv für tauglich erachtete Handeln[38] reicht ebenso wenig aus wie eine tatsächliche Besserstellung des zu Begünstigenden[39] erforderlich ist[40].

1. Unmittelbares Ansetzen zur Hilfeleistung als hinreichend taugliche Hilfeleistung?

Mit der Feststellung, dass eine objektiv und ex ante[41] als tauglich anzusehende Handlung für die Hilfeleistung erforderlich ist, aber auch ausreicht, ist noch nicht ausgesagt, wie genau eine solche Handlung beschaffen sein muss. Hier hat sich – jedenfalls in der Literatur – der Standpunkt durchgesetzt, dass der präsumtive Begünstiger mindestens zur Vornahme der Begünstigungshandlung i.S. von § 22 StGB unmittelbar ansetzen muss. Dazu

Fall 9[42]: V hatte dem O einige Kornsäcke gestohlen und in einem Heuschober zwischengelagert. O, der von dem Versteck Wind bekommen hatte, legte sich mit einigen Polizeibeamten auf die Lauer. Der von V eingeschaltete B, der über die Herkunft der Säcke informiert war, wurde festgenommen, als er sich dem Schober näherte, um die Säcke vor dem Zugriff des O und der Staatsgewalt in Sicherheit zu bringen. Strafbarkeit des B nach § 257 StGB?

Begrifflich kann man sicherlich in der Annäherung des B an das Beuteersteck ein unmittelbares Ansetzen zur Vornahme des Abtransports der Säcke sehen.[43] Das Abtransportieren wäre fraglos eine geeignete Hilfeleistungshandlung i.S. des § 257 StGB. Dazu ist es aber nicht gekommen. Daher fragt sich, ob die Vornahme einer der eigentlich objektiv geeigneten Hilfeleistung unmittelbar vorgelagerten Handlung, die zwar als unmittelbares Ansetzen zur Hilfeleistung anzusehen ist, aber noch nicht selbst die Hilfeleistung darstellt, ausreicht. Diese Frage wird zu Recht überwiegend verneint:[44] Die Begünstigung verlangt eine Hilfeleistung, nicht lediglich „Hilfsvorbereitung" oder „Hilfsbereitschaft" (Begünstigung als „verselbständigtes objektiviertes Versuchsdelikt")[45], erforderlich ist daher eine Handlung, „die objektiv geeignet ist, zur Restitutionsvereitelung *unmittelbar* beizutragen"[46]. Das dagegen vorgetragene Argument, § 257 StGB sei „ein zum selbstständigen Straftatbestand erhobenes Versuchsdelikt", weshalb die Grenze „wie bei den Vorbereitungs- und Versuchshandlungen […] zu ziehen sei"[47], liegt neben der Sache:

---

[36] So *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 57 (dort Beispiel 4). Im von *Mitsch* gebildeten Fall wusste der präsumtive Begünstiger allerdings davon, dass der Vortäter Erbe des Kaufvertragspartners des Vortatgeschädigten wurde. Dazu, dass angesichts der Straflosigkeit des Begünstigungsversuchs daraus kein Unterschied resultiert, sogleich im Text. Entgegen der Darstellung von *Mitsch* geht es dogmatisch nicht erst auf Rechtswidrigkeitsebene darum, inwieweit ein zivilrechtlich bestehender Anspruch rechtfertigend wirkt (dann wäre hier im Text noch die Problematik zu erörtern gewesen, ob das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes zum straflosen Begünstigungsversuch oder zur strafbaren vollendeten Begünstigung führt), sondern schon darum, ob durch die Veränderung der zivilrechtlichen Lage überhaupt noch ein Anlass besteht, auf die Nachtathilfe mit dem Schwert des Strafrechts zu reagieren; die generalpräventive Wirkung der Vortatnorm, die den objektiven Tatbestand als Typus des § 257 StGB maßgeblich prägt, verlangt eine Isolierung des Vortäters dort nicht mehr, wo dieser das Tatobjekt der Vortat ohnehin von Rechts wegen behalten darf.

[37] Vgl. eingehend *Geppert*, Jura 2007, 589 (592 ff.) m.w.N.; *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 5. Aufl. 2008, § 46 Rn. 5 ff.

[38] Dafür etwa noch *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 27 Rn. 5 ff.; *Seelmann*, JuS 1983, 32 (34).

[39] So aber *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 18, der eine graduelle Besserstellung des Täters durch konkrete Erschwerung der Durchsetzung der Ansprüche des Vortatgeschädigten verlangt; ähnlich *Zieschang*, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 733 ff.(S. 734 f: konkrete Gefährlichkeit des Verhaltens).

[40] Zum Streitstand vgl. die Darstellung bei *Hillenkamp*, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2004, 37. Problem, S. 190 ff.

[41] Zur Maßgeblichkeit der ex-ante-Perspektive *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 33 („objektive Geeignetheit zur Vorteilssicherung […] nur im Zeitpunkt der Hilfeleistungshandlung"); *Zieschang* (Fn. 39), S. 735.

[42] RGSt 55, 178 nachgebildet.

[43] *Geppert*, Jura 1980, 269 (275); *ders.*, Jura 2007, 589 (593); *Vogler* (Fn. 9), S. 422 f.

[44] Auch die Rechtsprechung tendiert zur Verneinung dieser Frage, vgl. RGSt 16, 157 f.

[45] *Küper*, Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 204 f.

[46] *Stree* (Fn. 3), § 257 Rn. 19 (kursive Hervorhebung vom Verfasser).

[47] *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 14 mit im Übrigen unklarer Position.

Die zu beantwortende Frage ist gerade, wo bei einem Tatbestand, der für die Vollendung auf einen äußerlich wahrnehmbaren Erfolg im Sinne einer tatsächlichen Besserstellung des Täters verzichtet, die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch zu ziehen ist. Wie bei den schlichten Tätigkeitsdelikten bzw. bei den verhaltengebundenen Erfolgsdelikten, bei denen der Versuch erst mit dem Anfang der Vornahme der tatbestandlich genau umschriebenen Handlung beginnt, kann man ein „unmittelbares Ansetzen" i.S. des § 22 StGB erst dann annehmen, wenn der Täter mit der tatbestandlich umschriebenen Verhaltensweise beginnt. Das unmittelbare Ansetzen zur Hilfeleistung begründet daher nur strafloses Begünstigungsversuchsunrecht, für Tatvollendung genügt es noch nicht.[48] Gerade aus dem Charakter des § 257 StGB als eines objektivierten Versuchs- und zugleich Tätigkeitsdeliktes folgt also, dass erst der Beginn der Vornahme der objektiv geeigneten Hilfeleistungshandlung materiell versuchs- und damit im Hinblick auf § 257 StGB formell vollendungsbegründend wirkt[49].

In Fall 9 wäre also für eine vollendete Hilfeleistungshandlung erforderlich gewesen, dass B mit dem Abtransport des ersten Kornsacks begonnen hat; durch das bloße Ansetzen zur Hilfeleistung hat sich B nach richtiger Ansicht nicht nach § 257 StGB strafbar gemacht.

2. Begünstigung durch mittelbare, insbesondere mittelbar-täterschaftliche Förderungshandlungen?

a) Die oben konstatierte Abhängigkeit der Begünstigungsvollendung vom Beginn der objektiv geeigneten Hilfeleistungshandlung hat zugleich Auswirkungen auf die Fallgruppe der sogenannten mittelbaren Förderungshandlungen. Gemeint sind damit Fälle, in denen jemand einem Vortäter dadurch Hilfe leistet, dass er einen anderen zur Begünstigung veranlasst. Dass es in derartigen Fällen für eine Anstiftungsstrafbarkeit an einer Haupttat fehlen kann, wenn der angesonnene Begünstiger seinerseits erst Vorbereitungshandlungen vorgenommen hat und die Anstiftungshandlung erst recht keine täterschaftliche Begünstigungsqualität aufweist, ist weitgehend anerkannt[50]; gleiches gilt mangels Tatbestandsmäßigkeit der Selbstbegünstigung (nochmals: § 257 Abs. 1 StGB verlangt die Vortat eines *anderen*!), wenn ein an der Vortat Unbeteiligter den Alleintäter der Vortat zur Begünstigung anstiftet. Beispielhaft

Fall 10: V hat aus einem Museum einen wertvollen Matisse entwendet. Weil ihm die Polizei auf den Fersen ist, leiht ihm B seinen Pkw, damit V den Matisse in einem Schließfach bei einer Schweizer Bank in Sicherheit bringen kann. Hat sich B wegen Begünstigung gemäß § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht?

Die Lösung hängt davon ab, ob man in dem Zur-Verfügung-Stellen des Kfz durch B ein Hilfeleisten sieht. An sich handelt es sich dabei um eine typische Beihilfehandlung, die mangels Tatbestandsmäßigkeit der Selbstbegünstigung des V (Verbringen des Matisse in die Schweiz) aber ihrerseits tatbestandslos wäre. Möglicherweise verlangt aber § 257 StGB gar keine täterschaftliche, also insbesondere von Tatherrschaft getragene Handlung, sondern lässt jedes quasigehilfenschaftliche „Helfen" ausreichen?

Dass eine Vielzahl von Beihilfehandlungen beteiligungsdogmatisch nach allgemeinen Regeln tatbestandslose Teilnahme an einer Selbstbegünstigung des Vortäters wäre, hat zu Versuchen der Dogmatik geführt, ansonsten perhorreszierte Strafbarkeitslücken zu schließen. Die dabei erbrachten Vorschläge – begründungslose „Hochstufung" von an sich anstiftungs- oder beihilfetypischen Handlungen zur Täterschaft[51] oder mittelbar-täterschaftliche Begehung des Vortatunbeteiligten durch den Vortäter als tatbestandsloses Werkzeug[52] – sind beteiligungsdogmatisch allesamt zweifelhaft. Für Täterschaft des „Quasigehilfen" lässt sich aber immerhin die Beihilfeähnlichkeit des § 257 StGB („*auxilium post delictum*") ins Feld führen und argumentieren, der Hilfeleistungsbegriff in § 257 StGB verlange schon gar keine „echte" Tatherrschaft neben einem tatbestandslos handelnden, sich selbst begünstigenden Vortäter („Beihilfe nach der Tat")[53]; die „Tatherrschaft" müsse sich nur auf die Vornahme der Hilfshandlung beziehen, weil § 257 StGB gerade Erfolg voraussetzt, der tatherrschaftlich bewirkt werden müsse.[54]

Aber selbst wenn dieser Einwand richtig wäre, würde mit ihm nur die Beteiligungskomponente der Problematik – also die Frage, welche funktionale Rolle der präsumtive Begünstiger im Gesamtgeschehen spielt – überwunden. Nicht geklärt ist demgegenüber, ob sich ein teilnahmetypisches Handeln auch unter die speziellen Wortlautanforderungen des § 257 StGB („Hilfe leistet") subsumieren lässt. Hält man sich an die oben herausgearbeitete Erkenntnis, dass dafür mit einer Handlung begonnen werden muss, die den Vortäter

[48] Vgl. *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 26; unklar *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 43.

[49] Vgl. dazu auch die Parallelproblematik in der (insgesamt stark bestrittenen) Rspr. zur Absatzhilfe nach § 259 Abs. 1 Var. 4 StGB, wonach die Annahme einer vollendeten Absatzhilfe davon abhängen soll, dass der Vortäter Absatzbemühungen entfaltet hat, die den Beginn des Absetzens darstellen (BGH NJW 1989, 1490; BGH NStZ-RR 2005, 373 f.).

[50] Vgl. näher *Geppert*, Jura 2007, 589 (593).

[51] So z.B. bei *Lenckner*, in: Stree/Lenckner/Cramer/Eser (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 339 ff. (S. 350); *Stree* (Fn. 3), § 257 Rn. 20: Zur-Verfügung-Stellen des Kfz, Zeigen eines Beuteverstecks oder Warnung vor drohender Entziehung der Tatvorteile als täterschaftliche Begünstigungshandlungen; das sind – allgemein beteiligungsdogmatisch gesprochen – typische Teilnahmehandlungen. Gegen Täterschaft im Kfz-Beispiel zutreffend *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 63.

[52] Erwogen von *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 63, der aber aus beteiligungsdogmatischen Gründen die Figur des tatbestandslosen Werkzeugs ablehnt.

[53] Vgl. *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 19: Der Gesetzgeber habe „das Hilfeleisten selbst zur vertäterschaftlichten Begehungsform erhoben"; gegen diese Pauschalaussage mit Recht *Küper* (Fn. 45), S. 206.

[54] So etwa *Lenckner* (Fn. 51), S. 350.

unmittelbar besser zu stellen objektiv geeignet ist, so fehlt es an der Unmittelbarkeit bei Handlungen, die dem Vortäter erst die Möglichkeit verschaffen, sich selbst zu begünstigen. Nicht unmittelbar besserstellungsgeeignete Handlungen unter „Hilfe leistet" zu subsumieren verfehlt daher den Tatbestandssinn des § 257 Abs. 1 StGB. Sind solche Handlungen demnach lediglich Vorbereitungshandlungen, so kann man hiergegen nicht einwenden, Beihilfe sei ja unbestrittenermaßen auch im Vorbereitungsstadium möglich; denn *selbst wenn* einer gehilfenschaftlichen Rolle im Kontext des § 257 Abs. 1 StGB durch eine Entscheidung des Gesetzgebers *eo ipso* Täterschaftsqualität zukäme (so lautet ja die Prämisse), § 257 Abs. 1 StGB also eine Art „Einheitstäterbegriff" zugrundeläge, so suspendierte das den Rechtsanwender noch nicht von der Beachtung allgemeiner Kriterien wie der Abgrenzung von Versuch und Tatvollendung (versuchte Beihilfe ist bekanntlich straflos) sowie der Verhaltensgebundenheit der Tathandlungsumschreibung der Begünstigung. Bekanntlich ist ja auch die Hilfe, die einem tatbestandsmäßig handelnden *Fremd*begünstiger geleistet wird, nicht *per se* eine täterschaftliche Begünstigung, sondern nach heute fast einhelliger Ansicht gerade wegen des Fehlens *unmittelbarer* Eignung zur Restitutionsvereitelung nur Beihilfe zur Begünstigung.[55] Warum dies anders sein sollte, wenn eine nicht unmittelbar restitutionsvereitelungstaugliche Handlung einem tatbestandslos handelnden Selbstbegünstiger geleistet wird, ist nicht erklärbar. Im Fall hat sich B somit nicht nach § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

b) Aus der damit zu konstatierenden Verhaltensgebundenheit der Begünstigungshandlung folgt denn auch eine dogmatische Konsequenz, die bei anderen Delikten längst anerkannt ist, nämlich dass sich die Tathandlung nicht in mittelbarer Täterschaft begehen lässt, sondern dass Begünstigungstäter nur sein kann, wer die Hilfeleistungshandlung *in persona* vornimmt[56]. Dazu beispielhaft der folgende

Fall 11[57]: V hat einen Raub begangen und ein wertvolles Gemälde von van Gogh erbeutet. B zwingt den M durch die ernstgemeinte Drohung, ihn widrigenfalls umzubringen, seinen Keller als Versteck für den van Gogh zur Verfügung zu stellen. Strafbarkeit von B und M?

M hat objektiv tatbestandsmäßig und vorsätzlich eine Begünstigung begangen; auf die Zweifel an der Hilfeleistungs*absicht* kommt es im Ergebnis nicht an, wenn man akzeptiert, dass das Handeln des M jedenfalls nach § 35 Abs. 1 StGB entschuldigt ist (Nötigungsnotstand). Für B liegt auf der Grundlage der herrschenden Auffassung, die die Verhaltensgebundenheit der Begünstigung nicht erkennt und demzufolge mittelbar-täterschaftliche Begehung des § 257 StGB zulässt, eine Strafbarkeit aus §§ 257 Abs.1, 25 Abs. 1, Var. 2 StGB nahe.

Macht man hingegen aus den oben 1. dargelegten Gründen ernst mit der Verhaltensgebundenheit des § 257 StGB, so wird deutlich, dass sich der zeitlich enge Hilfeleistungszeitraum nicht durch einen beliebigen Rückgriff auf eine diesem vorgelagerte Ursache ersetzen lässt: Hilfeleisten ist eine Handlung, die objektiv geeignet ist, den Vortäter *unmittelbar* besserzustellen. Dieser Unmittelbarkeitscharakter der Begünstigungshandlung darf nicht dadurch ersetzt werden, dass man – darauf läuft die Zulassung mittelbarer Täterschaft hinaus – auch einen Vorbereitungshandlung im Sinne einer „Handlung, die eine Hilfeleistungshandlung verursacht" als tatbestandsmäßig ansieht.

M ist wegen des Nötigungsnotstandes im Fall entschuldigt, B hat sich mangels tatbestandlicher Hilfeleistungshandlung nach zutreffender Ansicht ebenfalls nicht nach § 257 StGB strafbar gemacht. Da aber M eine vorsätzlich-rechtswidrige Begünstigung begangen hat (der Nötigungsnotstand führt nach herrschender Meinung nur zur Entschuldigung nach § 35 Abs. 1 S. 1 StGB), hat B den M durch die Drohung zur Begünstigung bestimmt (§ 26 StGB). B ist somit strafbar wegen Anstiftung zur Begünstigung, §§ 257 Abs 1, 26 StGB.

3. Erfordernis der Pflichtwidrigkeit der Hilfeleistungshandlung

Über die objektive Eignung zur Besserstellung des Vortäters hinaus muss der in § 257 Abs. 1 StGB strafbewehrten Hilfeleistungshandlung ein Moment der Pflichtwidrigkeit innewohnen. Exemplarisch

Fall 12: V hat zwei Freunde (X und Y) zu einer schweren Brandstiftung (§ 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB) angestiftet, wobei er selbst das strafschärfende (§ 28 Abs. 2 StGB!) Merkmal der Absicht der Ermöglichung einer anderen Straftat (nämlich eines Brandversicherungsbetrugs, § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 5 StGB) aufwies, so dass ihm Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung zur Last fällt, §§ 306 b Abs. 2 Nr. 2, Var. 1 StGB. Die Brandversicherung hat auf die Schadensanzeige des V hin gezahlt. Im Ermittlungsverfahren gegen V, dem die *eigenhändige* Brandstiftungsbegehung vorgeworfen wird, wird die Ehefrau B des V vernommen. Obwohl B mit V am Tattag auf einem Ausflug war, kann sich B infolge einer Schockamnesie an den Tag des Hausbrandes rein gar nicht mehr erinnern und weiß deshalb nicht mehr, dass sie mit ihrer Familie auf einem Ausflug war. Sie traut aber ihrem Mann eine (auch eigenhändig verübte) Brandstiftung durchaus zu und glaubt deshalb die Unwahrheit zu sagen, als sie gegenüber dem Staatsanwalt *objektiv wahrheitsgemäß* aussagt, mit V auf einem Ausflug gewesen zu sein; dabei geht es ihr auch darum, dem V die Versicherungssumme zu erhalten. Strafbarkeit der B gemäß § 257 Abs. 1 StGB?

B hat in der Absicht ihre Aussage getätigt, dem V die Vortatvorteile zu erhalten. Probleme bereitet im Hinblick auf § 257 Abs. 1 StGB jedoch, ob in der objektiv zutreffenden, aber

[55] Vgl. *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 25; *Eser* (Fn. 3), § 257 Rn. 19; *Küper* (Fn. 45), S. 208; *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 23.

[56] Schon wegen der Verhaltensgebundenheit der Begünstigung ist also der Versuch verfehlt, dem „Quasigehilfen" ein tatbestandslos handelndes Vortäterwerkzeug unterzuschieben und ihn zum mittelbaren Täter kraft normativ verstandener Tatherrschaft zu machen (und nicht, wie *Mitsch* [Fn. 2], § 9 Rn. 63 möchte, erst aus beteiligungsdogmatischen Gründen).

[57] In Anlehnung an *Lenckner* (Fn. 51), S. 339 (350, dort Fn. 34).

subjektiv unzutreffenden Aussage der B vor dem Staatsanwalt eine taugliche Hilfeleistungshandlung zu sehen ist. Ganz überwiegend verlangt man dafür eine Handlung, die den Vortäter in Bezug auf die Vorteilssicherung zwar nicht besser stellen, aber immerhin zur Vorteilssicherung objektiv geeignet sein muss; die bloße Annahme, eine zur Vorteilssicherung hilfreiche Handlung vorzunehmen reicht somit nicht. Eine Lüge der B über die Brandstiftungstäterschaft ist zwar objektiv geeignet, den Vortäter V besser zu stellen, indes stellt sich die Aussage der E objektiv als nicht pflichtwidrig dar; denn der Aussageinhalt trifft ja objektiv durchaus zu, und B hätte sie auch bei zutreffender Erinnerung (nämlich dass sie mit V zur Tatzeit tatsächlich auf einem Ausflug war) objektiv wahrheitsgemäß abgeben dürfen. Daraus folgt, dass eine prozessual oder auch im Ermittlungsverfahren *objektiv wahrheitsgemäß* abgegebene Zeugenerklärung unabhängig von dem Vorstellungsbild des (oder der) Aussagenden keine der Verhaltensnorm des § 257 Abs. 1 StGB zuwiderhandelnde Hilfeleistungshandlung darstellt. Wollte man es anders sehen, so müsste man in Fall 12 B bei Vermeidung von Strafbarkeit aus § 257 Abs. 1 StGB zur Lüge (§ 258 Abs. 1 StGB!) oder entgegen § 52 StPO zur Belastung ihres Ehemanns verpflichten – ein absurdes Ergebnis. B ist somit mangels pflichtwidriger Hilfeleistungshandlung nicht aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar.

4. Hilfeleistung durch Unterlassen?

Sehr zweifelhaft ist, dass eine im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßige Hilfeleistung durch garantenpflichtwidriges Unterlassen begangen werden kann[58]. Dagegen spricht noch nicht unbedingt allgemein die obige Erkenntnis, dass die Begünstigung ein verhaltensgebundenes Tätigkeitsdelikt mit genau umschriebener Handlungsmodalität und ohne in der Außenwelt wahrnehmbaren Erfolg ist; denn nach heute überwiegender Ansicht sollen auch – entgegen dem zumindest problematischen Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB („Wer es unterlässt, einen *Erfolg* abzuwenden") und trotz der Entsprechensklausel – auch Tätigkeitsdelikte jedenfalls grundsätzlich im Wege „unechten" Unterlassen begehbar sein[59]. Jedoch stellen die von § 257 StGB geschützten Rechtsgüter Anforderungen an die gemäß § 13 StGB erforderliche Garantenstellung, die es zweifelhaft erscheinen lassen, dass Begünstigung durch Unterlassen begangen werden kann: Damit sich ein Unterlassen im Hinblick auf die in § 13 Abs. 1 StGB vorausgesetzte Modalitätenäquivalenz als einer aktiven Hilfeleistung entsprechend darstellt, muss es sich erstens als Nachtatangriff auf das Rechtsgut der Vortat und zweitens als Unterminierung der Geltung der Vortatnorm darstellen, was nur der Fall ist, wenn die Pflicht zum Handeln um des von der Vortatnorm geschützten Rechtsgutes willen[60] (Restituierung der vor der Vortat bestehenden Situation) und zusätzlich gerade auch im Interesse der Bestätigung der durch die Vortat verletzten Norm besteht[61]. Eine solche Pflicht wird sich regelmäßig nicht begründen lassen, insbesondere auferlegt die Rechtsordnung Garantenhandlungspflichten nicht um der generalpräventiven Wirkung ihrer eigenen Normen willen, sondern nur wegen des Schutzes von Rechtsgütern bei bereits bestehender Sonderverantwortlichkeit zur Gefahrenquelle oder zum zu bewahrenden Rechtsgut.

a) Beispielhaft

Fall 13: Der 17-jährige V hat ein teures Fahrrad gestohlen und in seinem Elternhaus bei seiner alleinerziehenden Mutter B untergestellt. B erfährt von dem Diebstahl, unternimmt aber nichts gegen das Unterstellen, weil V sie schon länger zum Kauf eines solchen Fahrrads gedrängt hat und sie damit

[58] Bejahend aber die ganz herrschende Ansicht, vgl. etwa RGSt 53, 108; *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 45; *Stree* (Fn. 3), § 257 Rn. 17; *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 15: Nichtstun in Begünstigungsabsicht reiche nicht, es sei denn, es bestehe eine besondere Rechtspflicht zum Handeln; im Grundsatz verneinend mit der Begründung, § 257 StGB sei Begehungsdelikt, *St. Cramer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 3, § 257 Rn. 19.

[59] Vgl. bejahend *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 13 Rn. 190 ff. zu verhaltensgebundenen Delikten und Rn. 214 ff. zu schlichten Tätigkeitsdelikten; verneinend *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 14 f.; *Jescheck*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 1), 11. Auflage 1992, § 13 Rn. 2; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2004, § 13 Rn. 66 zu reinen Tätigkeitsdelikten. Eingehend und grundsätzlich bejahend zur Problematik der Begehbarkeit von Tätigkeitsdelikten durch garantenpflichtwidriges Unterlassen *Tenckhoff*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel, 1992, S. 347 ff. sowohl unter dem Aspekt der Erfolgsabwendungsbezogenheit des § 13 Abs. 1 StGB (S. 356 ff.) als auch zum Aspekt der Modalitätenäquivalenz (S. 351 ff., speziell zur Begünstigung S. 355, allerdings entgegen der hier vertretenen Ansicht).

[60] Formulierungsmäßig ungenau, aber sachlich übereinstimmend *St. Cramer* (Fn. 58), § 257 Rn. 19, der statt auf das Vortatrechtsgut auf den Vortatrechtsgutsträger abstellt (Einzelperson oder Allgemeinheit).

[61] Dazu, dass die Handlungspflicht dem Schutz des jeweiligen Rechtsguts dienen muss, etwa BGHSt 37, 106 (119); *Fischer* (Fn. 27), § 13 Rn. 6. Daher lässt sich auch die Unterlassungsbegünstigungs- bzw. -hehlereistrafbarkeit eines Gastwirts, der die Unterbringung von Beute in seinen Gasträumen geduldet hatte, entgegen RGSt 58, 299 (300) (*Altenhain* [Fn. 3], § 257 Rn. 24) nicht auf nach der GewO bestehende Verpflichtungen aus §§ 33 Abs. 2 Nr. 1, 53 Abs. 2 a.F. GewO stützen, weil diese weder den Schutz der Vortatrechtsgüter noch den generalpräventiven Schutz der Vortatnorm bezwecken; gleiches gilt auch für § 4 Abs. 1 Nr. 1 GaststG (der ohnehin nur die Hehlerei nennt), vgl. *Geppert*, Jura 1980, 269 (276). Erst recht haben nach heute nahezu einhelligem Verständnis (vgl. aber *Stree* [Fn. 3], § 257 Rn. 17) – entgegen RG DR 1943, 234 – Ehegatten schon grundsätzlich keine Verpflichtungen, für das Unterbleiben von Straftaten durch den jeweils anderen zu sorgen (sondern nur eine Verpflichtung, für einander zu sorgen, vgl. *Geppert*, Jura 1980, 269 [276]).

sehr einverstanden ist, nun kein Fahrrad kaufen zu müssen. Macht sich B durch ihr Nichteinschreiten gegen das Unterstellen des Fahrrads bzw. dadurch, dass sie den V nicht angehalten hat die Diebesbeute herauszugeben, nach §§ 257 Abs. 1, 13 StGB wegen Begünstigung durch Unterlassen strafbar?

Voraussetzung für eine Begünstigungsstrafbarkeit der B durch Unterlassen ist zunächst eine Garantenstellung; diese Voraussetzung ist bei B, die als Mutter des V erziehungsberechtigt, aber auch -verpflichtet und aus dieser Autoritätsstellung heraus verpflichtet ist, Straftaten zu verhindern[62], jedenfalls grundsätzlich erfüllt. Aber dass der B die Verpflichtung zur Verhinderung einer Straftat obliegt, ist vorliegend nicht relevant. Denn die Deponierung der Diebesbeute in der Wohnung der B durch V stellt ja gar keine eigene Straftat dar, weil die Selbstbegünstigung des V i.S. des § 257 Abs. 1 StGB nicht tatbestandsmäßig ist. Daher ist ein garantenpflichtwidriges Unterlassen in Bezug auf die Verhinderung der Vortat durch V gar nicht einschlägig. Es muss sich vielmehr gerade in Bezug auf das präsumtive Begünstigungsunterlassen (das Nichteinschreiten gegen die Deponierung des Fahrrads in der Wohnung bzw. das Unterlassen, für eine Herausgabe der Diebesbeute zu sorgen) eine Verpflichtung der V finden lassen[63].

Bestünde der Zweck der Begünstigung allein im Schutz des durch die Vortat beeinträchtigen Rechtsguts, so wäre schon fraglich, woraus eine gesetzgeberseits gerade bei *Vermeidung* einer Begünstigungsstrafbarkeit auferlegte Verpflichtung folgen könnte, den durch die Vortat entstandenen Rechtsgutsschaden zugunsten des Vortatgeschädigten zu restituieren; durch das bloße Unterlassen des Einschreitens gegen die Deponierung in der Wohnung wird ja keine zur (geschweige denn unmittelbaren) Besserstellung geeignete Verhaltensweise an den Tag gelegt. Ohne dass damit zu der Streitfrage Stellung genommen werden müsste, ob garantenpflichtwidriges Unterlassen neben einem aktiv handelnden Täter (neben)täterschaftliche (§ 25 Abs. 1 Var. 1 StGB) oder gehilfenschaftliche (§ 27 StGB) Unterlassungsqualität zukommen soll, ist mangels Eignung zur unmittelbaren Besserstellung jegliches Unterlassen des Einschreitens gegen eine Selbstbegünstigung als nicht tatbestandsmäßig i.S. des § 257 Abs. 1 StGB anzusehen.

Hinzu kommt in Fall 13, dass das Rechtsgut des § 257 Abs. 1 StGB nicht nur im Schutz des Vortatrechtsguts besteht, sondern auch *pro futuro* die generalpräventive Wirkung der Vortatnorm geschützt wird. Woraus nun eine gerade auch den Schutz dieser generalpräventiven Wirkung der Vortatnorm bezweckende Garantenpflicht der B als Mutter des V resultieren soll, die im Falle der Zuwiderhandlung Strafbarkeit wegen Begünstigung auslösen können soll, ist nicht zu erklären; vor allem aber müsste eine solche, auf den Schutz der generalpräventiven Wirkung der Vortatnorm gerichtete *Handlungs*pflicht (um eine solche geht es ja bei Garantenpflichten) ihrem Inhalt nach auf die Durchsetzung generalpräventiver Interessen gerichtet sein, mit anderen Worten (über die Verhinderung der Selbstbegünstigung durch V hinaus) zu einer die Bestrafung des V ermöglichenden Handlung verpflichten – auch *sub specie* § 52 StPO wäre die Konstruktion einer solchen, soweit ersichtlich nicht existenten Pflicht ein unhaltbares Ergebnis[64]. Mangels Existenz einer gerade auf den Schutz des durch die Vortat beeinträchtigten Rechtsguts ausgehenden und überdies die Wiederherstellung des durch die Vortat angerichteten Normgeltungsschaden verfolgenden Handlungsverpflichtung ist B in Fall 12 nicht aus §§ 257, 13 StGB strafbar.

b) Im Ergebnis nicht anders liegt es, wenn ein Überwachergarant seiner an sich bestehenden Verpflichtung, für die Verhinderung von Straftaten zu sorgen, nicht nachkommt; eine *Begünstigungs*strafbarkeit lässt sich auch dann nicht begründen. Dazu

Fall 14: V hat ein teures Fahrrad gestohlen. Sein Freund B erbietet sich, das Fahrrad bei sich unterzustellen, bis „Gras über die Sache gewachsen" ist. So geschieht es (§ 257 Abs. 1 StGB des B). Die alleinerziehende Mutter U des B weiß von dem Diebstahl und von dem Handeln ihres Sohns B, unternimmt aber nichts, weil sie dem V das Fahrrad von Herzen gönnt und nicht möchte, dass dieser das Rad bei einer eventuellen Hausdurchsuchung wieder verliert. Strafbarkeit der U aus §§ 257, 13 StGB?

Hier mag man nun eine aus der Erziehungsverpflichtung der Mutter U resultierende allgemeine Verpflichtung zur Verhinderung von Straftaten – also auch einer Begünstigung des B – annehmen; aber auch damit kommt man nicht über den oben a) konstatierten Befund hinweg, dass ein bloßes Unterlassen keine (nicht einmal eine generelle) Eignung zur Besserstellung aufweist; allenfalls führt die Unterlassung des Einschreitens durch U dazu, dass eine Schlechterstellung des Vortäters V unterbliebe. Die Charakterisierung der Verhaltensgebun-

[62] Vgl. etwa *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 13 Rn. 51; *Jescheck* (Fn. 59), § 13 Rn. 42; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2006, § 13 Rn. 44.

[63] Eine solche pauschal bejahend etwa *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 24; *Eser* (Fn. 3), § 257 Rn. 17; *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 15.

[64] Die Unhaltbarkeit dieses Ergebnisses, insbesondere die Unzumutbarkeit, an der Bestrafung des V mitzuwirken beschränkt also richtigerweise nicht erst die persönliche Vorwerfbarkeit im Sinne der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens auf Ebene der Schuld, sondern bereits die auf Ebene des objektiven Unrechtstatbestandes aus einer Garantenstellung resultierende relevante Handlungspflicht; eine von Rechts wegen bestehende Pflicht, deren Befolgung von Rechts wegen nicht zumutbar ist, ist mit dem Verdikt der contradictio in adiecto zu versehen (im Einzelnen str., vgl. *Fischer* [Fn. 27], § 13 Rn. 6, 44 f. m.w.N. zum Streitstand). Eine solche auch und gerade auf den Schutz der generalpräventiven Wirkung der Vortatnorm abzielende Garantenstellung wird man allenfalls einem staatlichen Amtsträger in einer zur Strafverfolgung berufenen Positionen (Polizei und Justiz) auferlegen können, vgl. im Ergebnis zutreffend *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 45.

denheit der Hilfeleistung lässt sich also dahin präzisieren, dass sich § 257 Abs. 1 StGB zusätzlich als *begehungs*gebundenes Delikt darstellt, weil ein Unterlassen sich niemals *unmittelbar* besserstellend auswirken kann, sondern nur die unmittelbare Besserstellung durch jemand anderen ermöglichen kann.[65] Eine Verpflichtung zur aktiven Schlechterstellung von Vortätern (auf diese müsste die Handlungspflicht der U gerichtet sein), die Inhalt einer Garantenstellung sein könnte, findet sich nirgends; also ist U in Fall 14 nicht aus §§ 257, 13 StGB strafbar.

c) Eine Strafbarkeit wegen begünstigenden Unterlassens lässt sich schließlich auch nicht in jenen Fällen begründen, in denen eine Garantenstellung aus Ingerenz des präsumtiven Unterlassungsbegünstigers in Rede steht.

Fall 15: V hat ein wertvolles Gemälde von Holbein dem Jüngeren gestohlen. Er gibt den Holbein seinem Freund B zur Verwahrung; B ahnt nichts von inkriminierten Herkunft des Bildes. Erst später, nachdem B das Gemälde bereits in seinem Keller untergestellt hat, erfährt er zufällig aus dem Fernsehen, dass der in seinem Keller befindliche Holbein Gegenstand einer Straftat ist, woraufhin er begreift, dass V ihm das Bild übergeben hat, weil V Gras über die Sache wachsen lassen möchte. Weil B dem V das Bild erhalten möchte, unternimmt er gleichwohl nichts. Strafbarkeit des B aus §§ 257, 13 StGB?

Da B das Gemälde zunächst gutgläubig, also unvorsätzlich (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) untergestellt hat, entfällt eine Strafbarkeit wegen Begünstigung durch aktives Tun. Für eine Unterlassungsbegünstigungsstrafbarkeit bedarf es einer Garantenstellung des B. Diese hat der BGH aus Ingerenz, nämlich aus fahrlässig-pflichtwidrigem Vorverhalten hergeleitet,[66] indem er auf die gefahrerhöhende Vorverhaltensweise abgestellt hat (Entgegennahme des Bildes). Richtigerweise ist eine Ingerenzgarantenstellung des B – unbesehen der Frage, ob überhaupt durch Unterlassen i.S. des § 257 Abs. 1 StGB Hilfe geleistet werden kann – bereits deshalb zu verneinen, weil die zur Besserstellung geeignete Handlung schon vorgenommen und eine reale Besserstellung mit dem Unterstellen des Bildes schon erreicht worden ist. Durch die bloße Fortdauer des In-Gewahrsam-Habens droht eine zur Besserstellung des Vortäters geeignete Situation nicht intensiviert zu werden;[67] deswegen kann in Bezug auf die Ingewahrsamnahme des Gemäldes schon nicht von einer Gefahrschaffung gesprochen werden, vielmehr hat sich darin schon die Gefahr für die Geltung der Vortatnorm und für die Rechtsgüter der Vortat realisiert. Eine qua Garantenstellung begründete Handlungspflicht setzt aber eine Situation voraus, in der ohne das Eingreifen des Täters ein weiterer, über den bereits unvorsätzlich herbeigeführten hinausgehender Erfolg zu erwarten ist. Da B in Fall 15 nur passiv in der von ihr gutgläubig geschaffenen Lage verharrt hat, fällt ihr schon mangels gefahrerhöhenden Vorverhaltens keine Hilfeleistung durch Unterlassen zur Last, mithin keine Strafbarkeit aus §§ 257, 13 StGB.

[65] Dieses Ergebnis lässt sich auch über die Entsprechungsklausel nach § 13 Abs. 1 StGB – und nicht erst und allein über den Wortlaut des § 257 Abs. 1 StGB – erreichen, was insbesondere für eine eventuelle Strafbarkeit wegen Begünstigungsbeihilfe durch Unterlassen von Bedeutung ist. Gegen das hier verfochtene Ergebnis (keine Begehbarkeit des § 257 StGB durch Unterlassen) kann man nicht mit *Freund* (Fn. 59), § 13 Rn. 221 mit Fn. 296 einwenden, dass es sich bei § 257 StGB um ein – sachlich Versuchsunrecht als formal vollendete Tat pönalisierendes – Tätigkeitsdelikt handele, das, da auch der Versuch jedes Erfolgsdelikts als „schlichtes Tätigkeitsdelikt“ anzusehen sei und der unechte Unterlassungsversuch nach heute unbestrittener Auffassung jedenfalls grundsätzlich möglich sei, auch per Unterlassung begehbar sein müsse. *Freund*s Schlussfolgerung lässt nämlich außer acht, dass § 257 StGB kein in *Freund*s Sinne schlichtes Tätigkeitsdelikt darstellt, sondern mindestens in dem Sinne verhaltensgebunden ist, dass der Handlung eine (ex ante betrachtet) *objektiv*-generelle Eignung zur *unmittelbaren Besser*stellung des Vortäters innewohnen und sie *subjektiv* von einer entsprechenden (die Tathandlung näher charakterisierenden – dazu *Hruschka*, JR 1980, 221 [225 mit Fn. 31]) Absicht getragen sein muss. Diese objektive Eignung ist für ein durch unmittelbares Ansetzen vermitteltes Versuchsunrecht gerade nicht erforderlich (arg. § 22 StGB: „Vorstellung von der Tat“); dort reicht der bloße Vollzug einer Handlung in der Vorstellung, mit der Handlung die Tatvollendung herbeiführen zu können (arg. § 23 Abs. 3 StGB: Strafbarkeit des untauglichen Versuchs). § 257 StGB pönalisiert kein reines Versuchsdelikt, sondern ein *verobjektiviertes* Versuchsdelikt.

[66] BGH bei *Dallinger*, MDR 1956, 271.

[67] *St. Cramer* (Fn. 58), § 257 Rn. 19 a.E.; *Stree* (Fn. 3), § 257 Rn. 18; *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 25.

Übungsfall: Mein Grabstein, dein Grabstein?!

Von Wiss. Mitarbeiterin **Silvia Lang**, stud. iur. **Sarah Rauch**, Augsburg*

Der Übungsfall ist einer Entscheidung des BGH vom 20.12.2005, NJW-RR 2006, 570 nachgebildet und richtet sich an Studierende fortgeschrittener Semester. Den Schwerpunkt bildet das Zwangsvollstreckungsrecht, insbesondere die Rechtsbehelfe bei Vollstreckungsmaßnahmen in einen Grabstein.

Sachverhalt

In tiefer Trauer um seine kürzlich verstorbene Ehefrau Margarethe (M) lässt der alleinerbende Siegfried (S) aus München vom Steinmetz Gustav (G) aus Augsburg auf der Grabstätte seiner Frau in München einen Grabstein aus einer 40 cm dicken Granitplatte errichten.

G fräste in den Grabstein in einer Tiefe von etwa 15 mm den Namen sowie den Geburts- und Todestag der M ein. Der Grabstein wurde mit langen Stahlschrauben auf ein solides Betonfundament verschraubt. Aufgrund seiner schlechten Erfahrungen lieferte G den Grabstein unter Eigentumsvorbehalt. G verlangt von dem trauernden Witwer S insgesamt einen Betrag in Höhe von 7.000,- Euro. Der Betrag setzt sich wie folgt zusammen: Materialwert der Granitplatte (6.000,- Euro), die Kosten für das Einfräsen der Daten (500,- Euro) und das Aufstellen des Grabsteines (500,- Euro). S zahlt trotz Nachfristsetzung nicht.

G erwirkt einen Vollstreckungsbescheid gegen S in Höhe von 7.000,- Euro, der diesem auch zugestellt wird. Daraus betreibt G nunmehr die Zwangsvollstreckung gegen S. Im Einvernehmen mit der Friedhofsverwaltung lässt G den Grabstein durch den beauftragten Gerichtsvollzieher Valentin (V) pfänden.[1] V bringt ein Pfandsiegel an der Rückseite des Grabsteins an. S ist empört.

Kann sich S gegen die Pfändung des Grabsteins mit Erfolg wehren? S sieht unter anderem einen Verstoß gegen § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO.

Bearbeitervermerk

Prüfen Sie in einem umfassenden Rechtsgutachten, ob sich S gegen die Pfändung mit Erfolg wehren kann.

Lösungsvorschlag

Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO

Eine Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit

Die Vollstreckungserinnerung ist statthaft, wenn die Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden kann, die der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung zu beachten hat.[2] Ein solcher Verfahrensmangel ist zu bejahen, wenn der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckungsmaßnahme ergreift, obwohl eine der allgemeinen oder besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen fehlt oder ein Vollstreckungshindernis vorliegt.[3] Hier macht S geltend, dass zumindest ein Verstoß gegen § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO vorliegt. Somit ist die Vollstreckungserinnerung der statthafte Rechtsbehelf.

II. Zuständigkeit

Gemäß §§ 766 Abs. 1 S. 1, 802 ZPO ist das Vollstreckungsgericht ausschließlich sachlich zuständig. Nach §§ 764 Abs. 2, 802 ZPO ist grundsätzlich das Amtsgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat. Da das Vollstreckungsverfahren in München stattfand, ist das Vollstreckungsgericht in München zuständig. Funktionell ist nicht der Rechtspfleger, sondern der Richter gemäß § 20 Nr. 17 S. 2 RPflG zuständig.

III. Erinnerungsbefugnis

Erinnerungsbefugt ist derjenige, der durch die Zwangsvollstreckungsmaßnahme beschwert ist. Das kann der Schuldner, der Gläubiger, aber auch ein Dritter sein.[4] S ist als Vollstreckungsschuldner von der gegen ihn gerichteten Vollstreckungsmaßnahme unmittelbar betroffen und daher erinnerungsbefugt.[5]

---

* Die Autorin *Lang* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin, die Autorin *Rauch* studentische Hilfskraft an der Professur für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Wirtschaftsrecht (Prof. *Dr. Martina Benecke*) an der Universität Augsburg.

[1] Die Möglichkeit der Pfändung und Verwertung einer vollstreckungsgläubigereigenen Sache ist anerkannt und bietet Vorteile. Der Gläubiger behält seine Forderung und kann weiterhin den Restbetrag aus dem Titel vollstrecken. Konkurrierenden Gläubigern kann er mit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO entgegentreten.

[2] *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Kommentar zur ZPO, 67. Aufl. 2009, § 766 Rn. 5; *Lackmann*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2008, § 766 Rn. 15; *Stöber*, in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 27. Aufl. 2009, § 766 Rn. 10; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 1173.

[3] *Brox/Walker* (Fn. 2), Rn. 1173.

[4] *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 29. Aufl. 2008, § 766 Rn. 20a; *Zimmermann*, in: Zimmermann, Kommentar zur ZPO, 8. Aufl. 2008, § 766 Rn. 8 ff.

[5] Denkbar ist grundsätzlich auch eine Dritterinnerung naher Angehöriger. Angehörige, die selbst nicht Vollstreckungsschuldner sind, sind erinnerungsbefugt, wenn sie in einem eigenen Recht betroffen sind, z.B. in ihrem Recht auf Grabgestaltung, OLG Köln OLGZ 1993, 113.

IV. Form

Obwohl die Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO keine bestimmte Form vorschreibt, ist der Rechtsbehelf nicht formfrei. § 569 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO finden entsprechende Anwendung.[6] Eine ausdrückliche Bezeichnung als „Erinnerung" ist nicht erforderlich.[7] S hat die Vollstreckungserinnerung somit schriftlich mit eigenhändiger Unterschrift oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Maßgebend für das Rechtsschutzbedürfnis ist der Zeitpunkt, an dem über die Erinnerung entschieden wird.[8] Für den Schuldner der Zwangsvollstreckung liegt das Rechtsschutzbedürfnis somit grundsätzlich von Beginn bis zum Abschluss der Zwangsvollstreckung vor.[9] Da dem Sachverhalt nicht zu entnehmen ist, dass das Vollstreckungsverfahren bereits abgeschlossen ist, besteht das Rechtsschutzbedürfnis des S.

VI. Ergebnis

Die Vollstreckungserinnerung des S ist demnach zulässig.

B. Begründetheit

Die Erinnerung gegen die Vornahme einer Vollstreckungsmaßnahme ist begründet, wenn die angefochtene Maßnahme nicht oder nicht so hätte durchgeführt werden dürfen.[10]

I. Prozessvoraussetzungen

1. Antrag auf Durchführung der Zwangsvollstreckung

G hat einen wirksamen Antrag auf Durchführung der Zwangsvollstreckung gestellt.

2. Zuständiges Vollstreckungsorgan

Zu prüfen ist des Weiteren, ob die Zwangsvollstreckung vom zuständigen Vollstreckungsorgan durchgeführt wurde. Die Zuständigkeit des Vollstreckungsorgans richtet sich nach dem Vollstreckungsgegenstand, in den vollstreckt wird. Wird wegen einer Geldforderung in körperliche Sachen vollstreckt, so ist gemäß § 808 Abs. 1 ZPO der Gerichtsvollzieher zuständig. Wird dagegen in das unbewegliche Vermögen vollstreckt, so ist je nach Art der Vollstreckung das Vollstreckungsgericht (Zwangsversteigerung/Zwangsverwaltung) oder das Grundbuchamt (Zwangshypothek) zuständig. Der Gerichtsvollzieher ist somit nur dann das zuständige Vollstreckungsorgan, wenn es sich bei dem Grabstein, der mit Stahlschrauben auf das Betonfundament verschraubt wurde, um eine körperliche Sache gemäß § 90 BGB handelt. Ist der Grabstein hingegen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks gemäß § 94 Abs. 1 BGB, so finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in das unbewegliche Vermögen Anwendung (§§ 864-882 ZPO). Wäre der Grabstein dagegen nur Scheinbestandteil gemäß § 95 BGB, so unterfiele er wiederum den Regelungen über die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in körperliche Gegenstände (§§ 808-827 ZPO). Gemäß § 94 BGB handelt es sich um einen wesentlichen Bestandteil eines Grundstücks, wenn die Sache mit dem Grund und Boden fest verbunden ist. Ob Sachen fest verbunden sind, beurteilt sich nach der Verkehrsanschauung.[11] Die Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Trennung zur Beschädigung oder Änderung des Wesens der mit dem Grundstück verbundenen Sache führt.[12] Erfüllt ist die Voraussetzung darüber hinaus auch, wenn eine feste Verbindung allein durch die Schwerkraft hergestellt wurde.[13] Der Grabstein selbst ist zwar nur mit Stahlschrauben auf einem Betonfundament verschraubt. Die Verbindung von Stein und Betonfundament kann ohne Beschädigung getrennt werden. Die feste Verbindung wird für den Stein jedenfalls aufgrund seiner eigenen Schwere mit dem Grundstück hergestellt. Somit kann der Grabstein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks sein. Unabhängig davon stellt der Grabstein jedoch keinen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks dar, wenn er gemäß § 95 BGB nur zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück mit dem Grund und Boden verbunden wurde. Zu einem vorübergehenden Zweck geschieht die Verbindung, wenn ihr Wegfall von vornherein beabsichtigt oder nach der Natur des Zwecks sicher ist.[14] Ein solcher Wille ist zu bejahen, wenn dem Verbindenden nur ein zeitlich begrenztes Nutzungsrecht zusteht.[15] Die Aufstellung eines Grabsteins auf einem öffentlichen Friedhof erfolgt in Ausübung eines – von dem Friedhofsträger gewährten – Nutzungsrechts an der Grabstelle.[16] Dieses Recht ist regelmäßig auch befristet, so dass der Grabstein nach Ablauf des zeitlich befristeten Nutzungsrechts wieder entfernt werden muss. Daher handelt es sich bei dem Grabstein um einen Scheinbestandteil des Friedhofsgrundstücks im Sinne des § 95 BGB.[17] Im Rechtssinne handelt es sich folglich um eine selbständige bewegliche Sache, die der Mobiliarvollstreckung unterliegt und der Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers unterfällt. Die Zwangsvollstreckung in den Grabstein wurde somit vom zuständigen Vollstreckungsorgan durchgeführt.

---

[6] *Brox/Walker* (Fn. 2), Rn. 1185.
[7] *Brox/Walker* (Fn. 2), Rn. 1185; *Lackmann* (Fn. 2), § 766 Rn. 16.
[8] LG Berlin MDR 1976, 407; *Hüßtege* (Fn. 4), § 766 Rn. 21; *Lackmann* (Fn. 2), § 766 Rn. 23.
[9] *Hartmann* (Fn. 2), § 766 Rn. 36; *Hüßtege* (Fn. 4), § 766 Rn. 21a; *Zimmermann* (Fn. 4), § 766 Rn. 7.
[10] *Brox/Walker* (Fn. 2), Rn. 1211.
[11] *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 94 Rn. 2.
[12] *Ellenberger* (Fn. 11), § 94 Rn. 2.
[13] *Ellenberger* (Fn. 11), § 94 Rn. 2.
[14] RGZ 63, 421.
[15] BGHZ 8, 1.
[16] OLG Köln OLGZ 1993, 113 (117); *Becker*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2008, § 811 Rn. 28; *Pauly*, DGVZ 2006, 103; *Wacke*, DGVZ 1986, 161 (162).
[17] BGH JR 1977, 367 (368); OLG Köln OLGZ 1993, 113; LG Braunschweig NJW-RR 2001, 715; *Becker* (Fn. 16), § 811 Rn. 28.

II. Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung

1. Vollstreckungstitel

Es muss ein Vollstreckungstitel gemäß §§ 704, 794 ZPO vorliegen. G hat gegen S einen Vollstreckungsbescheid gemäß § 699 ZPO erwirkt. Der Vollstreckungsbescheid ist gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ein Vollstreckungstitel.

2. Vollstreckungsklausel

§ 795 S. 1 ZPO normiert die entsprechende Anwendung der §§ 724 - 793 ZPO auf die in § 794 ZPO erwähnten Schuldtitel, soweit nicht in den §§ 795a - 800 ZPO abweichende Vorschriften enthalten sind. Somit ist grundsätzlich auch auf die weiteren Vollstreckungstitel § 724 Abs. 1 ZPO anzuwenden, wonach die Zwangsvollstreckung auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils durchgeführt wird. Nach § 796 Abs. 1 ZPO ist bei einer Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid jedoch grundsätzlich keine Erteilung einer Vollstreckungsklausel erforderlich.

3. Zustellung

S wurde der Vollstreckungstitel gemäß § 750 ZPO vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt.

III. Allgemeine Vollstreckungshindernisse liegen nicht vor

IV. Durchführung der Pfändung

1. Zur rechten Zeit: § 758a Abs. 4 ZPO

Es liegen keine Anhaltspunkte im Sachverhalt vor, dass der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung zur Unzeit vorgenommen hätte.

2. Am rechten Ort

a) Gewahrsam des Schuldners gemäß § 808 Abs. 1 ZPO

Gemäß § 808 Abs. 1 ZPO pfändet der Gerichtsvollzieher die Sachen, die sich im Gewahrsam des Zwangsvollstreckungsschuldners befinden. Der Schuldner hat Gewahrsam an einem Gegenstand, wenn er nach dem äußeren Anschein die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf die Sache hat und auf Grund dieser Umstände nach der Verkehrsauffassung ein entsprechender Gewahrsamswille anzunehmen ist.[18] Unter Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache zu verstehen, grundsätzlich der Besitz des BGB mit Ausnahme des mittelbaren Besitzes gemäß § 868 BGB.[19] Zwischen Eigen- und Fremdbesitz muss nicht differenziert werden.

aa) Erbe S ist Gewahrsamsinhaber

Nach einer Auffassung soll der Erbe, hier S, als Gewahrsamsinhaber und Besitzer anzusehen sein. Als Begründung wird angeführt, dass andernfalls dem Erben die Rechte wegen verbotener Eigenmacht gemäß §§ 859 Abs. 2, 861 BGB genommen würden.[20]

bb) Friedhofsverwaltung ist Mitgewahrsamsinhaberin

Nach anderer Ansicht ist die Friedhofsverwaltung sowohl Mitbesitzerin als auch Mitgewahrsamsinhaberin am Grabstein.[21] Allein die Friedhofsverwaltung bestimmt aufgrund von vorgegebenen Öffnungszeiten, wann die Besucher Zutritt zum Friedhof haben. Zudem ist der Erbe oder Angehörige nicht befugt, den Grabstein eigenmächtig zu entfernen.[22]

cc) Streitentscheid

Aufgrund der eingeschränkten Besuchszeiten ist S nicht im Stande, jederzeit auf die Sache einzuwirken. Somit fehlt ein entscheidendes Kriterium, um den Alleingewahrsam des S zu bejahen. Dem Hinterbliebenen steht lediglich das Recht zu, das Grab zu schmücken. Doch selbst bei der Grabgestaltung muss er sich an die Vorgaben der jeweiligen Friedhofsordnung halten. Die jederzeitige Zugriffsmöglichkeit besitzt somit vielmehr die Friedhofsverwaltung. Sie ist daher zumindest als Mitgewahrsamsinhaberin anzusehen.

b) Gewahrsam eines zur Herausgabe bereiten Dritten gemäß § 809 ZPO

Gemäß § 809 ZPO ist § 808 ZPO entsprechend anwendbar, wenn die Sache sich im Gewahrsam bzw. Mitgewahrsam eines zur Herausgabe bereiten Dritten befindet.[23] Die Friedhofsverwaltung war mit der Pfändung einverstanden und damit zur Herausgabe bereit. Eine Pfändung ist daher gemäß § 809 ZPO in entsprechender Anwendung des § 808 ZPO möglich.

3. In rechter Art und Weise: § 808 Abs. 2 ZPO

Zu prüfen ist des Weiteren, ob die Pfändung auch im Übrigen durch Inbesitznahme und Kenntlichmachung mittels Anbringung eines Pfandsiegels gemäß § 808 Abs. 2 ZPO erfolgte. Der Gerichtsvollzieher V brachte das Pfandsiegel an der Rückseite des Grabsteins an. Für eine wirksame Pfändung muss die Kenntlichmachung nicht notwendigerweise an einer besonders auffälligen Stelle erfolgen, aber doch so, dass sie bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit für jedermann ohne besondere Nachschau erkennbar ist.[24] Da auch die Rückseite eines Grabsteins auf einem Friedhof für jedermann zu erkennen ist, liegt kein Verstoß gegen § 808 Abs. 2 ZPO vor.

---

[18] *Zimmermann* (Fn. 4), § 808 Rn. 2; *Stöber* (Fn. 2), § 808 Rn. 5; *Becker* (Fn. 16), § 808 Rn. 3.

[19] *Münzberg*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 22. Aufl. 2002, § 808 Rn. 15.

[20] *Wacke*, DGVZ 1986, 161.

[21] BGH WM 2006, 911 (913); *Becker* (Fn. 16), § 811 Rn. 28; für Alleingewahrsam der Friedhofsverwaltung: OLG Köln OLGZ 93, 113 (117); LG Wiesbaden DGVZ 1984, 119; *Christmann*, DGVZ 1986, 56 (57); *Stöber* (Fn. 2), § 811 Rn. 37.

[22] *Christmann*, DGVZ 1986, 56 (57).

[23] *Zimmermann* (Fn. 4), § 809 Rn. 1.

[24] *Becker* (Fn. 16), § 808 Rn. 17; *Hüßtege* (Fn. 4), § 808 Rn. 14; *Stöber* (Fn. 2), § 808 Rn. 19.

4. Im rechten Umfang

a) Eigentum des Gläubigers

Der Gläubiger darf seine eigene Sache pfänden und verwerten lassen.[25] Dies ergibt sich schon aus einem Rückschluss aus § 811 Abs. 2 ZPO, der den Eigentumsvorbehaltsverkäufer bei bestimmten Pfändungsverboten privilegiert. Der Gerichtsvollzieher prüft nur die Gewahrsamsverhältnisse.

b) § 803 Abs. 2 ZPO

Die Pfändung des mit dem Namen und den Geburts- und Sterbedaten der M versehenen Grabsteins verstößt möglicherweise gegen § 803 Abs. 2 ZPO. Demgemäß hat eine Pfändung zu unterbleiben, wenn von der Verwertung der Pfandsache ein Überschuss über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht zu erwarten ist. Wenn es allerdings möglich ist, die Grabeinfassung und den Grabstein nach Zurückfräsen auf die Schrifttiefe und anschließender Neupolierung für eine andere Grabanlage wieder verwerten zu können, ist § 803 Abs. 2 ZPO nicht einschlägig. Aufgrund der Sachverhaltsangaben zur Dicke der Granitplatte und zur Tiefe der Beschriftung (Tiefe von etwa 15 mm) sowie zum Wert der Granitplatte (6.000 Euro) ist davon auszugehen, dass die Platte auch nach Entfernung der Beschriftung noch einen Wert hat, der die Vollstreckungskosten übersteigt. Die Zwangsvollstreckung in den Grabstein verstößt nicht gegen § 803 Abs. 2 ZPO.

c) § 811 Abs. 1 Nr. 13, Abs. 2 ZPO

Die Zwangsvollstreckung verstößt möglicherweise gegen § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO.

Diese Hürde kann möglicherweise durch § 811 Abs. 2 ZPO überwunden werden. Demnach kann eine in § 811 Abs. 1 Nr. 1, 4, 5 bis 7 ZPO bezeichnete Sache gepfändet werden, wenn der Verkäufer wegen einer durch Eigentumsvorbehalt gesicherten Geldforderung aus ihrem Verkauf vollstreckt. Nr. 13 wird ausdrücklich nicht erwähnt, so dass sich aus § 811 Abs. 2 ZPO keine andere Bewertung ergibt. Aufgrund der enumerativen Aufzählung scheidet eine entsprechende Anwendung auf die Nr. 13 aus.

Gemäß § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO sind die zur unmittelbaren Verwendung für die Bestattung bestimmten Gegenstände unpfändbar. Ob ein Grabstein wegen der Regelung des § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO nicht gepfändet werden kann, wird streitig diskutiert.

aa) Grabstein nicht gemäß § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO unpfändbar

„Zur unmittelbaren Verwendung für die Bestattung bestimmte Gegenstände" sind nach einer Ansicht nur solche wie der Sarg oder das Leichenhemd, nicht jedoch der Grabstein.[26] § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO sei eine eng auszulegende Ausnahmevorschrift.[27] Unmittelbar zur Bestattung bestimmt sei der Grabstein weder sprachlich noch der Sache nach, da er erst nach Beendigung der Bestattung gesetzt werde.[28] Unter Bestattung sei die Handlung des Bestattens, nicht jedoch der Zustand des Bestattetseins zu verstehen. Der Grabstein diene nicht der Beisetzung des Verstorbenen, sondern seinem Andenken.[29] Zudem sei Sinn und Zweck des § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO Gegenstände mit einem bestimmten Verwendungszweck nicht der Pfändung zu unterwerfen und nicht primär das Pietätsgefühl zu schützen.[30] Nach dieser Ansicht wäre es S verwehrt, sich auf § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO zu berufen.

bb) Grabstein gemäß § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO unpfändbar

Nach einer anderen Ansicht erfasst § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO auch Grabsteine und zwar unabhängig davon, ob es um die Durchsetzung der Werklohnforderung des Steinmetzen oder um einen eventuell vereinbarten Eigentumsvorbehalt geht.[31] Die Vorschrift diene dem Schutz des Pietätsempfindens und der Totenruhe. Daher sei der Begriff „Bestattung" nicht zu eng zu fassen und auch der Grabstein erfasst, selbst wenn dieser erst mehrere Wochen später nach der Beerdigung aufgestellt werde.[32] Es wäre eine schlechte Auslegung des Gesetzeswortlauts den Schutz auf die Zeit vor der Bestattung zu beschränken.[33] Das aufgestellte Grabmal sei auch gegen die Forderung des Steinmetzen zu schützen. Der Vorbehaltsverkäufer könne auf eine Bevorzugung nur in den von § 811 Abs. 2 ZPO genannten Fällen vertrauen. Zudem sei der Vorbehaltsverkäufer auch nur bedingt schutzwürdig, da er sein Eigentum durch eine Herausgabeklage mit entsprechender Zwangsvollstreckung durchsetzen könne.[34] Folgt man dieser Ansicht, so könnte sich S auf § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO berufen und die Vollstreckungserinnerung wäre begründet.

cc) Grabsteine wegen übergesetzlichem Pfändungsverbot unpfändbar

Ein Teil der Rechtsprechung unterstellt den Grabstein einem übergesetzlichen Pfändungsverbot außerhalb von § 811

[25] *Hartmann* (Fn. 2), § 804 Rn. 7; *Jauernig,* in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 22. Aufl. 2007, § 929 Rn. 54.

[26] OLG Köln OLGZ 93, 113 (118 ff.); LG Mönchengladbach DGVZ 1996, 139; LG Stuttgart DGVZ 1991, 59; LG Weiden DGVZ 1990, 142; LG Wiesbaden NJW-RR 1989, 575 (576); AG Nürtingen JurBüro 2002, 495; *Becker* (Fn. 16), § 811 Rn. 28; *Christmann*, DGVZ 1986, 56 (57).

[27] OLG Köln OLGZ 93, 113 (118).

[28] OLG Köln OLGZ 93, 113 (118 f.).

[29] OLG Köln OLGZ 93, 113 (119); *Becker* (Fn. 16), § 811 Rn. 28.

[30] OLG Köln OLGZ 93, 113 (119).

[31] LG Kassel DGVZ 2005, 41; LG München DGVZ 2003, 122 (123); LG Oldenburg JurBüro 1990, 1680; LG Verden DGVZ 1990, 31; AG Kaiserslautern DGVZ 1987, 77 (78); AG Aalen DGVZ 1989, 188; *Hartmann* (Fn. 2), § 811 Rn. 53; *Münzberg* (Fn. 19), § 811 Rn. 71; *Dillenburger/Pauly*, DGVZ 1994, 180; *Wacke*, DGVZ 1986, 161 (165); *Pauly*, DGVZ 2006, 103 (104).

[32] LG Kassel DGVZ 2005, 41 (42).

[33] *Hartmann* (Fn. 2), § 811 Rn. 53.

[34] LG Kassel DGVZ 2005, 41 (42).

Abs. 1 Nr. 13 ZPO.[35] Die Pfändung eines Grabsteins verletze das Pietätsgefühl des Schuldners und der Allgemeinheit und habe deswegen zu unterbleiben.[36] Dieses Pietätsgefühl verdiene Schutz, ohne dass es einer besonderen Vorschrift im Gesetz bedürfte. Die Totenruhe auf einem Friedhof und das Pietätsgefühl aller sich dort aufhaltenden Personen einschließlich des Schuldners haben absoluten Vorrang vor den Interessen jedweden Gläubigers an einer Vollstreckung. Es gelte der Grundsatz, dass auf einem Friedhof nicht gepfändet werden könne, genauso wenig wie in einer Kirche.[37]

dd) Unter Eigentumsvorbehalt gelieferter Grabstein vom Steinmetz wegen seiner Werklohnforderung pfändbar

Nach Ansicht des BGH, Teilen der Rechtsprechung und Literatur ist der Grabstein ebenfalls kein unter § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO subsumierbarer Gegenstand.[38] Unmittelbar ist nach Ansicht des BGH nicht in einem zeitlichen Zusammenhang zu verstehen (aktueller Trauerfall), sondern beziehe sich auf die Gegenstände, die der Bestattungshandlung selbst zu dienen bestimmt sind.[39] Es soll zwischen dem Vorgang Bestattung und dem Zustand des Bestattetseins differenziert werden. Der Grabstein diene nicht unmittelbar der Bestattung, sondern vielmehr dem Andenken des Verstorbenen.[40] Dies werde insbesondere daran deutlich, dass die Aufstellung des Grabsteins unter Umständen erst nach Jahren erfolgt.[41] Der BGH lässt es ausdrücklich offen, ob die Grabsteinpfändung generell gegen ein übergesetzliches Pfändungsverbot verstößt. Ein Verstoß liege jedenfalls dann nicht vor, wenn der Steinmetz wegen seiner Werklohnforderung in den Grabstein vollstrecke und der Grabstein unter Eigentumsvorbehalt geliefert wurde.[42] Der Steinmetz könne auf Herausgabe klagen und nach § 883 ZPO die Zwangsvollstreckung ohne Rücksicht auf § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO betreiben.[43] Folgt man dieser Ansicht, so besteht kein Pfändungsschutz für S, da G vorliegend seine Werklohnforderung geltend macht und der Grabstein unter Eigentumsvorbehalt geliefert wurde.

ee) Streitentscheid

Für die Beantwortung der Frage, ob der Grabstein unpfändbar ist, ist zuvörderst auf den Wortlaut des § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO abzustellen. Unter Bestattung versteht man nach allgemeinem Sprachverständnis die Handlung des Bestattens selbst. Unmittelbar dafür wird jedoch nicht der Grabstein benötigt, sondern der Sarg, die Urne oder etwa das Leichenhemd. Für eine enge Auslegung des § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO spricht weiter, dass der Gesetzgeber sehr detailliert in § 811 ZPO geregelt hat, was bei der Mobiliarzwangsvollstreckung dem Schuldner verbleiben muss. Zum Schutz des Vollstreckungsgläubigers ist § 811 ZPO eng auszulegen, da dieser letztlich einen vollstreckbaren Zahlungstitel gegen den Vollstreckungsschuldner erwirkt hat. Ein Grabstein erfüllt, gerade vor dem Hintergrund dass er manchmal erst Jahre später aufgestellt wird, weder das Unmittelbarkeitskriterium noch das Tatbestandsmerkmal Bestattung. Zudem existieren auch Grabstätten ohne Grabsteine, wohingegen eine Bestattung ohne Sarg schlechterdings unmöglich wäre. Eine weite Auslegung des Wortes Bestattung, nach der auch der sich über Jahre hinziehende Zustand des Bestattetseins erfasst sein soll, ist nicht mehr vom Wortlaut der Norm gedeckt und hätte vom Gesetzgeber durch eine entsprechende Formulierung klargestellt werden müssen. Darüber hinaus dient der Grabstein nicht der Beisetzung, sondern dem Andenken an den Verstorbenen.[44] Somit ist festzuhalten, dass der Grabstein grundsätzlich nicht von § 811 Abs. 1 Nr. 13 ZPO erfasst wird. Zu Recht wird vorgetragen, dass das Pfandsiegel auf dem Grabstein dem Andenken und dem Ruf des Verstorbenen sowie der Hinterbliebenen wenig förderlich ist. Dabei ist weniger das Entfernen des Grabsteins selbst im Hinblick auf das Pietätsgefühl problematisch, sondern vielmehr das Pfandsiegel auf dem Grabstein. Denn Grabsteine können auch entfernt werden, um die Beschriftung zu erneuern, oder wenn etwa das Fundament die notwendige Standhaftigkeit nicht mehr aufweist. Aber auch ein möglicher Verstoß gegen das Pietätsgefühl durch das Anbringen des Pfandsiegels relativiert sich, wenn man berücksichtigt, dass die Friedhofsverwaltung auffällige rote Zettel auf der Vorderseite von Grabsteinen anbringt, um auf mangelnde Standfestigkeit oder das Ablaufen der Pacht hinzuweisen. Vor diesem Hintergrund ist ein übergesetzliches Pfändungsverbot anzunehmen, jedoch mit Ausnahme der Zwangsvollstreckung eines Steinmetzen wegen seiner Werklohnforderung in den Grabstein, der unter Eigentumsvorbehalt geliefert wurde. Dies erscheint zunächst systemwidrig, da Eigentumsfragen im Rahmen des § 811 Abs. 1 ZPO irrelevant sind.[45] Jedoch regelt das Gesetz in § 811 Abs. 2 ZPO selbst eine privilegierte Sachpfändung. Auch kann der Steinmetz aufgrund des vorbehaltenen Eigentums im Gegensatz zu anderen Geldgläubigern seinen Herausgabeanspruch klageweise durchsetzen und nach § 883 ZPO die Zwangsvollstreckung in den Grabstein betreiben. Dann müssten ebenfalls Pietätsempfinden und das Andenken an den Verstorbenen zurücktreten. Zudem liegt es in der

[35] KG JW 1935, 2072; AG Walsrode DGVZ 1989, 188; AG Miesbach MDR 1983, 499; AG Wiesbaden DGVZ 1985, 79 (80).
[36] AG Walsrode DGVZ 1989, 188.
[37] AG Walsrode DGVZ 1989, 188.
[38] BGH WM 2006, 911; vgl. dazu *Röder*, DGVZ 2007, 17; zust. *Stöber* (Fn. 2), § 811 Rn. 37; *Loof*, Rpfleger 2008, 54 (57).
[39] BGH WM 2006, 911; a. A.: *Wacke*, DGVZ 1986, 161 (163).
[40] BGH WM 2006, 911; OLG Köln OLGZ 1993, 113 (119); LG Weiden DGVZ 1990, 142; *Becker* (Fn. 16), § 811 Rn. 28.
[41] Abl.: *Pauly*, DGVZ 2006, 103.
[42] BGH WM 2006, 911 (912); LG Mönchengladbach DGVZ 1996, 139; LG Wiesbaden NJW-RR 1989, 575 (576); AG Miesbach MDR 1983, 499; LG Weiden DGVZ 1990, 142; *Becker* (Fn. 16), § 811 Rn. 28; abl.: *Loof*, Rpfleger 2008, 54 (57).
[43] Abl.: *Pauly*, DGVZ 2006, 103 (104).
[44] „Friedhof und Denkmal" 11/99, Arbeitsgemeinschaft Friedhof und Denkmal e. V. (Hrsg.), Kassel.
[45] *Pauly*, DGVZ 2006, 103 (104).

Sphäre des Schuldners, die Werklohnforderung des Steinmetzen zu begleichen.

C. Entscheidung des Gerichts

Das Gericht wird die Erinnerung des S gegen die vom Gerichtsvollzieher V vorgenommene Pfändung des Grabsteins zurückweisen.

Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO

Eine Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Vollstreckungsabwehrklage ist statthaft, wenn der Schuldner eine materiellrechtliche Einwendung gegenüber dem titulierten Anspruch erhebt.[46] S kann hier geltend machen, dem Anspruch stehe die rechtsvernichtende Einwendung des Erlöschens des Anspruchs durch Rücktritt entgegen.

Gemäß §§ 796 Abs. 3, 802, 12, 13, 29 Abs. 1 ZPO, §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG ist das Landgericht München ausschließlich zuständig.

B. Begründetheit

Die Vollstreckungsabwehrklage ist begründet, wenn dem Kläger eine materiellrechtliche Einwendung gegen den titulierten Anspruch zusteht und diese nicht gemäß §§ 767 Abs. 2 und 3, 796 Abs. 2 ZPO präkludiert ist.

Die Pfändung des Grabsteins könnte ein Rücktritt des G vom Werkvertrag sein. Gemäß § 503 Abs. 2 S. 4 BGB kann durch Wiederansichnahme einer Sache durch den Gläubiger bei Teilzahlungsgeschäften ein Rücktritt fingiert werden. Die Fiktion eines Rücktritts kommt jedoch vorliegend nicht in Betracht, da kein Teilzahlungsgeschäft gemäß § 499 Abs. 2 BGB vorliegt. Auch hat G den Grabstein nicht wieder an sich genommen, was bei Zuweisung an den Gläubiger gemäß § 825 ZPO und bei Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher im Auftrag des Unternehmers gemäß § 808 ZPO angenommen wird.[47]

S kann keine materiellrechtlichen Einwendungen geltend machen. Die Vollstreckungsabwehrklage ist unbegründet.

C. Entscheidung des Gerichts

Das Gericht wird die Klage abweisen.

Vollstreckungsschutzantrag gemäß § 765a Abs. 1 S. 1 ZPO

Ein Vollstreckungsschutzantrag gemäß § 765a Abs. 1 S. 1 ZPO hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Der Vollstreckungsschutzantrag ist gegen jeden konkreten Vollstreckungsakt statthaft.[48]

Er unterliegt im vorliegenden Fall keiner Frist (vgl. § 765a Abs. 3 ZPO). Der Antrag ist in der Form des § 569 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO zu stellen.[49] Er kann auch konkludent in das Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO eingeführt werden, indem diesbezüglich Einwendungen vorgebracht werden.[50]

Ausschließlich zuständig ist das Amtsgericht München als Vollstreckungsgericht, §§ 765a Abs. 1, 802 ZPO. Grundsätzlich entscheidet gemäß § 20 Nr. 17 S. 1 RPflG der Rechtspfleger. Wenn der Antrag aber im Rahmen einer Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO gestellt ist, für die der Richter nach § 20 Nr. 17 S. 2 RPflG zuständig ist, entscheidet gemäß § 6 RPflG der Richter kraft Sachzusammenhang.[51]

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die Vollstreckung für den Schuldner wegen ganz besonderer Umstände unter Würdigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers eine sittenwidrige Härte bedeutet, § 765a Abs. 1 S. 1 ZPO. Die Norm ist als Ausnahmevorschrift eng auszulegen.[52]

Die Entfernung eines Grabsteines läuft den herrschenden Vorstellungen von Anstand und Moral nicht derart zuwider,[53] dass es zu einem ganz untragbaren Ergebnis kommen würde.[54] Außerdem muss ein Schuldner, der einen Grabstein unter Eigentumsvorbehalt erworben hat, damit rechnen, dass der Gläubiger aus dem Sicherheitsrecht vorgehen kann.[55]

C. Entscheidung des Gerichts

Das Gericht wird den Antrag zurückweisen.

---

[46] *Brox/Walker* (Fn. 2), Rn. 1329.

[47] Im Einzelnen strittig: vgl. *Schürnbrand*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 503 Rn. 56; *Saenger,* in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 503 Rn. 72, 76; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 503 Rn. 14.

[48] *Brox/Walker* (Fn. 2), Rn. 1473.

[49] *Brox/Walker* (Fn. 2), Rn. 1475.

[50] *Heßler,* in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, § 765a Rn. 71; *Münzberg* (Fn. 19), § 765a Rn. 19.

[51] *Heßler* (Fn. 50), § 765a Rn. 81; *Brox/Walker* (Fn. 2), Rn. 1476.

[52] BGH NJW 1965, 2107 (2108).

[53] *Staudinger/Heinze,* JURA 2003, 581 (584).

[54] BGH NJW 1965, 2107.

[55] LG Braunschweig NJW-RR 2001, 715.

Übungsfall: „Enthüllung“ – Zu den Grenzen der Kunstfreiheit bei Romanen mit (auto-)biographischem Hintergrund

Von Prof. Dr. **Lothar Michael**, Akad. Rat Dr. Dr. **Markus Thiel**, Düsseldorf

Sachverhalt[1]

Im Jahre 2006 ist der Roman „Enthüllung“ des Autors A im V-Verlag, einer in der Gesellschaftsform der GmbH organisierten privaten Verlagsgesellschaft, erschienen und in größerer Stückzahl an den Buchhandel ausgeliefert worden. In dem Roman schildert A intime Details aus einer gleichgeschlechtlichen Liebesbeziehung zwischen dem Ich-Erzähler „Hinz“ und dem „Kunz“. Insbesondere beschreibt er detailliert Einzelheiten aus dem Sexualleben von „Hinz“ und „Kunz“. „Kunz“ wird darüber hinaus als krankhaft geizige Person dargestellt, die sich bei allen Gelegenheiten von „Hinz“ und anderen Freunden und Bekannten auch größere Geldbeträge „geliehen“ hat, ohne das Geld später zurück zu geben.

B hat zwischen 2004 und 2005 eine gleichgeschlechtliche Liebesbeziehung mit dem A geführt. Er sieht sich nunmehr in der Figur des „Kunz“ verkörpert und fühlt sich durch den Roman „Enthüllung“ in seinen allgemeinen Persönlichkeitsrechten verletzt. Er macht geltend, die Figur des „Kunz“ entspreche – was objektiv zutrifft – seiner eigenen Person in Alter, äußerem Erscheinungsbild, Gewohnheiten, Ansichten und Lebensbiographie bis ins kleinste Detail. Im Roman sei er, der B, lediglich unter falschem Namen vollständig „abgebildet“ und der dargestellte Geiz sei – was ebenfalls zutrifft – in Bezug auf ihn völlig überzeichnet.

2006 hat B vor dem zuständigen Landgericht Klage gegen den V-Verlag mit dem Antrag erhoben, die Verbreitung des Romans wegen eines Verstoßes gegen seine Persönlichkeitsrechte gemäß §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. seinen Grundrechten zu untersagen. Das Gericht folgte diesem Antrag, die Verbreitung des Buches wurde vollständig untersagt. Die Berufung des V-Verlags vor dem Oberlandesgericht blieb ebenso erfolglos wie die Revision vor dem Bundesgerichtshof, der das Verbot mit Urteil vom 4.7.2008 aufrechterhalten hat. In dem Urteil wird ausgeführt, es sei zweifelhaft, ob es sich bei dem Roman „Enthüllung“ um ein Kunstwerk handele, denn B werde lediglich unter falschem Namen wirklichkeitsgetreu abgebildet. „Enthüllung“ sei daher eher eine Dokumentation, für die nicht der Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG greife, sondern aber die Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 GG. Selbst wenn man die Eröffnung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit annehme, komme dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht im vorliegenden Fall der Vorrang zu, weil der B in dem Roman erkennbar dargestellt werde und die Darstellungen ihn in besonders schwerwiegender Weise in seinen Persönlichkeitsrechten verletzten. Enthüllungen aus seinem Intimbereich seien aus verfassungsrechtlichen Gründen absolut tabu. Der besondere Rang des Persönlichkeitsrechts sei auch eine Konsequenz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes im Lichte des Art. 8 Abs. 1 EMRK. Diese Bestimmung sei vom Bundesverfassungsgericht jüngst als allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG und mithin als Rechtsgut mit Vorrang vor den Verfassungsgütern der Meinungs- und Pressefreiheit anerkannt worden. Daraus folge, dass die EMRK auf Verfassungsebene Berücksichtigung verdiene. Jedenfalls seien ihre Wertungen bei der Anwendung von Generalklauseln des BGB und bei der richterlichen Rechtsfortbildung zu beachten.

Am 7.7.2008 hat der V-Verlag, vertreten durch seinen Geschäftsführer G, Verfassungsbeschwerde gegen die Gerichtsurteile des Landgerichts, des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs vor dem Bundesverfassungsgericht erhoben. G macht geltend, der V-Verlag sei in seiner Kunstfreiheit verletzt. Ein Verbot eines Romans wegen der Verletzung allgemeiner Persönlichkeitsrechte komme schon wegen der besonderen Bedeutung der Kunstfreiheitsgarantie nicht in Betracht. Jedenfalls sei es unverhältnismäßig. Eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des B sei außerdem gar nicht festzustellen. Einer Berücksichtigung der EMRK gegenüber der Kunstfreiheit stehe entgegen, dass die EMRK keinen Verfassungsrang genieße. Außerdem seien dem Art. 8 Abs. 1 EMRK für den Schutz gegen Enthüllungen wie im vorliegenden Fall über den Schutzstandard des Grundgesetzes hinaus keine Direktiven zu entnehmen. Gleichgeschlechtliche Beziehungen seien ebenso wie das Fehlverhalten bei persönlicher Geldnot Themen von allgemeinem gesellschaftlichen Interesse und die Darstellung in dem Roman sei gerade wegen ihrer Realitätsnähe und durch den persönlichen Erfahrungsschatz des Autors besonders wertvoll.

B macht demgegenüber geltend, es handele sich um einfachrechtliche Fragen. Das Bundesverfassungsgericht dürfe nicht erneut in der Sache entscheiden; das Urteil des Bundesgerichtshofs sei nicht zu beanstanden, weil es alle verfassungsrechtlich relevanten Belange berücksichtigt habe.

Hat die Verfassungsbeschwerde des V-Verlags Aussicht auf Erfolg?

Sämtliche Probleme des Falles sind – gegebenenfalls hilfsgutachtlich – zu erörtern.

Lösungshinweise

Die Verfassungsbeschwerde des V-Verlags wird erfolgreich sein, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde müsste zunächst zulässig sein.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG muss zuständig sein. Das GG und das BVerfGG nennen abschließend eine Reihe von verfassungsprozessualen Verfahrensarten.

[1] Der Fall wurde im Rahmen der Übung im Öffentlichen Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Wintersemester 2008/2009 als Hausarbeit gestellt. Die Thematik eignet sich aber ohne weiteres auch (für Fortgeschrittene) als Klausur.

Für die (Individual-)Verfassungsbeschwerde ist das BVerfG gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG zuständig.

II. Antragsberechtigung / Beteiligtenfähigkeit

Der V-Verlag müsste jedoch auch antragsberechtigt sein. Antragsberechtigt ist nach § 90 BVerfGG „jedermann“. Das setzt die Grundrechtsfähigkeit des Beschwerdeführers voraus. Vorliegend handelt es sich bei dem V-Verlag um eine GmbH, also um eine juristische Person des Privatrechts. Der V-Verlag ist damit unproblematisch eine inländische juristische Person i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG und damit grundsätzlich fähig, Träger von Grundrechten zu sein.[2] Damit ist die Antragsberechtigung gegeben.

III. Beschwerdegegenstand

Gegenstand der Individualverfassungsbeschwerde können alle Akte der „öffentlichen Gewalt“ sein, also auch gerichtliche Entscheidungen.[3] Vorliegend wehrt sich der V-Verlag gegen sämtliche ihn mit einem Verbot belastenden Gerichtsentscheidungen. Da es dem Beschwerdeführer überlassen ist, entweder nur das letztinstanzliche Judikat oder alle (ihn belastenden) Urteile bzw. Beschlüsse mit der Verfassungsbeschwerde anzugreifen, sind Beschwerdegegenstand hier die Entscheidungen des Landgerichts, des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs.

IV. Beschwerdebefugnis

Der V-Verlag müsste auch beschwerdebefugt sein. Er müsste dazu – vertreten durch den G – behaupten, selbst, gegenwärtig und unmittelbar in einem seiner Grundrechte (bzw. in grundrechtsgleichen Rechte – nicht jedoch Rechten aus der EMRK![4]) verletzt zu sein. Es genügt dabei die „Möglichkeit“ einer Grundrechtsverletzung (die freilich vom Beschwerdeführer auch „behauptet“ werden muss), d.h. die Grundrechtsverletzung darf nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen sein.

Der V-Verlag beruft sich auf die Kunstfreiheit, die in Art. 5 Abs. 3 GG als Grundrecht gewährleistet ist. Die Verletzung dieses Grundrechts müsste jedenfalls möglich erscheinen.[5]

Hinsichtlich der Kunstfreiheitsgarantie gemäß Art. 5 Abs. 3 GG ist anerkannt, dass sie sich in ihrer Schutzdimension nicht auf den eigentlichen künstlerischen Entstehungsprozess (einschließlich eventueller Vorarbeiten wie Materialbeschaffung etc.) und das im Entstehen begriffene bzw. fertige Werk beschränkt, sondern auch die Darbietung und Verbreitung von Kunst schützt. Der Schutzbereich umfasst einen „Werkbereich“ und einen „Wirkbereich“. Ist auch die Verbreitung von Kunst dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG unterworfen, so kann der Schutz in personaler Hinsicht nicht nur den Künstler selbst erfassen. Denn es ist „wesentlich“ für „jedes künstlerische Schaffen [...], daß es der Öffentlichkeit bekannt werden soll“.[6] So sind auch die „Medien“ der Kunstvermittlung und -verbreitung grundrechtlich geschützt. Damit können sich etwa auch Galeristen und Verleger auf die Kunstfreiheit berufen.

Die Klagebefugnis hängt im vorliegenden Fall allerdings auch davon ab, ob sich der V-Verlag als juristische Person auf die Kunstfreiheit berufen kann. Nach Art. 19 Abs. 3 GG müsste die Kunstfreiheit „ihrem Wesen nach“ auf juristische Personen „anwendbar“ sein.

Das BVerfG begründet die Einbeziehung juristischer Personen in den Schutzbereich der Grundrechte regelmäßig damit, dass „ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der ‘Durchgriff’ auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll und erforderlich erscheinen läßt“.[7] Entscheidend ist nach dieser – umstrittenen[8] – „Durchgriffsformel“ ein „personales Substrat“ der juristischen Person. Für den V-Verlag lässt sich ein solches „Substrat“ bejahen; hinter ihm stehen natürliche Personen, die sich die Verbreitung und Darbietung von Literatur zu einem ihrer Ziele gesetzt haben. Dass dabei der wirtschaftliche Ertrag im Vordergrund steht, schließt die Eröffnung des Schutzbereiches der Kunstfreiheitsgarantie nicht aus.

Auch nach der Auffassung im Schrifttum, der zufolge es auf eine „grundrechtstypische Gefährdungslage“ ankommt, ist hier der V-Verlag von dem staatlichen Verbot der Verbreitung des Buches in grundrechtstypischer Weise betroffen. Der „Wesensvorbehalt“ des Art. 19 Abs. 3 GG ist nicht nur situativ auf die konkrete juristische Person zu beziehen, sondern hängt auch von der Natur des betroffenen Grundrechts ab, das jedenfalls nicht zu den höchstpersönlichen Rechten gehören darf.[9] Zwar sind Teile des „Werkbereichs“ der Kunstfreiheit zu den höchstpersönlichen Aspekten des Grundrechtsschutzes zu rechnen und damit nicht auf juristi-

[2] Ob dies auch für die Berufung auf die Kunstfreiheit gilt, d.h. für die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 3 GG auf juristische Personen, wird – weil auf das jeweils geltend gemachte Grundrecht bezogen – vorzugsweise im Rahmen der Beschwerdebefugnis geprüft. Es ist auch vertretbar, die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG schon hier umfassend, d.h. für den Fall der Berufung auf Art. 5 Abs. 3 GG, zu erörtern.

[3] Wird durch die gerichtliche Entscheidung erstmals ein Akt der öffentlichen Gewalt gesetzt, richtet sich die Verfassungsbeschwerde allein gegen diese. Liegt dagegen einer Entscheidung etwa ein (zum Beispiel mit der Anfechtungsklage angegriffener) Verwaltungsakt zu Grunde, so kann sich die Verfassungsbeschwerde auch gegen diesen Einzelakt richten.

[4] S. dazu im Einzelnen unten B. II. 3. b).

[5] Ob der Schutzbereich tatsächlich eröffnet und das Grundrecht verletzt ist, wird erst in der Begründetheit geprüft. Erörterungen zur Eröffnung des Schutzbereichs sind gleichwertig hier bzw. unten bewertet worden.

[6] OVG Münster JZ 1959, 716 (719).

[7] BVerfGE 21, 362 (369) – Sozialversicherungsträger.

[8] Kritisch etwa *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Komm., Bd. II, 2. Aufl. 2008, Art. 19 III Rn. 31 f.

[9] *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2008, Rn. 457 ff.

sche Personen zu erstrecken. Aber die ebenfalls geschützte Verbreitung im „Wirkbereich“ kann „ihrem Wesen nach“ ebenso gut autonom durch juristische Personen erfolgen.

Nach beiden Ansätzen ist Art. 5 Abs. 3 GG im vorliegenden Zusammenhang seinem Wesen nach also auch auf den V-Verlag anwendbar.

Die Betroffenheit in eigenen Rechten[10] ergibt sich aus der behaupteten Grundrechtsträgerschaft des V-Verlags hinsichtlich der Kunstfreiheit. Er muss sich nicht auf die Kunstfreiheit des A stützen (was die Beschwerdebefugnis auch ausschlösse), sondern ist als Akteur sowohl im „Werkbereich“ als auch im „Wirkbereich“ originärer Grundrechtsträger. Das in den Gerichtsentscheidungen enthaltene Verbot ist an den V-Verlag als Beschwerdeführer gerichtet.

Auch eine gegenwärtige[11] Beeinträchtigung liegt vor. Die Entscheidungen der Fachgerichte wirken „schon und noch“ gegenüber dem V-Verlag „verbotsbegründend“.

Die „Unmittelbarkeit“ der Grundrechtsbetroffenheit ist regelmäßig nur bei Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsnormen problematisch, wenn diese nicht „self-executing“ sind, sondern eines Umsetzungs(-einzel-)aktes bedürfen. Das Verbot, den Roman „Enthüllung“ zu verbreiten, berührt den V-Verlag indes unmittelbar. In den Fällen sog. „mittelbarer Drittwirkung“ führt die Grundrechtsbeschränkung durch die richterliche Intervention zu einer „unmittelbaren“ Grundrechtsbetroffenheit.

V. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Der V-Verlag müsste schließlich den Rechtsweg gemäß § 90 Abs. 2 BVerfGG „erschöpft“ haben. Gegen die Revisionsentscheidung des BGH ist kein weiteres Rechtsmittel vor der Fachgerichtsbarkeit möglich.

Darüber hinaus gilt nach der Rechtsprechung ein – ungeschriebener – Grundsatz der Subsidiarität[12] der Verfassungsbeschwerde. So darf es auch nach Erschöpfung des „Hauptsache“-Rechtswegs keine weiteren Möglichkeiten geben, um die Beschwer fachgerichtlich beseitigen zu lassen.[13] Derartige Optionen sind jedoch vorliegend nicht ersichtlich.

VI. Ordnungsgemäßer Antrag

Von einer ordnungsgemäßen, schriftlichen Antragstellung durch den V-Verlag (§ 23 BVerfGG) ist auszugehen. Der V-Verlag wurde wirksam durch seinen Geschäftsführer G vertreten.[14]

VII. Frist

Für die Verfassungsbeschwerde ist gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG eine Frist von einem Monat einzuhalten. Der V-Verlag hat diese Frist eingehalten, indem er am 7.7.2008 u.a. gegen die Entscheidung des BGH vom 4.7.2008 Verfassungsbeschwerde erhoben hat. Diese Frist bezieht sich lediglich auf die letztinstanzliche Entscheidung, steht also der kumulativen Beschwerde gegen alle belastenden Gerichtsentscheidungen – für die ja der Rechtsweg zu erschöpfen war – nicht entgegen.

VIII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des V-Verlags ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde müsste auch begründet sein. Das ist der Fall, wenn der angegriffene Akt der öffentlichen Gewalt den Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten oder in den in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannten grundrechtsähnlichen Rechten verletzt. Zu prüfen ist also eine Verletzung des V-Verlags in seinen entsprechenden Rechten.

I. Prüfungsmaßstab[15]

1. „Spezifische Grundrechtsverletzung“

Um nicht zur „Superrevisionsinstanz“ zu werden, weist das BVerfG bei den sog. „Urteilsverfassungsbeschwerden“ regelmäßig auf die Grenzen des eigenen Prüfungsprogramms hin. Die Urteilsverfassungsbeschwerde ist nach den dabei entwickelten Maßstäben nur dann begründet, wenn eine sog. „spezifische Grundrechtsverletzung“[16] vorliegt.

Diese Besonderheit beruht auf der Annahme, dass das BVerfG die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts grundsätzlich nicht nachzuprüfen habe. Ihm obliegt es lediglich, die Beachtung der grundrechtlichen (bzw. sonstigen verfassungsrechtlichen) Normen und Maßstäbe durch die Gerichte sicherzustellen. Die Schwelle eines zu korrigierenden Verstoßes gegen Verfassungsrecht ist erst erreicht, wenn eine Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf

[10] Dieses Erfordernis soll „Popularklagen“ vermeiden. Zudem wird damit eine Prozessstandschaft hinsichtlich der Wahrnehmung fremder Grundrechte ausgeschlossen (Ausnahme: Verfassungsprozessuale Geltendmachung von Grundrechten Nicht-Prozessfähiger durch deren gesetzliche Vertreter).

[11] Das Merkmal dient insbesondere dazu, eine „präventive“ Verfassungsbeschwerde auszuschließen.

[12] *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2008, Rn. 932 ff.

[13] BVerfGE 59, 130 (139 f.); 74, 102 (113) – Erziehungsmaßregeln.

[14] Dies ist eine Frage der Postulationsfähigkeit, die auch in einem gesonderten Prüfungspunkt erörtert werden kann.

[15] Bei Urteilsverfassungsbeschwerden bietet es sich an, zu Beginn der Begründetheit den besonderen Maßstab der Überprüfung der fachgerichtlichen Rechtsprechung durch das BVerfG offen zu legen, zumal diese Problematik im „Esra“-Beschluss aufgenommen wird. – Vgl. hierzu auch bereits: BVerfGE 67, 213 (223) – Anachronistischer Zug; noch deutlicher: BVerfGE 119, 1 = NJW 2008, 39 (40) – Esra (im Anschluss an das Sondervotum von *Stein*, BVerfGE 30, 173 [201 f.] – Mephisto).

[16] Im Schrifttum wird oft nicht hinreichend deutlich, worauf sich das Adjektiv „spezifisch“ bezieht: Richtigerweise muss erstens die Verletzung spezifisch sein, und zweitens muss es sich bei dem verletzten Recht spezifisch um Verfassungsrecht handeln (und nicht um einfaches Recht, für dessen Auslegung die Fachgerichte zuständig sind). Beides schließt aber nicht aus, dass die Auslegung des einfachen Rechts wegen der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts zu korrigieren ist.

einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Geltung bzw. Bedeutung eines Grundrechts beruhen.

Indem die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts die Grundrechte zu beachten und zu berücksichtigen haben, „fließen“ die Grundrechte in die Rechtspraxis des Einzelfalls ein. Die Grenze zwischen einfachrechtlichen und verfassungsrechtlichen Maßstäben ist dadurch gewollt „fließend“, muss aber jedenfalls hinsichtlich des verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstabs klar gezogen werden.

Das BVerfG hat dazu eine Reihe von Fallgruppen entwickelt, in denen eine „spezifische Grundrechtsverletzung“ vorliegt. Eine solche ist unproblematisch gegeben, wenn sog. „Verfahrensgrundrechte“ verletzt sind. Ferner ist sie anzunehmen, wenn die den Entscheidungen zu Grunde liegenden Rechtsnormen ihrerseits gegen Grundrechte verstoßen, die Gerichte also auf der Grundlage verfassungswidriger Bestimmungen entschieden haben.[17] Haben die fachgerichtlichen Instanzen nicht erkannt, dass ein oder mehrere Grundrechte überhaupt anwendbar sind, oder haben sie die Bedeutung und Reichweite eines Grundrechts nicht erfasst (sind ihnen also Fehler bei der Anwendung bzw. Auslegung eines Grundrechts unterlaufen), wird schließlich ebenfalls eine „spezifische Grundrechtsverletzung“ angenommen. Das gilt vor allem, wenn das abstrakte Gewicht eines Grundrechts verkannt wird, aber auch, wenn die konkrete Gewichtung im Einzelfall unplausibel ist. Die Prüfung durch das BVerfG ist dabei bislang einem graduellen „System“ gefolgt: Je schwerer die spezifische Verfassungsrechtsverletzung durch eine gerichtliche Entscheidung wiegt, desto eher und weit reichender ersetzt das BVerfG die unzutreffenden Wertungen des Fachgerichts durch eigene.[18]

2. Verschärfung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle im „Esra“-Beschluss

In seinem „Esra“-Beschluss hat das BVerfG diesen zuletzt genannten Gedanken fortgeführt und verschärft. Bei der Kontrolle zivilgerichtlicher Entscheidungen, die das Verbot eines Romans aussprechen und damit besonders intensiv in die Kunstfreiheit eingreifen, beschränkt sich das BVerfG ausdrücklich nicht auf die Prüfung, ob die angegriffenen Entscheidungen auf einer grundsätzlichen Verkennung der Bedeutung und des Schutzumfangs von Art. 5 Abs. 3 GG beruhen. Es hat die Entscheidungen vielmehr auf ihre Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheitsgarantie auf der Grundlage der konkreten Umstände des vorliegenden Falls überprüft und damit das sonst übliche verfassungsgerichtliche Kontrollprogramm verschärft und erweitert.

3. Ergebnis

Wegen der besonderen Bedeutung der Kunstfreiheitsgarantie hat das BVerfG seinen eigenen Kontrollumfang im Rahmen der „Urteilsverfassungsbeschwerde“ ausgedehnt und die Vereinbarkeit der Entscheidungen mit der Kunstfreiheit detailliert geprüft.

Im Folgenden ist also im Einzelnen zu prüfen, ob die Urteile eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Verletzung der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG darstellen.

II. Verletzung der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG

Eine Verletzung der Kunstfreiheit ist anzunehmen, wenn die Urteile zu Lasten des V-Verlags in den Schutzbereich des Grundrechts eingreifen und dieser Eingriff verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

Dann müsste es sich bei dem Roman „Enthüllung“ um „Kunst“ im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG handeln. Wie bei anderen Freiheitsgrundrechten mit nicht rechtlich konturiertem Schutzbereich (wie etwa der unmittelbar normgeprägten Eigentumsgarantie) stellt sich die Frage der Definition des sachlichen Schutzbereichs. Dazu werden verschiedene Ansätze vertreten:[19]

aa) Gattungstypischer Kunstbegriff

Eine „formale“ Betrachtungsweise[20] folgt einem „gattungstypischen“ Kunstbegriff, der nur an die Tätigkeit und die Ergebnisse künstlerischer Betätigung (z.B. Malerei, Bildhauerei) und an die Formen bestimmter Kunsteinrichtungen (Theater, Orchester) anknüpft. Ein Werk muss einem bestimmten „Werktyp“ oder „Phänotyp“ von Kunst zuzuordnen sein, um am Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG teilhaben zu können. Diese Ansicht stellt eine Art „numerus clausus“ von Kunstgattungsformen auf.

Nach diesem formalen Kunstbegriff unterfiele der Roman „Enthüllung“ als Werktyp „Roman“ dem sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie. Dem steht nicht entgegen, dass tatsächliche Ereignisse geschildert werden.

bb) Kunstbegriff nach dem Selbstverständnis des Künstlers

Ein weiter gefasster Kunstbegriff setzt an dem Selbstverständnis[21] des Werkerstellers, des „Künstlers“ an. Alles, was dieser plausibel, d.h. glaubhaft und nachvollziehbar, als „Kunst“ verstehe und bezeichne, unterfalle auch zugleich dem Schutzbereich der Kunstfreiheit.

Auch nach dieser Ansicht wäre der Roman „Enthüllung“ ein Kunstwerk.

[17] Zu den Aufbauvarianten einer inzidenten Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm im Rahmen der Verfassungsbeschwerde vgl. *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2008, Schema 34.

[18] BVerfGE 18, 85 (92) – spezifisches Verfassungsrecht.

[19] S. etwa auch *Thiel*, Die ‘verwaltete’ Kunst, 2003, S. 63 ff.

[20] *Knies*, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967; *F. Müller*, Die Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969.

[21] *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993.

cc) Idealistischer Kunstbegriff

Der idealistische Kunstbegriff sucht das Wesen der Kunst in der Subjektivität des Schöpferischen. Dies entspricht einem idealistischen Geniebild des 19. Jahrhunderts und wird auch als „Genieästhetik" bezeichnet. Danach liegt in der schöpferischen Kraft des Künstlers der Unterschied zwischen Kunst und Natur. Im Zweifelsfall wird ein Element menschlicher Initiative zur Abgrenzung der Kunst von der Natur oder von rein mechanischen Vorgängen ausreichen.[22] Kunst unterscheidet sich von der ebenfalls schöpferischen Wissenschaft dadurch, dass sie nicht auf Objektivierbarkeit angelegt ist, sondern sich im Gegenteil aus der Subjektivität individuellen Erlebens speist. Nach der Rechtsprechung liegt Kunst in der Entäußerung des „unmittelbarsten Ausdrucks der individuellen Persönlichkeit des Künstlers".[23]

Vorliegend spricht der dokumentarische Charakter der Darstellung gegen eine Subsumtion unter den idealistischen Kunstbegriff. Andererseits fehlen dem Roman „Enthüllung" subjektive Verfremdungen nicht völlig. Schließlich ist die Einengung auf eine zu subjektivistische Vorstellung bei moderner Kunst problematisch und insofern abzulehnen. Der idealistische Kunstbegriff versagt bei Kunstrichtungen der Versachlichung und der Verselbstständigung des Materials und der Technik. Künstler haben im 20. Jahrhundert damit ihre eigene Rolle hinterfragt und das Maß künstlerischer Subjektivität bewusst minimiert.

dd) Bedeutungsorientierter Kunstbegriff

Nach dem bedeutungsorientierten Kunstbegriff besteht das entscheidende Merkmal der Kunst in ihrer Mehrdeutigkeit.[24] Dieser kommunikative Ansatz geht von der Semiotik, der Lehre von der Bedeutung der Zeichen, aus. Demnach handelt es sich bei Kunstwerken um Mittel („Zeichen") in einem Kommunikationsprozess, denen verschiedene Bedeutungen zukommen können. Mit diesem Ansatz gelingt wiederum die Abgrenzung der Kunst von der Wissenschaft, deren Aussagen auf Eindeutigkeit angelegt sind. Um Kunst von mehrdeutigen Meinungen abzugrenzen, muss freilich ein sinnlich-ästhetisches Moment der Kommunikation hinzukommen.[25] Auch dieser Ansatz darf nicht zu Verengungen herangezogen werden: Anspruchslose Trivialliteratur wird ebenso von Art. 5 Abs. 3 GG erfasst wie engagierte Kunst,[26] auch wenn letztere nicht mehrdeutig, sondern eindeutig provozieren will. Vorliegend wird gerade durch die Verarbeitung von Tatsachen in Romanform ein Moment der Mehrdeutigkeit eröffnet. Nach diesem Ansatz läge hier Kunst vor.

ee) „Objektivierter" Kunstbegriff

Die Rechtsprechung verfolgt einen „gemischten" Ansatz. In seiner Entscheidung zum sog. „Anachronistischen Zug" hat das BVerfG auf die Unmöglichkeit hingewiesen, Kunst abschließend, verbindlich und objektiv zu definieren. Es – und mit ihm die h.M. – behilft sich mit einem „objektivierten" Kunstbegriff, der Elemente der vorgenannten Begriffe aufgreift und kombiniert: „Kunst" ist jedes Ergebnis „freier schöpferischer Gestaltung", in dem eigene „Erfahrungen, Eindrücke und Erlebnisse" des Künstlers „durch das Medium einer bestimmten Formensprache" „zu unmittelbarer Anschauung gebracht" werden. Diese Kriterien werden gelegentlich noch durch die Anforderung ergänzt, dass sich das Werk immer neuen Interpretationen erschließen müsse. Nach den Kriterien der Rechtsprechung ist zweifelhaft, ob es sich bei „Enthüllung" tatsächlich um einen als Kunstwerk geschützten Roman handelt.

Zunächst müsste es sich um das Ergebnis „freier schöpferischer Gestaltung" handeln. Dies ist deshalb problematisch, weil der Roman „Enthüllung" im Wesentlichen von A Erlebtes und Beobachtetes darstellt und A daher nicht durch ein maßgebliches „Hinzuerfinden" schöpferisch tätig wird.

Die Judikatur des BVerfG zeigt aber, dass das Gericht einen weiten, offenen Kunstbegriff vertritt und den Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie somit weit fassen möchte. Daher sind an die Merkmale seines Kunstbegriffs nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen. So dürfte es genügen, dass A seine persönlichen Erfahrungen in eine sprachliche Darstellung „gegossen" hat; Literatur ist eben nicht nur durch ihre Inhalte geprägt, sondern auch durch die Art und Weise ihrer Darstellung. Eine künstlerische Schöpfung ist daher bereits in der sprachlichen Ausformung zu sehen.

Anderes würde nur dann gelten, wenn „Enthüllung" als nichts anderes verstanden werden könnte denn als reiner Tatsachenbericht bzw. als Dokumentation. Dann wäre nicht Art. 5 Abs. 3 GG einschlägig, sondern Art. 5 Abs. 1 GG.

Für eine solche Einordnung spricht die identische Abbildung des B in der Figur des „Kunz" mit realitätsgetreuer Darstellung seiner Eigenschaften und Auffassungen sowie seiner „Lebensbiographie". Allerdings ist zu berücksichtigen, dass in der deutlichen Überzeichnung des Geizes des „Kunz" eine signifikante fiktionale Verfremdung, jedenfalls aber „Ergänzung" bzw. „Erfindung" liegt. Dies kann, will man keine allzu hohen Hürden für die Einordnung als „Kunst" errichten, als „freie schöpferische Gestaltung" angesehen werden. Denn dass ein Autor Vorbilder für seine Romanfigur aus der Beobachtung der Realität gewinnt, ist ein eher typischer Vorgang.

Im vorliegenden Fall kann zudem ergänzend die Selbsteinschätzung des A herangezogen werden. Das Buch „Enthüllung" ist als Roman erschienen und wird von A auch als solcher verstanden. Auch wenn die Selbsteinschätzung des Künstlers nicht als einziges Definitionsmerkmal von „Kunst" taugt, weil dem Grundrechtsträger nicht die alleinige „Definitionsmacht" hinsichtlich der Schutzbereichsgrenzen zuerkannt werden kann, ist sie als „Indiz" durchaus bedeutsam. A wollte hier keinen bloßen Tatsachenbericht oder eine Dokumentation schreiben und veröffentlichen, sondern ein literari-

[22] *Mahrenholz*, Freiheit der Kunst, in: HbVerfR, 2. Aufl. 1995, § 26 Rn. 37 f.
[23] BVerfGE 30, 173 (189) – Mephisto.
[24] *Denninger*, HStR, 2. Aufl. 2001, Bd. VI, § 146 Rn. 16.
[25] *Mahrenholz*, Freiheit der Kunst, in: HbVerfR, 2. Aufl. 1995, § 26 Rn. 39 ff.
[26] BVerfGE 30, 173 (191) – Mephisto.

sches Werk schaffen. Eine freie schöpferische Gestaltung ist damit zu bejahen.

Die Ausübung der Kunstfreiheit dient auch der Findung personaler Identität mit ästhetischen Mitteln. Das Grundrecht ist gerade wegen dieser Funktion, die nicht selten Grenzen überschreitet und mit Rechten anderer kollidiert, als vorbehaltloses Grundrecht gewährleistet.[27] Der Roman „Enthüllung“ schildert nicht zuletzt eigene „Erfahrungen, Erlebnisse und Eindrücke“ des A, die er aus seiner Beziehung mit B gewonnen hat. A nutzt für die Darstellung dieser Erfahrungen, Erlebnisse und Eindrücke die literarische Gattung als „Medium einer bestimmten Formensprache“. Mit der durch die Fassung in geschriebene Worte eröffneten Möglichkeit, den Roman zu lesen, werden sie auch „zu unmittelbarer Anschauung gebracht“. Ebenfalls steht außer Zweifel, dass sich der Roman „Enthüllung“ immer neuen Interpretationen öffnet. Jeder Leser wird nach der Lektüre unterschiedliche Schlüsse aus dem Roman ziehen. Nach der Definition des BVerfG ist das Buch „Enthüllung“ daher als Roman und damit als „Kunst“ anzusehen.

ff) Ergebnis

Da die dargestellten Ansichten zum Kunstbegriff zu demselben Ergebnis kommen, bedarf es keiner Entscheidung des Meinungsstreites. Der Roman „Enthüllung“ ist ein Kunstwerk und unterfällt damit dem sachlichen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG.[28]

b) Persönlicher Schutzbereich

Wie bereits gezeigt, wirkt sich die Aufteilung der Kunstfreiheit in „Werkbereich“ und „Wirkbereich“ auch auf den persönlichen Schutzbereich des Grundrechts aus. Der V-Verlag ist als Verlagsgesellschaft vom persönlichen Schutzbereich erfasst. Persönlich geschützt sind sowohl der Künstler als auch alle Vermittler.[29] Hier kommt auch der kommunikative Ansatz zum Tragen, der der Kunst und nicht nur des Künstlers wegen Schutz über Art. 5 Abs. 1 GG hinaus verdient.[30] Insoweit umfasst Art. 5 Abs. 3 GG alle Dimensionen, die allgemein auch im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG geschützt werden.

c) Zwischenergebnis

Vorliegend wurde der Schutzbereich durch die Fachgerichte verkannt. Schon insoweit wurde spezifisches Verfassungsrecht verletzt. Dennoch sind der Eingriff und dessen Rechtfertigung (nicht nur hilfsgutachtlich) weiter zu prüfen unter dem Aspekt, ob sich die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts auch „ausgewirkt“ hat.[31]

2. Eingriff

In den gerichtlichen Verboten müsste ein Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit zu sehen sein. Ein Eingriff ist nach heutigem Verständnis[32] jede Beschränkung des grundrechtlichen Schutzbereichs.

Das Verbot macht es dem V-Verlag unmöglich, den Roman „Enthüllung“ künftig zu verbreiten. Damit wird hinsichtlich dieses Kunstwerks jede Tätigkeit des V-Verlags im „Wirkbereich“ gesperrt. Es handelt sich um einen Fall mittelbarer Drittwirkung, die dem Staat durch das gerichtliche Verbot zuzurechnen ist. Ein Eingriff liegt damit vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist aber, ob der Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

a) Beschränkbarkeit der Kunstfreiheit

Der Kunstfreiheit sind möglicherweise Schranken gesetzt, die durch die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen „aktiviert“ worden sind, so dass der in diesen Entscheidungen liegende Eingriff verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden wäre.

Die Kunstfreiheitsgarantie in Art. 5 Abs. 3 GG ist vom Wortlaut her vorbehaltlos gewährleistet; so fehlt etwa ein Gesetzesvorbehalt wie in anderen Grundrechtsartikeln.

Möglicherweise sind aber die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG auch auf die in Abs. 3 normierten Grundrechte übertragbar. Dieser früher vertretenen Auffassung ist indes vom BVerfG eine klare Absage erteilt worden. Die systematische Trennung der Gewährleistungsbereiche in Art. 5 GG weise Abs. 3 gegenüber Abs. 1 GG als lex specialis aus und verbiete es deshalb, die Schranken des Abs. 2 auch auf die in Abs. 3 genannten Bereiche anzuwenden.[33] Die in Abs. 2 enthaltene Schrankenregelung bezieht sich damit nicht (auch) auf Abs. 3.

Des Weiteren könnten die in Art. 2 Abs. 1 GG enthaltenen Schranken auf solche Freiheitsrechte übertragen werden, die dem Normtext nach „schrankenlos“ gewährleistet sind („Schrankenleihe“). Auch dieser Annahme ist entgegen zu halten, dass Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber den speziellen Freiheitsgrundrechten subsidiär ist. Kann schon der Schutzbereich dieses „Auffanggrundrechts“ nicht eröffnet sein, wenn

[27] *Michael*, in: Heun u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 2006, Artikel Kunstfreiheit, S. 1371 (1372).

[28] Die Gegenauffassung ist bei entsprechender Begründung gut vertretbar.

[29] Für Verleger: BVerfGE 30, 173 (191) – Mephisto; für Schallplattenhersteller: BVerfGE 36, 321 (331) – Schallplatten; für Werbung: BVerfGE 77, 240 (251) – Herrnburger Bericht; aus der Lit.: *Michael*, in: Heun u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 2006, Artikel Kunstfreiheit, S. 1371, (1372 f.); enger: *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Bd. I, 53. Erg.-Lfg., Art. 5 Abs. 3 Rn. 13 d) dd).

[30] Anders *Scholz*, aaO, der stattdessen Art. 5 Abs. 1 GG für einschlägig hält.

[31] *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2008, Rn. 979, Schema 34.

[32] Vgl. demgegenüber den früher herrschenden „klassischen“ Eingriffsbegriff, der u.a. eine zielgerichtete, „finale“ Beeinträchtigung voraussetzte.

[33] BVerfGE 30, 173 (191) – Mephisto.

derjenige eines speziellen Freiheitsgrundrechts tangiert ist, so kann auch die Schrankenregelung nicht „entliehen“ werden. Das BVerfG hat die Kunstfreiheit so auch in ständiger Rechtsprechung als vom Normtext her vorbehaltlos garantiertes Grundrecht qualifiziert.[34]

Jedenfalls aber ist anerkannt, dass auch ohne ausdrückliche Einschränkungsmöglichkeit normierte Grundrechte nicht schrankenlos gewährleistet sind. Das folgt aus der Einheit der Verfassung. Grundrechte sind nicht isoliert zu betrachten, sondern sind im Konfliktfall zu anderen Verfassungsgütern ins Verhältnis zu setzen. Zu beachten sind jeweils die sog. „verfassungsimmanenten Schranken“; Grundrechte finden z.B. dort ihre Grenzen, wo der Schutz der Grundrechte anderer dies erfordert. Darüber hinaus können auch andere Werte mit Verfassungsrang grundrechtsbeschränkende Funktion entfalten.

Zu prüfen ist also, welche anderen grundgesetzlichen Bestimmungen der Kunstfreiheit des V-Verlags im vorliegenden Fall Schranken ziehen können.

b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als verfassungsimmanente Schranke

Als Schranke kommt in erster Linie das allgemeine Persönlichkeitsrecht des B gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht.

Art. 2 Abs. 1 GG, der auch als Grundlage einer grundrechtlich geschützten, weit als Auffanggrundrecht verstandenen allgemeinen Handlungs- oder besser allgemeinen Verhaltensfreiheit dient, schützt seinem Wortlaut nach die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dieses Entfaltungsrecht wird nun mittels Art. 1 Abs. 1 GG mit einem „Menschenwürdekern“ aufgeladen und führt zur Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das vom BVerfG mittlerweile zu einem ganzen Strauß von sog. „Ausprägungen“ aufgefächert worden ist, die teilweise sogar als eigenständige Grundrechte gehandelt werden.[35] Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als grundrechtliche Gewährleistung wird daher aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet.

Fraglich ist jedoch, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht des B im vorliegenden Fall überhaupt berührt ist. Schilderungen der „Persönlichkeit“ einer fiktionalen Figur berühren nicht das Recht eines realen Grundrechtsträgers. Ein Grundrechtskonflikt zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht entsteht nur, wenn eine reale Person in ihren Rechten betroffen ist. Das BVerfG stellt zur Feststellung (schon) einer „Betroffenheit“ im allgemeinen Persönlichkeitsrecht durch fiktionale Werke auf die „Erkennbarkeit“ der realen Person ab. Es genügt nicht, wenn die Person lediglich aufgrund von Andeutungen im literarischen Werk „entschlüsselbar“ ist.

In seiner „Mephisto“-Entscheidung aus dem Jahre 1971 hat das Gericht hinsichtlich der „Erkennbarkeit“ noch darauf abgestellt, dass es sich bei dem in der Romanfigur *Hendrik Höfgen* dargestellten, verstorbenen Schauspieler und Intendanten *Gustav Gründgens* um eine Person der Zeitgeschichte handele und die Erinnerung an ihn in der Bevölkerung noch wach sei. Dieses Erfordernis hat das Gericht in seinem „Esra“-Beschluss[36] zu Recht für zu eng erklärt; es hat angemerkt, dass derartige Kriterien den Persönlichkeitsschutz im Wesentlichen auf einen Prominentenschutz reduzieren würden. Andererseits reiche die nachweisbare Vorbildfunktion einer realen Person für eine Romanfigur nicht, um per se eine persönlichkeitsrelevante Erkennbarkeit herbeizuführen. Denn jeder Autor gewinne seine Romanfiguren aus der Beobachtung der Realität, so dass das Merkmal der „Erkennbarkeit“ eine „hohe Kumulation von Identifizierungsmerkmalen“ voraussetze, solle die Kunstfreiheitsgarantie nicht übermäßig und unzumutbar eingeschränkt werden.

Danach genügt zwar eine Erkennbarkeit für einen mehr oder weniger großen Kreis von Bekannten, allerdings muss die Anzahl der eine Erkennbarkeit begründenden Einzelheiten im literarischen Werk besonders hoch sein, um eine Betroffenheit im allgemeinen Persönlichkeitsrecht überhaupt zu „eröffnen“.[37]

Vor diesem Hintergrund müsste also der B in dem Roman „Enthüllung“ aufgrund einer „hohen Kumulation von Identifizierungsmerkmalen“ erkennbar sein.

Laut Sachverhalt hat der A den B hinsichtlich zahlreicher äußerer Merkmale unverändert in seinem Roman „abgebildet“. Alter, äußeres Erscheinungsbild, Gewohnheiten, Ansichten und Lebensbiographie sind „bis ins kleinste Detail“ übernommen. Der Übereinstimmungsgrad von „Urbild“ und „Abbild“ ist daher sehr hoch. An den Kreis derjenigen Personen, für die die reale Person im fiktionalen Abbild erkennbar sein muss, werden in Abweichung von der „Mephisto“-Entscheidung eben nur noch geringe Anforderungen gestellt. Es genügt mithin, wenn ein mehr oder weniger großer Bekanntenkreis die Person im literarischen Werk erkennen kann. Vorliegend ist von einer „Erkennbarkeit“ des B und damit von einer Betroffenheit seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts auszugehen.

Auch die Verfremdung der Persönlichkeit hinsichtlich der Überzeichnung des Geizes stellt die Erkennbarkeit, die sich an vielen unverfälschten Details manifestiert, nicht in Frage.[38]

Fraglich ist, ob im Rahmen der Diskussion die Kunstfreiheit beschränkender verfassungsrechtlicher Schutzgüter auch Art. 8 Abs. 1 EMRK heranzuziehen ist. Dagegen spricht, dass es sich dabei nicht um eine Norm des (nationalen) Verfassungsrechts handelt. Andererseits ist die völkerrechtsfreund-

[34] Vgl. etwa BVerfGE 30, 173 (191) – Mephisto; 83, 130 (139) – Josephine Mutzenbacher.

[35] So etwa das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfGE 65, 1 ff. – Volkszählung) und das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (BVerfG MMR 2008, 315 ff. – Online-Durchsuchung).

[36] BVerfGE 119, 1 (25 f.) = NJW 2008, 39 (41) – Esra; aus der aktuellen Literatur zu dieser Entscheidung *Lenski*, NVwZ 2008, 281 ff.; *Gostomzyk*, NJW 2008, 737 ff.

[37] *Ladeur*, AfP 2008, 30 (32), kritisiert das Kriterium der „Erkennbarkeit“ als zu unspezifisch.

[38] Die Gegenauffassung ist mit entsprechender Begründung vertretbar.

liche Auslegung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts anerkannt und nach der Rechtsprechung des BVerfG auch geboten.[39] Deshalb kommt eine Erweiterung des Schutzbereichs oder auch eine Verstärkung des Gewichts des grundgesetzlichen Persönlichkeitsrechts durch Art. 8 Abs. 1 EMRK durchaus in Betracht.[40] Allerdings kann die Frage vorliegend offen bleiben, da insoweit (im Gegensatz zu den Fragen des Persönlichkeitsschutzes Prominenter jenseits der häuslichen Sphäre) keine über den deutschen Grundrechtsschutz hinausgehenden Impulse erkennbar sind.

Weil B erkennbar und sein Persönlichkeitsrecht damit berührt ist, kommt eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Kunstfreiheit durch entgegenstehendes Verfassungsrecht jedenfalls in Betracht. Ob das Persönlichkeitsrecht letztlich verletzt wurde, bleibt der Prüfung der materiellen Rechtfertigung vorbehalten.

c) Formelle Rechtfertigung

Auch bzw. erst recht für die vorbehaltlosen Grundrechte gilt der Vorbehalt des Gesetzes. Die Urteile sind hier auf §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 2 BGB (i.V.m. den Grundrechten) gestützt, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf einfachgesetzlicher Ebene schützen und an deren Verfassungsmäßigkeit kein Zweifel besteht. Auch wenn es sich um Generalklauseln handelt, ist dem Gesetzesvorbehalt formal genügt. An die Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen werden in Fällen mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte keine qualifizierten Anforderungen gestellt. Umso mehr ist dem Grundrechtsschutz im Rahmen der richterlichen Entscheidung Rechnung zu tragen.

d) Materielle Rechtfertigung

Nach der Rechtsprechung des BVerfG genügt die Erkennbarkeit allein nicht, um neben einer „Betroffenheit“ auch eine „Verletzung“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzunehmen. Nicht jede Betroffenheit des Persönlichkeitsrechts lässt die Kunstfreiheit zurücktreten. Vielmehr ist zwischen beiden Rechten eine Abwägung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz[41] vorzunehmen. Diese entspricht einer modifizierten, verschärften Verhältnismäßigkeitsprüfung, also der Mittel-Zweck-Relation. Vorliegend ist fraglich, ob das Mittel des Verbreitungsverbotes eines Romans in einem verfassungsrechtlich tragbaren Verhältnis zu dem Zweck des Schutzes des Persönlichkeitsrechts von B steht.[42]

Für die Rechtfertigung eines Eingriffs in vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte genügt es nicht, dass ein anderes Verfassungsgut betroffen ist. Vielmehr muss der Schutz eines anderen Verfassungsgutes es erfordern, in das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht einzugreifen.[43] Der Staat hat vorliegend eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht zugunsten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, weil die Autonomie der Selbstdarstellung und des Bildes der Persönlichkeit des B gefährdet ist: Gegen den Willen des B werden Tatsachen aus seiner Privat- und Intimsphäre öffentlich.

Andererseits ist freilich auch vertretbar, dass den Staat zwar gegen das Eindringen Fremder in die Intimsphäre eine Schutzpflicht trifft, er jedoch verfassungsrechtlich nicht dazu verpflichtet ist, bei Offenbarungen von Intimitäten, auf die sich jemand zunächst freiwillig eingelassen hat, einzuschreiten. Es spricht manches dafür, dass es sich bei derartigen Offenbarungen zwar um „unanständige“ Tabubrüche zwischen Privaten handelt, sich der Staat daraus jedoch tunlichst herauszuhalten hat. Auf diese Weise würde die schwierige Abwägung mit der Kunstfreiheit entbehrlich.

Allerdings folgt die Rechtsprechung hier einem umfassenderen Schutzkonzept zugunsten des Persönlichkeitsrechts. Zu prüfen ist mithin die Verhältnismäßigkeit des Verbots des Romans „Enthüllung“.

aa) Geeignetheit

Das Verbreitungsverbot ist geeignet, die (weitere) Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des B zu unterbinden.

bb) Erforderlichkeit

Zweifelhaft ist allerdings seine Erforderlichkeit.

Als milderes Mittel käme hier die Anordnung eines im Buch angebrachten Hinweises („Disclaimer“) auf die Fiktionalität der Personendarstellung in Betracht. Dagegen spricht aber, dass sich dadurch an der erkennbaren Ähnlichkeit zwischen B und der Romanfigur „Kunz“ nichts ändern würde. Zwar mag es sein, dass durch eine solche Maßnahme die – ohnehin kaum nachweisbare – Realitätsnähe der Details aus dem Intimbereich für manchen Leser in Frage gestellt würde. Ein Verbreitungsverbot wirkt indes wesentlich effektiver zugunsten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Auch die Beschränkung des Verbreitungsverbots auf bestimmte Passagen stellt keine verfassungsrechtlich gebotene Alternative dar. Es ist nicht Sache der Gerichte und würde im Übrigen seinerseits in die Kunstfreiheit eingreifen, Kunst „zurechtzustutzen“ und dadurch zu verändern. Schon aus praktischen Gründen stellt sich die Frage, ob ein solchermaßen zu einem „Torso“ beschnittener Roman überhaupt noch eine hinreichende Nähe zum Original hätte und ob der Autor zu einer solchen Veränderung überhaupt bereit wäre. Denn nach der Konzeption des Romans „Enthüllung“ stellen gerade die Enthüllungen über den „Kunz“ die entscheidenden „Schlüssel“-Passagen des Werkes dar. Eine Zulassung des Romans mit Auslassungen oder Veränderungen kommt daher nicht als zumutbares milderes Mittel in Betracht. Es bleibt dem Autor und dem Verlag freilich unbenommen, ihrerseits die Verbreitung einer veränderten Fassung des Werks anzu-

[39] BVerfGE 111, 307 (327 ff.) – Görgülü.

[40] *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2008, Rn. 712.

[41] Grundlegend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 317 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2008, Rn. 710 ff., 733 ff.

[42] Im Folgenden bleiben dabei die legitimen Zwecke auf das Verfassungsgut des Persönlichkeitsrechts beschränkt.

[43] *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2008, Rn. 719, 738; ebd., Schema 3 III. 3. a) aa).

streben – und gegebenenfalls deren rechtliche Beanstandungsfreiheit im Wege der Feststellungsklage auch gerichtlich klären zu lassen.

Das Verbot ist damit auch erforderlich.

cc) Strenge Verhältnismäßigkeit i.e.S. als Herstellung praktischer Konkordanz

Fraglich ist schließlich, welchem der beiden Grundrechte im vorliegenden Fall der Vorrang zukommt.

Die Kunstfreiheit genießt als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht abstrakt einen hohen Stellenwert. Sie dient nicht nur der persönlichen Entfaltung der Künstler, also dem besonders sensiblen „Werkbereich". Vielmehr hat die Kunstfreiheit – insofern ergänzend zur Meinungs- und Pressefreiheit – auch objektivrechtliche Funktionen der Thematisierung und Verarbeitung von Themen öffentlichen Interesses.

Das Verbreitungsverbot ist konkret ein schwerwiegender Eingriff in das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht der Kunstfreiheit. Durch ein umfassendes Schutzkonzept zugunsten des Persönlichkeitsrechts Dritter droht eine Tabuisierung bestimmter Themen, insbesondere der Verarbeitung persönlicher sexueller Erfahrungen im Bereich der Kunst bzw. deren Entpersonalisierung.

Der Kunstfreiheit steht vorliegend das allgemeine Persönlichkeitsrecht des B gegenüber. Der Erkennbarkeit wegen ist eine Betroffenheit des B in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht anzunehmen; es stellt sich jedoch die Frage, in welchen Gewährleistungselementen er konkret verletzt ist.

Die Darstellung intimer Details aus dem Sexualleben des B über die Figur des „Kunz" könnte dabei zunächst eine Verletzung der sog. „Intimsphäre" als „Kernbereich" des Persönlichkeitsrechts bedeuten.

Das BVerfG nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass „wegen der besonderen Nähe zur Menschenwürde ein Kernbereich privater Lebensgestaltung als absolut unantastbar geschützt" sei.[44] Zu diesem Bereich der „Intimsphäre" gehören insbesondere auch die Ausdrucksformen der Sexualität.[45]

Die Preisgabe von – wegen der Erkennbarkeit unzweifelhaft ihm zuzuordnenden – Einzelheiten aus diesem Bereich greift damit in das Persönlichkeitsrecht des B ein.

Ferner könnte eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts hinsichtlich der Darstellung des krankhaften Geizes des „Kunz" vorliegen. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass diese Eigenschaft dem B selbst gar nicht zukommt.

Allerdings könnte gerade in dieser Verfremdung eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts liegen, weil der B ja offenkundig als „Kunz" erkennbar ist und dem Leser bzw. der Öffentlichkeit daher der Eindruck vermittelt wird, auch diese als Charakterfehler dargestellte Eigenschaft des krankhaften Geizes sei dem B zu eigen. Denn zu den anerkannten Inhalten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehören das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person, die soziale Anerkennung und die persönliche Ehre.[46] Dazu ist auch der Schutz vor Äußerungen zu rechnen, die geeignet sind, sich „abträglich auf das Ansehen der Person, insbesondere ihr Bild in der Öffentlichkeit" auszuwirken. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt so auch vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen.[47]

Wegen des besonders hohen Maßes an Erkennbarkeit des B in der Figur des „Kunz" dürfte die Abbildung des krankhaften Geizes als eine solche verfälschende bzw. entstellende Darstellung zu werten sein. Ausgeschlossen wäre eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hinsichtlich dieses Gesichtspunktes allenfalls dann, wenn die Darstellung von „unerheblicher Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung"[48] wäre, sie also als „Bagatellfall" verstanden werden könnte. Die Zurschaustellung eines tatsächlich nicht bestehenden erheblichen Charakterfehlers, der das Ansehen des B in der Öffentlichkeit herabzusetzen geeignet ist, kann aber nicht als unerheblich bezeichnet werden.

Das BVerfG hat in seinem „Esra"-Beschluss festgestellt, dass bei literarischen Veröffentlichungen grundsätzlich von einer Vermutung für die „Fiktionalität" auszugehen ist. Die Darlegungslast für Verletzungen des Persönlichkeitsrechts liegt also beim Betroffenen. Die bloße Erkennbarkeit einer Person reicht nicht aus, um diese zu entkräften und um eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts der realen Person „eins zu eins" zur Romanfigur anzunehmen. Zusätzlich zur Erkennbarkeit der betroffenen Personen (die ja im Grunde ohnehin eine selbstverständliche Bedingung ist, um überhaupt eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts annehmen zu können) muss die Beeinträchtigung schwerwiegend sein. Ist sie nur geringfügig oder besteht nur die bloße Möglichkeit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung, so ist dies nach Auffassung des Gerichts im Ergebnis als „Bagatellfall" zu verbuchen; die Kunstfreiheit überwiegt.

Das Gericht verknüpft die Frage der Fiktionalität mit der der Schwere der Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Es hat eine spezifische „Je-desto-Formel"[49] für die Kollision von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht entwickelt. Die zunächst noch hypothetische (weil nur das fiktionale Abbild im Roman betreffende) Beeinträchtigung

[44] BVerfGE 6, 32 (41) – Elfes; 27, 344 (350 f.) – Ehescheidungsakten; 54, 143 (146) – Taubenfütterungsverbot; 65, 1 (46) – Volkszählung; 80, 367 (373 f.) – Tagebuch; 109, 279 (313) – Großer Lauschangriff.

[45] BVerfGE 109, 279 (313) – Großer Lauschangriff.

[46] BVerfGE 54, 148 (153 f.) – Eppler; 99, 185 (193) – Scientology; 114, 339 (346) – mehrdeutige Meinungsäußerungen.

[47] BVerfGE 119, 1 (24) – Esra; 97, 125 (148 f.) – Caroline von Monaco I; 99, 185 (193 f.) – Scientology; 114, 339 (346) – mehrdeutige Meinungsäußerungen.

[48] BVerfGE 119, 1 (24); 97, 125 (148 f.); 99, 185 (193 f.); 114, 339 (346).

[49] BVerfGE 119, 1 (30) = NJW 2008, 39 (42): „Je stärker Abbild und Urbild übereinstimmen, desto schwerer wiegt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts. Je mehr die künstlerische Darstellung die besonders geschützten Dimensionen des Persönlichkeitsrechts berührt, desto stärker muss die Fiktionalisierung sein, um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung auszuschließen." – Kritisch zu der „Je-desto-Formel" *Enders*, JZ 2008, 581 (583); zu einer möglichen weiteren Verwendbarkeit der „Je-desto-Formel" *Schröder*, DVBl 2008, 146 ff.

des Persönlichkeitsrechts soll je nachdem, wie klar erkennbar das reale Urbild ist, wieder relativiert (bei nur geringer Erkennbarkeit) oder im Gegenteil noch verstärkt werden (bei einem besonders hohen Maß der Übereinstimmung). Je stärker sich Abbild und Urbild decken, desto schwerer wiegt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts in Relation zur Kunstfreiheit. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass besonders schwerwiegende Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts ein besonders hohes Maß an Fiktionalisierung erfordern, um von der Kunstfreiheitsgarantie aufgewogen zu werden.

Die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des B müsste danach besonders schwer wiegen, damit die entsprechenden Darstellungen nicht mehr verfassungsgemäß von der Kunstfreiheit getragen werden können.

Fraglich ist danach zunächst, ob diese besondere Schwere in der fälschlichen Darstellung des krankhaften Geizes zu sehen ist. Im Ergebnis dürfte aber hinsichtlich der Eigenschaft des Geizes die „Fiktionalitätsvermutung“ greifen, auch wenn ein Leser nicht unterscheiden kann, ob dem B diese Eigenschaft in der Realität auch zukommt oder ob es sich um reine Fiktion handelt. Die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts ist hier nicht als besonders schwerwiegend anzusehen. Denn ansonsten könnte sich die Kunstfreiheit im Ergebnis nie durchsetzen. Die falsche Zuschreibung einer als negativ empfundenen Eigenschaft betrifft zwar das Persönlichkeitsrecht, aus der Betroffenheit allein ergibt sich indes noch nicht die besondere Schwere.

Die Rechtsprechung nimmt an, dass umgekehrt das Persönlichkeitsrecht umso stärker betroffen ist, je weniger die betroffene und als solche erkennbare Person verfremdet wurde. Danach sprechen die detailgenauen Übereinstimmungen mit der Realität für eine besonders schwere Betroffenheit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des B.

Eine besondere Schwere könnte sich schließlich daraus ergeben, dass – wie bereits gezeigt – die „Intimsphäre“ des B als Teilbereich des „Menschenwürdekerns“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen ist. Die „Intimsphäre“ gehört nach anerkannter Auffassung zum „Kernbereich“ persönlicher Lebensführung; ein Eingriff in die Intimsphäre durch den Staat ist mithin in jedem Falle untersagt. Übertragen auf das Verhältnis zwischen Privaten dürfte eine Verletzung der Intimsphäre ein besonders schwerwiegender Übergriff sein. Es sind kaum Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts denkbar, die hinsichtlich des Belastungsgrades gravierender sind.

Diese besonders schwere Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts könnte allenfalls entschärft sein, wenn (gleichsam zum Ausgleich) der A in seinem Roman den B insgesamt hinreichend verfremdet, „fiktionalisiert“ hätte. Dies ist aber wegen der Tatsache, dass die Figur des „Kunz“ nahezu vollständig die Person des B widerspiegelt, hier nicht gegeben.

Im Ergebnis käme daher nach der Rechtsprechung des BVerfG dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Rahmen der Abwägung vorliegend eine größere Bedeutung zu als der Kunstfreiheit.

Gegen diese Argumentation des BVerfG sprechen allerdings auch erhebliche Einwände, die in Sondervoten zum „Esra“-Beschluss[50] Niederschlag gefunden haben. Die Mehrheit des *Senats* gesteht der Kunst zwar grundsätzlich eine Vermutung der Fiktionalität zu. Das BVerfG stellt auch klar, dass es insoweit auf den Wahrheitsgehalt der geschilderten Umstände – anders als bei Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts in Tatsachenberichten – letztlich nicht ankommen kann.[51] Vom Künstler einerseits Fiktionalität zu erwarten und andererseits den Wahrheitsgehalt seiner Schilderungen zu fordern, wäre widersprüchlich. Allerdings wendet die Rechtsprechung ihre Vermutung für die Fiktionalität von Romanen nicht konsequent auf Schilderungen aus dem Intimbereich an. Diese Abweichung von den Prämissen der Kunstfreiheit lässt sich allenfalls damit begründen, dass es in diesen Fällen um den absolut gewollten Schutz der Intimsphäre geht, den das BVerfG auf die Menschenwürde stützt. Die Konsequenz ist eine Tabuisierung des Sexuellen jedenfalls hinsichtlich (ansonsten) erkennbarer Romanfiguren.

Letztlich hängt die Wertung davon ab, welchen Rang man dem grundrechtlichen Schutz künstlerischer Verarbeitung dieses Themenbereichs auch und gerade unter Einbeziehung realitätsnaher, persönlicher Erfahrungen zugestehen möchte. Will man – im Einklang mit den Sondervoten – der Kunstfreiheit auch in diesem Bereich Raum geben, kann dem Persönlichkeitsrecht nur in solchen Fällen der Vorrang zukommen, in denen die Kunstform offenkundig als Medium missbraucht wird, um eine Person bloß zu stellen. Allerdings erscheint die Annahme vertretbar, dass im vorliegenden Fall – darauf deutet auch der Titel des Romans „Enthüllung“ hin – diese Grenze überschritten ist. Es ließe sich jedenfalls vertreten, dass dieser Roman primär einer persönlichen Abrechnung mit B dient, wofür auch spricht, dass die einzige Verfremdung der Person des B in einer negativen Überzeichnung von dessen Geiz besteht.

Es ist daher im Ergebnis zumindest gut vertretbar anzunehmen, dass vorliegend nach beiden Auffassungen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des B ein Vorrang zuzuerkennen ist.

4. Zwischenergebnis

Der Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit des V-Verlags ist damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt.[52] Die Kunstfreiheit des V-Verlags aus Art. 5 Abs. 3 GG ist somit nicht verletzt. Damit wirkt sich die Verkennung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit im Ergebnis nicht aus.

Die Verfassungsbeschwerde ist daher unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des V-Verlags ist zulässig, aber unbegründet. Sie wird – jedenfalls nach der Rechtsprechung des BVerfG – nicht erfolgreich sein.

---

[50] BVerfGE 119, 1 (34 ff.) = NJW 2008, 39 (44 ff.) – Esra.
[51] BVerfGE 119, 1 (33) = NJW 2008, 39 (43) – Esra.
[52] Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Begründung ebenfalls gut vertretbar.

Übungsfall: Das Autorennen

Von Dr. **Gerhard Timpe**, Regensburg

Sachverhalt

In Süddeutschland gab es eine „Szene", der junge Männer angehörten die regelmäßig am Samstagnachmittag private Autorennen mit frisierten Kraftfahrzeugen auf öffentlichen Straßen durchführten. F ist Besitzer eines VW Golf II, den er für Autorennen umgebaut und mit dem Motor eines Audi S3 ausgestattet hat, so dass das Fahrzeug eine Höchstgeschwindigkeit von ca. 240 km/h erreicht. Der Szene gehört auch der B an, der mit F wechselweise als Fahrer oder als Beifahrer schon an verschiedenen Rennen teilgenommen hat. Ein anderer Freund des F, der H, nutzte für die samstagsnachmittäglichen Autorennen einen Porsche Carrera 45, der über eine Leistung von 280 kW verfügte und eine Spitzengeschwindigkeit von 300 km/h erreichte. An einem Samstagnachmittag verabredeten F, H, B und S auf einer vierspurig ausgebauten Bundesstraße ein Autorennen auszufahren. Dabei waren die mit dem Rennen verbundenen Gefahren allen Beteiligten bewusst, sie vertrauten aber darauf, dass es auch diesmal gut gehen werde. F fuhr mit B und H mit S als Beifahrer auf eine autobahnähnlich ausgebaute Bundesstrasse. Dort angekommen gab B das Startzeichen und forderte den F auf Gas zu geben und los zu fahren. Dass Rennen wurde von S, dem Beifahrer des H, mit seiner Handykamera gefilmt. Auch nach Erreichen einer Geschwindigkeitsbegrenzung auf 120 km/h wurde das Rennen von den beteiligten Fahrern fortgesetzt. Beim Passieren des Verkehrszeichen fuhr der Porsche des H mit einer Geschwindigkeit von 200 km/h, der VW des F erreichte anschließend eine Spitzengeschwindigkeit von 213 km/h. F und H brachen das Rennen auch dann nicht ab, als vor ihnen auf dem rechten Fahrstreifen ein von Z gesteuertes, 120 km/h schnelles Kraftfahrzeug auftauchte. Als Z die von hinten rasch näherkommenden Fahrzeuge bemerkte, steuerte er sein Fahrzeug nach rechts, während F seinen VW auf den linken Fahrstreifen zur Mittelleitplanke hin lenkte. Zugleich steuerte H seinen Porsche über die mittlere Fahrbahnmarkierung hinaus auf den linken Fahrstreifen, um den Z ebenfalls überholen zu können. Die drei Fahrzeuge befanden sich während des Überholvorgangs deshalb zeitgleich nebeneinander, wobei der Abstand zwischen dem VW und dem Porsche gerade einmal 30 cm betrug. F und H nahmen dabei die durch das gleichzeitige Überholen realisierte Gefährdung bewusst in Kauf, rechneten aber nicht damit, dass es zu einem Unfall kommen werde. Noch während sich die drei Fahrzeuge nebeneinander befanden, geriet der VW des F mit dem linken Reifen auf den Grünstreifen an der Mittelleitplanke. Bei dem Versuch, wieder auf die Fahrbahn zu gelangen, machte F eine zu starke Lenkbewegung, so dass sein VW ins Schleudern geriet, von der Farbbahn abkam, sich überschlug, gegen ein Verkehrszeichen prallte und nach ca. 300 m auf der rechten Fahrbahnseite zum Stehen kam und in Brand geriet. B verstarb noch am selben Tag an den Verletzungen, die er sich bei dem Unfall zugezogen hatte, obwohl H und S unverzüglich den Rettungsdienst benachrichtigt hatten.

Strafbarkeit der Beteiligten?

A. Strafbarkeit des F

I. Strafbarkeit gem. § 222 StGB

F könnte sich dadurch, dass er an einem illegalen Autorennen auf einer öffentlichen Straße teilgenommen hat, bei dem der B wegen eines Fahrfehlers des F zu Tode kam, wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Tatbestandsmäßiger Erfolg

Der tatbestandsmäßige Erfolg ist eingetreten; der B ist tot.

b) Kausalität

F war für den Tod des B auch ursächlich. Denn ohne die Teilnahme an dem privaten Autorennen und ohne den ihm beim Überholen des Z unterlaufenen Fahrfehler wäre es nicht zum dem Unfall und damit auch nicht zum Tod des B gekommen. F hat mit der Teilnahme am Rennen und mit seinem Fahrfehler beim Überholen des Z also eine Bedingung für den Tod des B gesetzt, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele[1].

F war für den Tod des B damit ursächlich.

c) Objektive Fahrlässigkeit

F müsste den Tod des B auch objektiv fahrlässig, also unter Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt herbeigeführt haben. Erforderlich ist dafür einmal, dass F durch sein Handeln eine rechtlich missbilligte Gefahr für den Tod des B geschaffen hat, und zum anderen, dass ihm der Tod des B als Folge seines Handelns auch objektiv vorhersehbar und vermeidbar war[2]. Dabei brauchen dem Täter die Einzelheiten des durch sein sorgfaltswidriges Verhalten in Gang gesetzten Kausalverlaufs nicht vorhersehbar sein.[3] F hat durch die Teilnahme an einem privaten Autorennen auf einer öffentlichen Straße gegen § 29 StVO verstoßen, den Z vorschriftswidrig überholt (§ 5 Abs. 4 S. 2 StVO), unerlaubterweise den Fahrstreifen gewechselt (§ 7 Abs. 5 StVO) und die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 120 km/h deutlich überschritten. Da F zudem nach § 1 Abs. 2 StVO verpflichtet war, alles zu tun, um die mit dem Überholvorgang verbundene Gefähr-

[1] Siehe zur Conditio sine qua non-Formel *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, Rn. 156.

[2] So die herrschende Meinung; siehe nur *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 55 I; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 667; nach anderer Ansicht (*Weber*, in: Baumann/ders./Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 22 Rn. 26 ff.) ist die objektive Sorgfaltspflicht ein Element der Rechtswidrigkeit. Auf die individuelle – nicht die objektive – Sorgfaltswidrigkeit stellen ab *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 15 Rn. 30 ff.

[3] BGHSt 49, 166 (174).

dung der beteiligten Verkehrsteilnehmer zu vermeiden, hat er durch sein Handeln eine rechtlich missbilligte Gefahr für das Leben des B verursacht. Für ihn war der Erfolgseintritt auch objektiv vorhersehbar. Wegen der während des Überholvorgangs von F gefahrenen Geschwindigkeit und des geringen Abstands zwischen den Fahrzeugen liegt es nicht außerhalb aller Lebenswahrscheinlichkeit, dass es durch eine Fahrfehler zu einem Verkehrsunfall kommt. Hätte der F an dem illegalen Autorennen nicht teilgenommen oder zumindest den Überholvorgang vorschriftsmäßig durchgeführt, hätte der Unfall auch vermieden werden können.

Da der Unfall bei pflichtgemäßem Verhalten des F vermeidbar gewesen wäre, hat F sich auch objektiv sorgfaltswidrig verhalten.

d) Objektive Zurechnung

Da nach heutigem Verständnis[4] nicht schon die Vermeidbarkeit eines Schadensverlaufs die Zurechnung begründet, sondern die Vermeidung auch objektiv Aufgabe der Person sein muss, wenn sie strafrechtlich haften soll, muss der Erfolg dem F auch objektiv zurechenbar sein, weil sich die von ihm geschaffene rechtlich missbilligte Gefahr im Verlauf zum Erfolg realisiert, wenn sich also gerade die Gefahr verwirklicht, deren Verhinderung die von ihm verletzte Sorgfaltspflicht bezweckt (Schutzzweck der Norm[5]), und die Schadensfolge deshalb nicht in den Verantwortungsbereich des Opfers oder anderer Personen fällt oder das Opfer sie – wie beim erlaubten Risiko – als Unglück tragen muss, wenn die Verhaltensfreiheit nicht zu sehr eingeschränkt werden soll. Das könnte im vorliegenden Fall aber deshalb fraglich sein, weil B sich bewusst selbst in Lebensgefahr gebracht hat, als er sich an dem Autorennen als Beifahrer beteiligte, das Startzeichen gab, den F aufforderte Gas zu geben und los zu fahren.

In einer älteren Entscheidung hat es der BGH[6] abgelehnt, den Geschädigten selbst für seinen Tod verantwortlich zu machen, obwohl dieser durch grobe Fahrlässigkeit die unmittelbare Todesursache selbst gesetzt hat, weil er zusammen mit dem Schädiger auf einer öffentlichen Straße ein illegales Motorradrennen abgehalten und durch Schlangenlinienfahren das Überholen des Anderen zu verhindern versucht hatte. Dabei stürzte der Geschädigte tödlich, ohne dass eine unmittelbare Beteiligung des anderen Fahrers am Zustandekommen des Unfalls feststellbar war. Der BGH[7] machte ihm zum Vorwurf, dass er dadurch ursächlich für den tödlichen Unfall gewesen sei, dass er das Rennen überhaupt mitgefahren sei. Sein Verhalten sei auch sorgfaltswidrig[8] gewesen, da private Rennen auf öffentlichen Straßen verboten sind (§ 29 StVO). Dieses Verbot hat jedenfalls den Zweck, andere Verkehrsteilnehmer davor zu schützen, dass die am Rennen Beteiligten sich ihnen gegenüber verkehrswidrig verhalten, um das Rennen zu gewinnen. Ob es darüber hinaus aber auch den Zweck hat, die anderen Rennteilnehmer davor zu bewahren, dass sie sich leichtsinnig selbst in Gefahr bringen, erörtert der BGH nicht mehr, sondern stellt darauf ab, dass die Einwilligung in die Gefährdung für „die Tötungshandlung ohne Rechtswirkung“[9] sei.

Die neuere Rechtsprechung[10] unterscheidet zwischen einer stets straflosen Teilnahme an fremder Selbstgefährdung[11]

[4] *Rudolphi*, in: ders. u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 45. Lieferung, Stand: Juli 1998, Vor § 1 Rn. 50 ff.; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 7/35 ff.

[5] *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), § 28 VI.

[6] BGHSt 7, 112 (114 f.).

[7] BGHSt 7, 112 (114 f.).

[8] Die Sorgfaltspflichtverletzung soll sich aus den „Umständen des Einzelfalls“ ergeben, wobei insbesondere zu berücksichtigen sei: „Das etwaige Einverständnis voll verantwortlicher Personen mit der klar erkannten Gefahr; Anlass und Zweck des Unternehmens sowie das Maß der Sorglosigkeit und die Größe der Gefahr“ (BGHSt 7, 112 [115]); eine Sorgfaltspflichtverletzung hat der BGH (BGHSt 4, 93) deshalb z.B. dann verneint, wenn „jemand eine gewisse Gefahr in deren klarer Erkenntnis in Kauf genommen und der Täter seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht genügt hat“; kritisch dazu *Hellmann*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 271 ff. (273 f.).

[9] BGHSt 7, 112 (114).

[10] BGHSt 32, 262; BGHSt 49, 36 (39); BGHSt 46, 279 (288 f.); BGHSt 49, 166; BGH NStZ 1987, 406; BGH NStZ 2001, 205; BGH NJW 2003, 2326.

[11] Die Rechtsprechung (BGHSt 32, 262 [264]) begründet die Straflosigkeit der Beteiligung an einer eigenverantwortlich gewollten Selbstgefährdung damit, dass Selbsttötungen und Selbstverletzungen nicht den Tatbeständen der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte unterfallen. Deshalb nehme derjenige, der sich daran beteilige, an einem „Vorgang teil, der [...] keine Tat im Sinne der §§ 25, 26, 27 Abs. 1 StGB ist. Der sich vorsätzlich Beteiligende könne infolgedessen [wegen Fehlens einer Haupttat] nicht als Anstifter oder Gehilfe bestraft werden“. Wer die eigenverantwortliche Selbstgefährdung eines Anderen fahrlässig veranlasse, ermögliche oder fördere, könne nicht bestraft werden, weil es sich im Fall vorsätzlicher Ermöglichung oder Förderung nicht strafbar machen würde; siehe auch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 107; *ders.*, in: Lackner u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 241 ff. (246 ff.); *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 185; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 86; *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2008, § 12 Rn. 66. Den Grundsatz der Straflosigkeit der Beteiligung an einer eigenverantwortlich gewollten Selbstgefährdung schränkt die Rechtsprechung (BGHSt 39, 322 [325]) aber für den Fall ein, dass der Täter durch ein deliktisches Handeln ein einsichtiges Motiv für die Selbstgefährdung des Opfers schafft, so dass auch der Erstrechtschluss von der Straflosigkeit der Beteiligung an fremder Selbstverletzung auf die Straflosigkeit der Beteiligung an fremder

und einer einverständlichen Fremdgefährdung, deren Straflosigkeit von der Wirksamkeit der Einwilligung des Gefährdeten abhänge[12]. „Maßgebliches Abgrenzungskriterium“[13] zwischen strafloser Teilnahme an fremder Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung sei dabei die „Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme“[14]. „Liegt die Tatherrschaft über die Gefährdung- bzw. Schädigungshandlung nicht allein beim Gefährdeten [...], sondern zumindest auch bei den sich hieran Beteiligenden, begeht dieser eine eigene Tat und kann nicht aus Gründen der Akzessorietät wegen fehlender Haupttat des Geschädigten straffrei sein.“ „Dies gilt im Grundsatz ebenso für die Fälle fahrlässiger Selbst- bzw. Fremdgefährdung. Dabei bestimmt sich auch hier die Abgrenzung zwischen der Selbst- und der Fremdgefährdung nach der Herrschaft über den Geschehensablauf, die weitgehend nach den für Vorsatzdelikte zur Tatherrschaft entwickelten objektiven Kriterien festgestellt werden kann. [...] Bei der Prüfung, wer die Gefährdungsherrschaft innehat, kommt dem unmittelbar zum Erfolgseintritt führenden Geschehen besondere Bedeutung zu.“ Da die Herrschaft über das Geschehen unmittelbar vor sowie ab dem Beginn des Überholvorgangs, der zum Unfall führt, allein bei den Fahrzeugführern gelegen habe, sei im vorliegenden Fall von einer einverständlichen Fremdgefährdung und nicht von einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung auszugehen. Allein die Fahrzeugführer hätten die Entscheidung getroffen und umgesetzt, das vor ihnen fahrende Kraftfahrzeug zu überholen, obwohl nur zwei Fahrspuren vorhanden gewesen seien. Der bei dem Unfall zu Tode gekommene Beifahrer sei deshalb lediglich den Wirkungen des Fahrverhaltens der Fahrzeugführer ausgesetzt gewesen und habe keine Möglichkeit gehabt, seine Gefährdung durch eigenes Handeln abzuwenden. Das eigene Verhalten des Geschädigten – er hatte das Startzeichen gegeben und den F aufgefordert, Gas zu geben und los zu fahren – sei demgegenüber von nur untergeordneter Bedeutung gewesen. Der tatbestandsmäßige Erfolg sei dem F deshalb auch objektiv zurechenbar.

Selbstgefährdung seine Stimmigkeit verliert. Anders deshalb *Duttge*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 1, § 15 Rn. 149 ff.; *Duttge*, in: Dölling/ders./Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 15 Rn. 43, der in der „frei verantwortlichen Selbstbestimmung“ den ausschlaggebenden Wertgesichtpunkt sieht, der die Zuschreibung des Tatgeschehens zu Lasten der Beteiligte „sperrt“, nicht aber in „formalstrafrechtsdogmatischen Überlegungen anhand der Akzessorietätserfordernisse aus §§ 26, 27“; siehe auch *Walter*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 112; *Jahn*, ZIS 2006, 57 (58 f.); *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 194 ff.; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 69 ff., beruft sich zur Begründung der Straflosigkeit der Beteiligung an einer eigenverantwortlich gewollten Selbstgefährdung auf das „Selbstverantwortungsprinzip“: „Jedermann [sei] grundsätzlich nur dafür verantwortlich [...], dass es durch sein eigenes unmittelbares Handeln nicht zu rechtlich missbilligten Erfolgen kommt“; „Rechtsgutsverletzungen, die andere vornehmen“, sollen deshalb „grundsätzlich [auch dann] allein in deren Verantwortungsbereich fallen, wenn der Täter eine mitursächlichen Beitrag geleistet“ habe; siehe zum Selbstverantwortungsprinzip auch *Lenckner*, in: Bockelmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 490 ff. (S. 504); *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 101; *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Vor § 13 Rn. 184, 192; *Puppe*, ZJS 2008, 600 (605), nennt als Grund der Straffreiheit der Teilnahme an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung, dass „ein generelles Verbot, sich an fremder Selbstgefährdung zu beteiligen, [...] darauf hinauslaufen [würde], den einen Bürger zum Vormund des anderen zu machen“; *dies.*, ZIS 2007, 247 (249 f.).

[12] BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93; BGHSt 49, 166, 39 ff.; BGHSt 49, 166 (169 ff.); siehe auch *Kühl* (Fn. 11), § 17 Rn. 82 f.; *Beulke*, in: Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, S. 207 ff. (214 ff.), kritisch dazu *Hellmann* (Fn. 8), S. 274 ff. Nach der neueren Rechtsprechung BGHSt 49, 34 (43); BGHSt 49, 166 (171 f.); siehe dazu *Sternberg-Lieben*, JuS 2004, 954; *Stree*, NStZ 2005, 40; *Hirsch*, JR 2004, 475; BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93 sind generalpräventiv-fürsorgliche Eingriffe des Staates in die Dispositionsfreiheit des Rechtgutsinhabers nur bei gravierenden Verletzungen zu rechtfertigen. Die Einwilligung des Opfers scheitere deshalb erst dann an § 228, wenn der Täter das Opfer in konkrete Todesgefahr gebracht habe. Denn für das Sittenwidrigkeitsurteil sei vorrangig auf Art und Gewicht des Körperverletzungserfolgs und den Grad der möglichen Lebensgefahr abzustellen, aber nicht auf die Bewertung der Motive und Zwecke des Einwilligenden; anders *Puppe* (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 194, die § 228 auf die Gefährdung der eigenen Gesundheit nicht anwenden will, „gleichgültig, ob sich das Opferverhalten äußerlich als Selbstgefährdung oder als einverständliche Fremdgefährdung darstellt.“

[13] BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93; BGHSt 49, 36 (39); BGHSt 49, 166 (169 ff.).

[14] BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93; BGH NJW 2004, 1054; auf die Tatherrschaft stellen auch ab *Hecker/Witteck*, JuS 2005, 397; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 190; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 32. Aufl. 2008, Rn. 65a; *Kindhäuser* (Fn. 11), § 12 Rn. 70 f.; *Jahn*, ZIS 2006, 57 (59 f.); *Brüning*, ZJS 2009, 194; *Sternberg-Lieben*, JuS 2004, 954 (955); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, Vor 211 Rn. 12, wollen zur Abgrenzung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung die „Regeln (anwenden), die für die Unterscheidung einer Selbsttötung von einer Tötung auf Verlangen entwickelt worden sind.“

Auch die Gegenansicht[15] unterscheidet zwischen eigenverantwortlich gewollter Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung, will Selbst- und Fremdgefährdung aber entweder stets[16] oder jedenfalls dann gleich behandeln, wenn „die einverständliche Fremdgefährdung einer Selbstgefährdung unter allen relevanten Aspekten gleichsteht"[17]. Eine solche Gleichstellung sei zwar generell nicht möglich, weil „derjenige, der sich gefährden lässt, dem Geschehen mehr ausgeliefert ist als ein sich selbst Gefährdender, der die Gefahr aus eigener Kraft zu meistern versuchen kann"[18]. Die einverständliche Fremdgefährdung könne der eigenverantwortlich gewollten Selbstgefährdung deshalb nur dann gleichgestellt werden, wenn der Schaden die Folge des eingegangenen Risikos und nicht hinzukommender anderer Fehler sei und das Geschehen unter dem Gesichtpunkt der „Eigenverantwortlichkeit des Gefährdeten" einer Selbstfährdung gleichstehe, weil der Gefährdete zurechnungsfähig sei, nicht genötigt wurde und er das Risiko im selben Maße wie der Gefährdende übersehen könne. Dann habe der Gefährdete „das Risiko übernommen", so dass bei seiner Verwirklichung nichts geschieht, was noch innerhalb der Reichweite eines zur Vermeidung von Fremdschädigungen „aufgestellten" Tatbestands liegt. Damit besteht aber letztlich der „Grund für einen Zurechnungsausschluss – wie bei der Selbstgefährdung – in der Eigenverantwortlichkeit des Verletzten"[19].

Gegen die Unterscheidung zwischen eigenverantwortlich gewollter Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung nach der Tatherrschaft des Gefährdenden[20] wird eingewandt[21], dass sie „normativ verfehlt" und auch „theoretisch nicht durchführbar" sei. Bei den Fahrlässigkeitsdelikten herrsche zu recht der Einheitstäterbegriff[22], da die Unterscheidung zwischen Täter und Gehilfen sowohl nach der Animustheorie als auch nach der Tatherrschaftslehre den Vorsatz der Erfolgsherbeiführung voraussetze, der Fahrlässigkeitstäter den Kausalverlauf zum Erfolg aber gerade nicht beherrsche[23]. Deshalb führe die Unterscheidung zwischen einer Beihilfe zur eigenverantwortlich gewollten Selbstgefährdung und einer einverständlichen Fremdgefährdung nicht weiter, sondern laufe darauf hinaus, danach zu unterscheiden, ob als letzter der Täter oder das Opfer gehandelt habe[24]. Da die Erfolgszurechnung aber von solchen Äußerlichkeiten nicht abhängen könne, sei vielmehr entscheidend, „ob das Opfer sich frei in eigener Verantwortung für die Selbstgefährdung entschieden hat"[25]. Dies sei dann der Fall, wenn das Opfer die „unerlaubten Eigenschaften der Gefahr" kenne und es sich zum anderen „wirklich frei ohne äußeren, aber auch ohne inneren Zwang für seine Selbstgefährdung entschieden hat"[26], so dass es des Schutzes durch die Rechtsordnung nicht bedürfe, „weil es auf seine eigene Vernunft verwiesen werden kann"[27].

Da die verschiedenen Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, ist eine Stellungsnahme erforderlich.

Während der sich selbst Gefährdende seine Angelegenheiten selbst, also eigenhändig erledigt, passt sich der Gefährdete bei der einverständlichen Fremdgefährdung in die Organisation eines anderen ein. Der Gefährdete verfolgt über den anderen auch in diesem Fall seine Absichten und Zwecke, er organisiert die Verwirklichung seiner Angelegenheiten aber arbeitsteilig mit den ihn Gefährdenden, so dass der einzige Unterschied zwischen einer eigenverantwortlich gewollten Selbstgefährdung und einer einverständlichen Fremdgefährdung darin besteht, dass der Gefährdete seine Angelegenheiten einmal eigenhändig befördert und das andere mal arbeitsteilig, also gemeinsam mit einem anderen[28]. Dieser Unterschied lässt sich aber nicht als rechtlich maßgeblicher Grund für eine unterschiedlich Behandlung von eigenverantwortlich gewollter Selbstgefährdung und einverständli-

[15] *Roxin* (Fn. 11), § 11 Rn. 123 f.; siehe auch *Hellmann* (Fn. 8), S. 282 ff.

[16] *Schünemann*, JA 1975, 715 (722 f.).

[17] *Roxin* (Fn. 11), § 11 Rn. 123; *ders.*, NStZ 1984, 411 (412); *Hellmann* (Fn. 8), S. 282 ff.; *Duttge* (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 141 f.

[18] *Roxin* (Fn. 11), § 11 Rn. 123.

[19] *Hellmann* (Fn. 8), S. 285.

[20] Siehe die in Fn. 14 Genannten.

[21] *Puppe*, ZJS 2008, 600 (605 f.); *dies.*, ZIS 2007, 247 (249 f.); *dies.* (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 179, 192 ff.; siehe zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei den fahrlässigen Delikten auch *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 2), § 15 Rn. 79 ff.

[22] Siehe zum Einheitstäterbegriff bei den fahrlässigen Delikten *Puppe* (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 163; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 24 Rn. 27; *Jakobs* (Fn. 4), 21/111; *Weber* (Fn. 2), § 28 Rn. 13; *Brüning*, ZJS 2009, 194 (196 f.).

[23] Streitig; anders z.B. *Jakobs* (Fn. 4), 21/111 ff.; *Schumann* (Fn. 11), S. 107 ff.

[24] *Puppe*, ZJS 2008, 600 (606).

[25] *Puppe*, ZJS 2008, 600 (606).

[26] *Puppe*, ZJS 2008, 600 (606).

[27] *Puppe*, ZJS 2008, 600 (606); *dies.*, ZIS 2007, 247 (250 f.), nennt als Grund dafür, den Gefährdenden von der Verantwortung für den Schaden des Opfers zu entlasten, die „Selbstgefährdungsfreiheit" des Opfers, die nicht mehr vorhanden sei, „wenn jedermann die Sorgfaltspflicht auferlegt würde, zu einer voraussehbaren Selbstgefährdung eines Anderen nicht beizutragen. Ein Bürger wäre insoweit der Vormund des Anderen". Wer sich aber „sehenden Auges und in voller Freiheit ohne vernünftigen Grund" einer Gefahr aussetze, sei des Schutzes der Rechtsordnung „nicht bedürftig", und er sei des Schutzes „nicht würdig", wenn der die Gefahr durch ein rechtwidriges Verhalten verursacht habe; *Puppe* (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 185; s. auch *Brüning* ZJS 2009, 194 (197), die zutreffend darauf hinweist, das der Gefährdete sich widersprüchlich verhalte, wenn er zwar den mit der riskanten Handlung verbundenen Nutzen für sich reklamiere, die Kosten aber nicht tragen wolle.

[28] Bei der einverständlichen Fremdgefährdung fehlt zwar häufig die Kenntnis vom Erfolgsbezug der Handlung, so dass die wechselseitige Abstimmung des Verhaltens der Beteiligten nur das Verhalten ohne Erfolgsbezug zum Gegenstand hat

cher Fremdgefährdung ausweisen[29]. Wer sich ohne einen in rechtlicher Wertung vernünftigen Grund an einem riskanten aber legalen Unternehmen beteiligt, kann im Schadensfall nicht geltend machen, dass die anderen seinetwegen die Unternehmung hätten unterlassen müssen. Der Geschädigte hat vielmehr dann keinen Grund zur Enttäuschung, wenn zwar strafrechtlich garantiert ist, dass die Organisationskreise verschiedener Personen getrennt bleiben, aber nicht, dass die Inhaber der anderen Organisationskreise sich gegenüber einer selbstverantwortlichen Person solidarisch verhalten[30]. Deshalb muss der Geschädigte für seine eigenen Organisationen einstehen und die Folgen seiner Unvernunft als Unglück tragen. Denn anderenfalls wäre jedermann verpflichtet, auf seine Verhaltensfreiheit zugunsten des Geschädigten zu verzichten, ohne dass die Ursache des Schadens ein Organisationsakt desjenigen ist, dem der Verzicht abverlangt wird. Wenn aber schon derjenige die Folgen seiner Unvernunft selbst tragen muss, der sich an einem legalen aber riskanten Unternehmen beteiligt, muss die Folgen seines Handelns erst recht als Unglück akzeptieren, wer sich an einer illegalen Unternehmung beteiligt; er ist des Schutzes der Rechtsordnung „nicht würdig"[31].

Die Unterscheidung zwischen eigenhändig ins Werk gesetzter oder arbeitsteilig inszenierter Gefährdung kann auch deshalb nicht der rechtlich maßgebliche Grund für die unterschiedliche Behandlung einer eigenverantwortlich gewollten Selbstgefährdung und einer einverständlichen Fremdgefährdung sein, weil die Erfolgszurechnung anderenfalls von der zufälligen äußeren Gestalt des vom Gefährdeten gemeinsam mit einem anderen Organisierten abhängen würde[32]. Handelt der Gefährdete zufällig als letzter[33], geht der Gefährdende straffrei aus, während er dann wegen einer fahrlässig begangenen Straftat haften würde, wenn er zufällig als letzter handeln würde, weil die Beteiligten z.B. vor jedem Rennen ausgelost haben, wer diesmal das Fahrzeug führt und wer – abhängig vom Ergebnis der Auslosung – als Beifahrer das Startzeichen gibt, also über das „Ob" der Gefährdung (mit-) bestimmt, den Fahrzeugführer auffordert, Gas zu geben und los zu fahren, obwohl der Gefährdete durch sein Einverständnis seine Gefährdung auch dann gemeinsam mit dem Gefährdenden organisiert, wenn er am Rennen nur als Beifahrer teilnimmt.

Bei der einverständlichen Fremdgefährdung betreibt der Gefährdete die Verwirklichung seine Angelegenheiten über einen anderen, bestimmt also auch in diesem Fall selbst, was seine Angelegenheiten sind und wie er sie realisieren will. Da die einverständliche Fremdgefährdung nur die arbeitsteilige Organisation der Verwirklichung seiner eigenen Angelegenheiten ist, und nicht etwa eine Fremdgefährdung unter einverständlicher Mitwirkung des Gefährdeten, beteiligt sich derjenige, der gemeinsam mit dem Gefährdeten die Beförderung von dessen Angelegenheiten organisiert, an einer Selbstgefährdung, nämlich an einer arbeitsteilig ins Werk gesetzten Selbstgefährdung. Der Unterschied zwischen eigenhändiger und arbeitsteiliger Verfolgung eigener Angelegenheiten macht im Hinblick auf die Zuständigkeit der Organisierenden für die gemeinsam ins Werk gesetzte Tat also keinen Unterschied, wie ja auch bei der Teilnahme jedem Beteiligten die arbeitsteilig erbrachten Beiträge der anderen Beteiligten so zugerechnet werden, dass die Tat auch das Werk der Beteiligten ist, die den Tatbestand nicht eigenhändig verwirklicht haben, so dass die Annahme, dass nur derjenige sich selbst gefährden kann, der Gefährdungshandlung eigenhändig vollzieht[34], auf einem naturalistischen Fehlschluss beruht[35]. So wie man zum Totschläger werden kann, ohne selbst Hand angelegt zu haben, so ist es auch möglich, sich über das Verhalten eines anderen selbst zu gefährden, wenn die Gefährdung gemeinsam mit dem anderen so organisiert wurde, dass die Beiträge des Gefährdenden dem Gefährdeten nach den bei Arbeitsteilung gelten Zurechnungsregeln so zugerechnet werden, als habe es sie selbst erbracht. Wie bei der gemeinsamen Begehung einer Straftat der zufällige Stand der äußeren Dinge aber für ihre Haftung der Beteiligten zurechnungspraktisch irrelevant ist, so dass die Beteiligten auch ohne eigenhändige Tatbestandsverwirklichung bei arbeitsteiligem Zusammenwirken für die Tat zuständig sind, so ist die einverständlichen Fremdgefährdung neben der Eigenhändigkeit nur eine weitere Möglichkeit, wie der wie der Gefährdete seine Absichten und Zwecke verwirklichen kann.

Inszeniert der Gefährdete gemeinsam mit dem Gefährdenden – also arbeitsteilig – die Gefährdung, beteiligt sich der Gefährdende an der Selbstgefährdung des Gefährdeten, begeht also täterschaftlich keine eigene Tat, und kann deshalb schon aus Gründen der Akzessorietät wegen fehlender Haupttat nicht strafbar sein. Denn würde der Gefährdende täterschaftlich eine eigene Tat begehen, weil er als letzter gehandelt hat, müsste der Gefährdete wegen Anstiftung (z.B. im

[29] Siehe dazu *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 14 ff.

[30] Die Grenze bildet § 323c StGB.

[31] *Puppe*, ZIS 2007, 247 (250 f.).

[32] Siehe *Puppe*, ZJS 2008, 600 (606); *dies.* (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 192; siehe auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 116 f., der sich gegen die „relative Willkür der phänomenologischen Konstellationen" wendet, und aus dem Autonomiegedanken herleitet, dass „das durch die autonome Entscheidung des Opfers abgedeckte Verhalten des Dritten nicht als missbilligte Risikoschaffung qualifiziert werden kann"

[33] Anders BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93, wonach es auf die tatsächliche Situation beim Schadenseintritt ankommen soll und deshalb die einverständliche Fremdgefährdung der eigenverantwortlichen Fremdgefährdung nicht gleich gestellt werden könne.

[34] Anders aber BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93, wonach dem unmittelbar zum Erfolgseintritt führenden Geschehen besondere Bedeutung zu kommen soll.

[35] Auch BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93, lässt offen wie zu entscheiden ist, wenn die an einem riskanten Unternehmen Beteiligten ein in etwa gleiches Maß an Tatherrschaft besitzen.

„Memel-Fall“[36]) oder Beihilfe (z.B. beim Autosurfen[37]) zum Versuch[38] strafbar sein[39], wenn die gemeinsam ins Werk gesetzte Unternehmung fehl schlägt und der Gefährdete z.B. einen Körperschaden erleidet – der Beifahrer trägt bei einem Verkehrsunfall während eine illegalen Autorennens schwere Verletzungen davon –, vorausgesetzt allerdings, dass die Beteiligten den Eintritt des Schadens immerhin für möglich gehalten haben. Erst wenn gemeinsame Organisationsakt fehlen, also nur bei fehlendem Einverständnis mit der Gefährdung und fehlender arbeitsteiliger Organisation der Gefährdungslage, handelt es sich um eine Fremdgefährdung. Die einverständliche Fremdgefährdung ist also nur die arbeitsteilig realisierte Variante einer eigenverantwortlich gewollten Selbstgefährdung, also eine gemeinsame Tat von Gefährdetem und Gefährdendem, und damit ein Sonderfall der eigenverantwortlich gewollten Selbstgefährdung[40].

Da auch derjenige der in Verfolgung seiner Angelegenheiten arbeitsteilig eine Situation organisiert, die seine Güter gefährdet, ebenso wenig wie der sich eigenverantwortlich selbst Gefährdende auf eine eigene Entscheidung über den Bestand seiner Güter verzichtet, sondern nur andere Personen für die Verfolgung seiner Absichten und Zwecke instrumentalisiert, „sperrt“[41] auch bei einverständlicher Fremdgefährdung die in rechtlicher Wertung freie Entscheidung des Gefährdeten die Zurechnung des Erfolges zum Gefährdenden[42]. Für den Erfolg ist der Gefährdende deshalb nur dann zuständig, wenn „ein Grund vorhanden ist, der die Vermittlung des Verlaufs durch den Sich-Verletzenden überspringt“[43], also nur dann, wenn der Gefährdende als fahrlässiger mittelbarer Täter vorrangig vor dem Gefährdeten für den Erfolg zuständig ist, weil er das Risiko besser übersieht als der Gefährdete[44], weil der Gefährdete nicht zurechnungsfähig[45] und deshalb zu einer freien Entscheidung nicht mehr in der Lage ist oder der Gefährdende Garant für den Bestand des gefährdeten Guts ist[46].

Da F die Risiken des illegalen Autorennens nicht besser überblickt hat als B, bleibt es bei der Trennung der Verantwortungsbereiche, so dass dem F der tatbestandsmäßige Erfolg objektiv nicht zuzurechen ist.

2. Ergebnis

F hat sich nicht wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB

F könnte sich dadurch, dass er das Kraftfahrzeug des Z gemeinsam mit H dergestalt überholte, dass sich die drei Fahrzeuge während des Überholvorgangs zeitgleich nebeneinander befanden, wegen vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB) strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

F hat auf einer Bundesstrasse an einem illegalen Autorennen teilgenommen, also ein Kraftfahrzeug im Straßenverkehr geführt. Er hat den Z auch falsch überholt, weil er gegen Verkehrsregeln (§§ 1 Abs. 2, 5 StVO) verstoßen hat, die der Sicherheit des Überholvorgangs dienen[47], als er Z so überholt

---

[36] RGSt 57, 172.

[37] Siehe OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325 (Fremdgefährdung), siehe dazu *Saal*, NVZ 1998, 49; *Hammer*, JuS 1998, 785.

[38] Die Einwilligung des B in die Gefährdung ist unwirksam. Denn bei gefährlichem Handeln im Straßenverkehr ist die Grenze zu Sittenwidrigkeit (§ 228 StGB) jedenfalls dann überschritten, wenn der Einwilligende durch die Gefährdungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wurde, BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93 und oben Fn. 12.

[39] Siehe auch *Schumann* (Fn. 11), S. 45; *Renzikowski* (Fn. 11), S. 42, bezeichnet es zwar als „Wertungswiderspruch“, die „unbeabsichtigte Verletzung eigener Rechtsgüter nicht (als vollendetes Delikt) zu bestrafen, wenn sie täterschaftlich erfolgt, dagegen über die Teilnahme zu einer Bestrafung zu gelangen“, hält aber „eine Bestrafung wegen Teilnahme am Versuch“ für möglich.

[40] Siehe zum „arbeitsteiligen Zusammenwirken“ von Gefährdetem und Gefährdenden auch *Duttge* (Fn. 11), § 15 Rn. 43, für den „ein sachgerechtes Verständnis von Selbst-Bestimmung“ aber „eine (wesentliche) Urheberschaft des Bevorstehenden“, also „Tatherrschaft“ voraussetzt; s. auch *Müssig*, Mord und Tatschlag, 2005, S. 362 ff. („Quasi-Mittäterschaft“).

[41] *Duttge* (Fn. 11), § 15 Rn. 43.

[42] Siehe zur Gleichstellung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung auch *Hellmann* (Fn. 8), S. 271 ff.; *Puppe*, ZIS 2007, 247 (249 f.); *dies.*, Jura 1998, 21; *Vogel*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 11), § 15 Rn. 240 f.; *Otto*, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, S. 157 ff. (S. 174); *Schünemann*, JA 1975, 715 (722 f.); *Melia*, ZStW 111 (1999), 357 (375 ff.); *Dach*, NStZ 1985, 24 (25); *Hardtung*, NStZ 2001, 206; *Schumann* (Fn. 11), S. 108, der einen Motorradfahrer, der einen anderen zu einer Wettfahrt veranlasst, die der es infolge eines erkennbaren Fahrfehlers des anderen zu einem Unfall kommt, den Erfolg nicht zurechnen will, weil „jedermann nur darauf zu achten hat, dass er selbst das geschützte Rechtgut nicht verletzt, nicht aber darauf, dass andere dies nicht tun.“

[43] *Jakobs* (Fn. 4), 21/114a.

[44] BGHSt 32, 264 (265); BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 83; *Jahn*, ZIS 2006, 57 (59); siehe auch *Frisch*, NStZ 1992, 62 (64); *Rudolphi* (Fn. 4), Vor § 1 Rn. 79b.

[45] *Puppe* (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 195.

[46] Ferner bei der Verletzung paternalistischer Sorgfaltspflichten, also bei der Verletzung von Pflichten, die den gefährdeten gerade vor den Folgen seiner eigenen frei verantwortlichen Selbstgefährdung schützen sollen, wie z.B. das Verbot des Handelns mit Rauschgift; siehe *Puppe*, ZIS 2007, 247 (252).

[47] *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 315c Rn. 20.

hat, dass sich die drei an dem Überholvorgang beteiligten Kraftfahrzeuge während des Überholens auf einer Straße mit nur zwei Fahrstreifen zeitgleich nebeneinander befanden, so dass es bereits bei geringsten Fahrfehlern der beteiligten Fahrzeugführer zu einem Verkehrsunfall kommen konnte und auch tatsächlich gekommen ist. F hat sich deshalb auch grob verkehrswidrig verhalten. Denn er hat dadurch in besonders schwerer Weise gegen Verkehrsregeln verstoßen, dass er durch sein Fahrverhalten die nahe Gefahr eines Verkehrsunfalls heraufbeschwor. F müsste zudem rücksichtslos gehandelt haben. Rücksichtslos handelt, wer sich aus eigensüchtigen Motiven über seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit von vornherein keine Bedenken gegen sein Verhalten nicht aufkommen lässt[48]. Da der Grund des falschen Überholens die Durchführung eines illegalen Autorennens auf einer öffentlichen Straße, also ein nichtiger Anlass war, hat F seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern auch rücksichtslos verletzt.

F hat durch das falsche Überholen auch eine konkrete Gefahr für das Leben des Z verursacht[49]. Eine Gefahr ist ein ungewöhnlicher Zustand, in dem nach den umständen des Einzelfalls der Eintritt eines Schadens nahe liegt. Konkret ist die Gefahr, wenn der Eintritt eines Schadens derart nahe liegt, dass es vom Zufall abhängt, dass der Schaden nicht eingetreten ist.[50] F hat durch das gleichzeitige Überholen des Kraftfahrzeugs des Z durch die an dem illegalen Autorennen beteiligten Fahrzeuge für den unbeteiligten Z nicht mehr kontrollierbare Risiken heraufbeschworen, und den Z deshalb in akute Lebensgefahr gebracht. Denn aufgrund der hohen Geschwindigkeit und des geringen Abstandes der am Überholvorgang beteiligten Fahrzeuge gerieten alle beteiligten Verkehrsteilnehmer in konkrete Lebensgefahr.

F hat auch vorsätzlich gehandelt. Denn er wusste, dass er den Z mit dem von ihm im Straßenverkehr geführten Kraftfahrzeug gefährdet hat, als er ihn falsch überholte. F hat auch hinsichtlich der Gefährdung des Z vorsätzlich gehandelt. Er wusste, dass er durch das falsche Überholen von ihm nicht mehr kontrollierbare Gefahren für das Leben des Z auslöste, da angesichts des geringen Abstands der am Überholvorgang beteiligten Fahrzeuge und ihrer hohen Geschwindigkeit schon der kleinste Fahrfehler zu einem Unfall führen würde.

2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.[51]

3. Schuld

F hat auch schuldhaft gehandelt.

4. Ergebnis

F hat sich nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des H

H hat sich durch die Teilnahme an dem illegalen Autorennen nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB strafbar gemacht. Er hat im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug geführt und durch falsches Überholen einen anderen Verkehrsteilnehmer in konkrete Todesgefahr gebracht. Er hat auch vorsätzlich und rücksichtslos gehandelt, weil das Rennen keinem vernünftigen Zweck diente und er sein Pflichten als Verkehrsteilnehmer deshalb aus eigensüchtigen Motiven grob verletzt.

C. Strafbarkeit des S

I. Strafbarkeit gem. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, 27 Abs. 1 StGB

S könnte sich dadurch, dass er als Beifahrer im Kraftfahrzeug des H das illegale Autorennen mit seiner Handykamera filmte, wegen Beihilfe zur vorsätzlichen Gefährdung des Straßenverkehrs (§§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, 27 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

S müsste zu der von F vorsätzlichen (§ 27 Abs. 1 StGB) Gefährdung des Straßenverkehrs Hilfe geleistet haben.

Die Rechtsprechung[52] ist der Ansicht, dass der Beitrag des Gehilfen für den tatbestandsmäßigen Erfolg nicht ursächlich sein müsse. Ausreichend sei vielmehr, wenn der Hilfeleistende die Haupttat „zu irgendeinem Zeitpunkt [...] tatsächlich gefördert“ habe[53]. Die Unterstützung der Haupttat sei deshalb auch dann „tatbestandsmäßige Beihilfe, wenn sie für den Erfolg nicht ursächlich ist“. Sie müsse die „Handlung des Haupttäters aber erleichtern oder fördern“[54]. Ferner sei unerheblich, ob der Hilfeleistende seine Unterstützungshandlung schon längere Zeit vor der Begehung der Haupttat in deren Vorbereitungsstadium vorgenommen habe.[55] Maßgeblich sei allein, dass die Beihilfehandlung die Haupttat zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung erleichtert oder gefördert habe.[56] Da sich die Hilfeleistung des S

---

[48] BGH NJW 2005, 915; OLG Oldenburg DAR 2002, 89; *Himmelreich/Lessing*, NStZ 2002, 303.

[49] F hat zwar auch die anderen am Rennen Beteiligten konkret gefährdet. Der Gefahrerfolg kann ihm aber objektiv nicht zugerechnet werden, weil die Rennbeteiligten sich frei verantwortlich in Gefahr gebracht haben.

[50] BGHSt 22, 341 (344); BGH NStZ-RR 1997, 261.

[51] Eine rechtfertigende Einwilligung in riskantes Verkehrsverhalten scheidet bei denjenigen Tatbeständen aus, die zumindest auch den Schutz des Sicherheit des Straßenverkehrs dienen (§§ 315, 313c StGB), BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93.

[52] RGSt 8, 267; RGSt 58, 113 (115); BGHSt 2, 129; BGHSt 23, 208; BGHSt 51, 144; BGH NStZ 2008, 284; BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93; siehe auch *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 582; *Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967, S. 323; *Weber*, JZ 1951, 85; *Harzer*, StV 1996, 338.

[53] RGSt 58, 113 (114 f.).

[54] BGH MDR 1972, 16.

[55] BGH NJW 2007, 384 (388 f.); BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93.

[56] BGH NStZ 2008, 284.

nicht auf das passive „Dabeisein“[57] beschränkte, habe er sich durch das Filmen des illegalen Autorennens an der von F begangenen vorsätzlichen Gefährdung des Straßenverkehrs aktiv beteiligt, also die Tatbegehung unterstützt[58].

Die „Förderungsformel“ der Rechtsprechung stimmt im Verzicht auf das Erfordernis der Kausalität der Hilfeleistung für den Erfolg der Haupttat mit der kausalitätsersetzenden Risikoerhöhungstheorie[59] und die Solidarisierungstheorien[60] überein. Da jedermann grundsätzlich nur dafür verantwortlich sei, dass es durch sein eigenes unmittelbares Handeln nicht zu einem rechtlich missbilligten Erfolg kommt, sie der „sozial unerträgliche Handlungsunwert“ der Teilnahme nicht der akzessorische Rechtsgutsangriff des Teilnehmers, sondern die „Solidarisierung mit fremden Unrecht“[61]. Denn die Solidarisierung mit fremdem Unrecht verkörpere einen Handlungsunwert, der mit demjenigen identisch sei, „in dem die [...] Eindruckstheorie das strafbare (Handlungs-)Unrecht des [untauglichen] Versuchs begründet sieht“[62]. Unrecht sei die Hilfeleistung deshalb, weil der Gehilfe „sich durch seinen vorsätzlichen Beitrag mit fremden vorsätzlichen Unrecht solidarisch, sich mit der fremden Tat gemein macht“[63]. Nach den Solidarisierungstheorien macht sich daher auch wegen Beihilfe strafbar, wer „dem Täter während dessen Tatverübung Beifall klatscht“[64] oder sich auf andere Weise mit dem Täter tätig solidarisiert.

Da die Straffreiheit versuchter Beihilfe in den Fällen gegenüber der Beihilfe zum Versuch oder zur Vollendung kriminalpolitisch nicht plausibel ist, in denen die Kausalität des Gehilfenbeitrags zwar möglich, aber nicht nachweisbar ist, der Gehilfe sich aber tätig mit dem Haupttäter solidarisiert hat, ist es verständlich, dass Rechtsprechung und Literatur nach Wegen suchen, diese kriminalpolitisch unerwünschte Lücke schon nach geltendem Recht dadurch zu schließen, dass eine Beihilfestrafbarkeit trotz fehlender oder nicht nachweisbarer Kausalität des Gehilfenbeitrags angenommen wird. So neigt die Rechtsprechung[65] dazu, die versuchte Beihilfe als vollendetes Delikt zu bestrafen, verfälscht aber Versuch in Vollendung[66], wenn sie straflose versuchte Beihilfe erst dann annehmen will, „wenn der Beihilfehandlung jede Eignung zur Förderung der Haupttat fehlet und sie erkennbar nutzlos ist“[67]. Eine vorsätzliche Förderung, bei der der Vorsatz des Hilfeleistenden auf die Vollendung der Tat gerichtet ist[68], ist nichts anderes als ein Versuch, den der Gesetzgeber bei der Beihilfe aber gerade straffrei gelassen hat. Die Beihilfe wird damit zudem zu einem subjektiv-objektiv inkongruenten Delikt[69], da zum Vorsatz des Gehilfen auch die Kenntnis des Kausalverlaufs gehört und nicht nur die Kenntnis der Solidarisierung mit dem Haupttäter[70]. Die Solidarisierungstheorie ist schließlich kaum mit dem Tatprinzip vereinbar, weil sich der Gehilfenbeitrag weder auf den Erfolg der Haupttat noch auf den Entschluss des Haupttäters kausal

[57] Bloßes „Dabeisein“ lassen aber genügen BGH NStZ-RR 2001, 40; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 15.

[58] BGH 4 StR 328/08 = HRRS 2009 Nr. 93.

[59] *Schaffstein*, in: Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (Hrsg.), Festschrift für Richard M. Honig zum 80 Geburtstag, 1970, S. 169 ff.; *Salamon*, Vollendete und versuchte Beihilfe, 1968, S. 121 ff:, siehe auch *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 22 Rn. 53; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 2), § 12 Rn. 158; *Murmann*, ZJS 2008, 456. Gegen die kausalitätsersetzende Risikoerhöhungstheorie wird für gewöhnlich eingewendet, dass sie Verletzungs- und Gefährdungsdelikte verfälsche und gegen den Grundsatz in dubio pro reo verstoße, weil sie den Erfolg zurechne, obwohl nicht sicher sei, dass der Täter ihn auch verursacht habe, siehe *Schroeder*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 11), § 16 Rn. 190; *Samson*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 4), Anhang zu § 16 Rn. 27a; *Weber* (Fn. 2), § 14 Rn. 87; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 186. Auf die Ursächlichkeit des Gehilfenbeitrags für den Taterfolg verzichten auch diejenigen, die in der Beihilfe ein abstrakt-konkretes (*Vogler*, in: Lüttger [Hrsg.], Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972, S. 295 ff.) oder ein abstraktes Gefährdungsdelikt (*Herzberg*, GA 1971, 1 [6 f.]) sehen. Bei den Teilnahmetatbeständen handele es sich um „echte Deliktstypen“, die „denselben Gesetzlichkeiten unterliegen, wie die Tatbestände des besonderen Teils“ (*Herzberg*, GA 1971, 1 ff.[6 f.]). Zwar sei die Beihilfe ein Erfolgsdelikt. Der maßgebliche Erfolg sei aber nicht der Erfolg der Haupttat, sondern die in § 27 Abs. 1 genannte „Hilfe“: „Der Täter hat bei der Durchführung seiner Tat Beistand erhalten und das genügt (*Herzberg*, GA 1971, 1 [6 f.]); siehe auch *Zieschang*, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 733 ff. (S. 738), versteht die Beihilfe eine „selbständig pönalisierte Versuchshandlung“.

[60] *Schumann* (Fn. 11), S. 49 ff.; siehe auch *Schild Trappe*, Harmlose Gehilfenschaft?, 1995, S. 97 ff.; *Heghmanns*, GA 2000, 474 (478), vertritt die Ansicht, dass der Zustand des „ausgestoßenen und auf sich alleingestellten Rechtsbrechers“ der von der Beihilfestrafbarkeit angestrebte Idealzustand sei, wie sich aus den §§ 27, 257, 258 und 127 StPO ergebe. Das Unrecht der Beihilfe liege deshalb in „einer Durchbrechung der Isolierung des Täters“ durch einen „Beistandspakt“, die – um strafwürdig zu sein – sich als Risikoerhöhung für die geplante Straftat auswirken müsse. Ob sich der Beitrag des Gehilfen später bei der Begehung der Straftat auch tatsächlich ausgewirkt habe, spiele demgegenüber keine Rolle.

[61] *Schumann* (Fn. 11), S. 80 f.

[62] *Schumann* (Fn. 11), S. 50.

[63] *Schumann* (Fn. 11), S. 51.

[64] *Schild Trappe* (Fn. 60), S. 132.

[65] S. Fn. 52.

[66] *Samson*, in: Baumann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, S. 121 ff. (S. 132); *Kühl* (Fn. 11), § 20 Rn. 220; *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 10 Rn. 148.

[67] BGH NJW 2008, 1460 (1461).

[68] Anderenfalls liegt ein Fall des straflosen agent provocateur vor; siehe *Roxin* (Fn. 21), § 26 Rn. 271.

[69] *Samson* (Fn. 66), S. 121 (131 f.).

[70] *Jakobs* (Fn. 4), 22/34.

auswirken muss[71] und deshalb die bloße Kundgabe einer Gesinnung als Beihilfe zur Haupttat strafbar ist. In einem Tatstrafrecht muss aber auch der Gehilfe das Rechtsgut angreifen, da er anderenfalls nicht zu der verwirklichten Tat Hilfe leisten würde, sondern zu einer anderen Tat, die aber nicht ins Werk gesetzt wurde. Das ist mit den Akzessorietätsregeln aber nicht vereinbar.

Mit der Verursachungstheorie[72] und der Theorie der kausalen Risikoerhöhung[73] ist deshalb auch bei der Beihilfe am Erfordernis der Kausalität des Gehilfenbeitrags für die Tatbestandsverwirklichung festzuhalten. Die Verursachungstheorie[74] ist der Ansicht, dass die Hilfeleistung für den Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt – also unter Einbeziehung aller zu ihm hinzutretender Zwischenglieder und Modalitäten – kausal sein müsse[75]. Wer bei einem Diebstahl „Schmiere" stehe, hafte deshalb auch dann wegen Beihilfe, wenn er nicht tätig werden müsse, weil „ein Diebstahl durch zwei Personen [...] etwas anderes ist, als eine allein ausgeführte Tat", so dass dieser Diebstahl deshalb auch „durch jeden der Beteiligten mitverursacht" werde[76]. Um aber die Beiträge eines Gehilfen von der Strafbarkeit wegen Beihilfe auszunehmen, die zwar die Art und Weise der Tatausführung modifizieren, dem Täter aber nichts nutzen und den Erfolg der Tatausführung möglicherweise sogar verzögern oder gefährden, und die schon deshalb keine Hilfeleistung darstellen, wird vertreten[77],

[71] Siehe *Schild Trappe* (Fn. 60), S. 92, S. 133, die den Haupttäter zum „Handlungsobjekt" des Gehilfen erklärt.

[72] Herrschende Meinung; siehe nur *Jakobs* (Fn. 4), 22/34; *Roxin* (Fn. 21), § 26 Rn. 184; *Samson* (Fn. 66), S. 121 ff; *Samson*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 4), § 27 Rn. 9; *Kühl* (Fn. 11), § 20 Rn. 214 f.; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 27 Rn. 2; für den „determinierten Bereich" auch *Osnabrügge*, Die Beihilfe und ihr Erfolg, 2002, S. 202 ff.; *Claß*, in: Spendel (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag, 1966, S. 115, lässt Zufluss- oder Verstärkerkausalität genügen, da die Äquivalenztheorie nicht alle Fälle erfasse, in denen eine Kausalität der Beihilfe gegeben sei; siehe dazu *Samson* (Fn. 66), S. 124, der nachweist, dass bei konsequenter Anwendung der Grundsätze der Äquivalenztheorie – insbesondere des Grundsatzes der Unbeachtlichkeit hypothetischer Kausalverläufe – in allen als problematisch angesehenen Fällen Kausalität vorliege.

[73] *Roxin* (Fn. 21), § 26 Rn. 210 ff.

[74] Herrschende Meinung; siehe nur *Jakobs* (Fn. 4), 22/34; *Roxin* (Fn. 21), § 26 Rn. 184; *Samson* (Fn. 66), S. 121 ff; *Samson* (Fn. 59), § 27 Rn. 9; *Kühl* (Fn. 11), § 20 Rn. 214 f.; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 27 Rn. 2; für den „determinierten Bereich" auch *Osnabrügge* (Fn. 72), S. 202 ff.; *Claß* (Fn. 72), S. 115, lässt Zufluss- oder Verstärkerkausalität genügen, da die Äquivalenztheorie nicht alle Fälle erfasse, in denen eine Kausalität der Beihilfe gegeben sei; s. dazu *Samson* (Fn. 66), S. 124, der nachweist, dass bei konsequenter Anwendung der Grundsätze der Äquivalenztheorie – insbesondere des Grundsatzes der Unbeachtlichkeit hypothetischer Kausalverläufe – in allen als problematisch angesehenen Fällen Kausalität vorliege.

[75] Modifikationskausalität; *Roxin* (Fn. 21), § 26 Rn. 197; siehe auch *Kühl* (Fn. 11), § 20 Rn. 218; *Geppert*, Jura 1999, 266 (268).

[76] *Roxin*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 11), § 27 Rn. 8; *ders.*, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 501 ff. (S. 511).

[77] Theorie der kausalen Risikoerhöhung; siehe *Roxin* (Fn. 21), § 26 Rn. 210 ff.; *ders.*, in: Kühne (Fn. 76), S. 509; *ders.*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 76), § 27 Rn. 4 f.; *Ingelfinger*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Fn. 11), § 27 Rn. 3; *Rudolphi*, StV 1982, 518; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 4), § 27 Rn. 8; *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 11), § 27 Rn. 7; *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), § 64 II 2c; *Murmann*, JuS 1999, 548 (551 f.); *Geppert*, Jura 1999, 266 (267); *ders.*, Jura 2007, 589 (590); *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/ Paeffgen (Fn. 11), § 27 Rn. 22; *Wolff-Reske*, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995, S. 101 ff.; siehe auch *Hoyer* (Fn. 77), § 27 Rn. 9 ff.; *Kühl* (Fn. 11), § 20 Rn. 215; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 27 Rn. 2; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 163 ff.; *ders.* (Fn. 66), S. 134 f., sieht in der Kausalität des Gehilfenbeitrags eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung der Haftung des Gehilfen. Hinzukommen müsse, dass der Gehilfe die Tatbestandsverwirklichung „ermöglicht oder verstärkt oder dem Haupttäter die Durchführung der Haupttat erleichtert hat" (Intensivierungsprinzip; *Samson* [Fn. 66], S. 134 f.). Da das Handlungsverbot die Güter des Opfers aber dann nicht wirksam schützen könne, wenn der Erfolg durch Ersatzursachen auch ohne den Beitrag des Gehilfen zum gleichen Zeitpunkt und in gleicher Intensität eingetreten wäre – der Gehilfe trägt z.B: eine Leiter zum Tatort eines Einbruchs, die der Einbrecher auch ohne den Beitrag des Gehilfen selbst hätte tragen können – soll der Gehilfe nach dem Übernahmeprinzip dann haften, wenn die Leistung, die er erbringt vom Täter nicht erbracht werden darf, weil sie rechtswidrig ist, und der Erfolg aufgrund der hypothetischen Ersatzhandlung des Täters in gleicher Weise eingetreten wäre (*Samson* [Fn. 77], S. 180). Der Gehilfe haftet nach dem Übernahmeprinzip also, wenn er eine rechtswidrige Leistung erbringt, aber dann nicht, wenn er einem gutgläubigen Werkzeug eine Leistung abnimmt. Das überzeugt nicht: Nimmt der informierte Gehilfe z.B. einem ahnungslosen Postboten ein Paket ab, in dem sich eine Höllenmaschine befindet, und trägt er es dann die letzten Meter vom Gartentor zum Haus des Opfers, dann haftet der Gehilfe nach dem Übernahmeprinzip nicht wegen Beihilfe, weil er hinsichtlich des rechtmäßig handelnden Postboten keinen rechtwidrigen Beitrag übernommen hat (*Samson* [Fn. 77], S. 171). Da die Beiträge eines gutgläubigen Tatmittlers dem Haupttäter aber so zugerechnet werden, als habe er sie selbst erbracht, muss auch die Übernahme einer von einem gutgläubigen Werkzeug Leistung der Über-

das Risikoerhöhungsprinzip auf die Beihilfe anzuwenden. Zur Begründung wird auf die Grundsätze der objektiven Zurechnung und den Strafgrund der Teilnahme verwiesen. Nur wer die Chance des Täters verbessere und das Opferrisiko erhöhe, unternehme einen selbständigen Rechtsgutsangriff. Als Gehilfe hafte deshalb nur, wer die Tat durch seinen Beitrag ermögliche, erleichtere, intensiviere oder absichere[78].

Nach der Verursachungstheorie[79] und der Theorie der kausalen Risikoerhöhung hat sich B nicht wegen Beihilfe strafbar gemacht. Denn das Filmen eines Vorgangs verursacht den gefilmten Vorgang nicht.

2. Ergebnis

S hat sich durch das Filmen des illegalen Autorennens nicht wegen Beihilfe zur vorsätzlichen Gefährdung des Straßenverkehrs (§§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, 27 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit gem. § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB

S hat zwar auch durch einen kausalen Beitrag zur Verwirklichung des Tatbestands des § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB beigetragen, als er das Startzeichen für das illegale Autorennen gab und den Fahrzeugführer aufforderte, Gas zu geben. Zur Zeit seines Beitrags hat S aber nicht vorausgesehen, dass es während des Rennens zu einem riskanten Überholmanöver kommen würde, so dass der – doppelte – Gehilfenvorsatz fehlt.

III. Strafbarkeit gem. §§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, 27 Abs. 1 StGB

S könnte aber dadurch psychische Beihilfe durch Bestärkung des Tatentschlusses[80] (§§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, 27 Abs. 1 StGB) geleistet haben, dass er das illegale Autorennen filmte.

1. Tatbestand

Verbreitet[81] wird von Vertretern der Verursachungstheorie[82] zwar angenommen, dass in einer gescheiterten physischen Beihilfe regelmäßig auch eine psychische Beihilfe durch Bestärkung des Tatentschlusses liege, da auch psychisch vermittelte Verläufe kausal beeinflussbar seien und deshalb auch bei der psychischen Beihilfe durch die Bestärkung des Tatentschlusses die Ursächlichkeit des Beitrags des Gehilfen nicht fehlen müsse.[83] Die Handlung des Gehilfen müsse über die Stabilisierung des Tatentschlusses tatsächlich in der Tatausführung wirksam geworden sein. Es genüge also nicht, dass der Beitrag des Gehilfen den Tatentschluss bestärkt haben könnte. Erforderlich sei vielmehr der Nachweis, dass er den Tatentschluss auch tatsächlich bestärkt hat. Die Hilfeleistung müsse sich also in der Sicherung des Erfolges niederschlagen, also das Risiko des Erfolgseintritts erhöhen[84]. So soll z.B. derjenige die Tat „im Sinne eines aktiven Tuns" fördern, der am Ort des Geschehens anwesend sei,[85] während das bloße „Dabeisein" noch keine Hilfeleistung darstellen soll[86]. Erforderlich seien aber stets „sorgfältige und genaue Festellungen" dazu, dass die Begehung der Haupttat „in ihrer konkreten Gestaltung objektiv gefördert oder erleichtert wurde"[87], wofür aber die Billigung von Straftaten eines anderen allein aber nicht ausreiche[88]. Hinzukommen müsse vielmehr ein aktiver Tatbeitrag, der beispielsweise dann vorliege, wenn die Billigung gegenüber dem Täter zum Ausdruck gebracht werde[89] und dieser „in seinem Tatentschluss oder in seiner Bereitschaft in weiter zu verfolgen" bestärkt werde[90]. Deshalb könne die Teilnahme an einer Fahrt zur Beschaffung von Rauschgift Beihilfe zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln sein, wenn der Mitfahrer den Zweck der Reise kenne und die Begleitung des Täters eine entschlussstärkende Wirkung habe, weil durch das Mitfahren der Eindruck einer Ferienreise erweckt werde[91]. Ebenso könne das Mitgehen zu einem Rauschgiftgeschäft psychische Beihilfe sein, wenn der Täter auf die Begleitung durch einen „zweiten Mann" Wert lege.[92]

Da psychische Beihilfe regelmäßig dann angenommen wird, wenn die Anwesenheit einer weiteren Person ein Element des Tatplans ist und daher ein „erhöhtes Gefühl der Sicherheit" vermittle,[93] hat S psychische Beihilfe geleistet. Denn er hat sich an dem illegalen Autorennen einmal als Beifahrer beteiligt, war also anwesend, und hat das Rennen zum anderen – dem zuvor abgesprochenen Plan entsprechend – mit seiner Handykamera gefilmt

Das ist nicht unbestritten: Da Kausalität nur dann gegeben sei, wenn eine Bedingung notwendiger Bestandteil einer nach

nahme einer Leistung gleichstehen, die anderenfalls der Haupttäter erbracht hätte.

[78] *Roxin* (Fn. 21), § 26 Rn. 212.

[79] Siehe die in Fn. 72 Genannten.

[80] RGSt 5, 141; RGSt 73, 53; BGHSt 40, 307 (315 f.); BGH StV 1982, 517; BGH NStZ 1995, 490; BGH NStZ 1996, 659; BGH wistra 1999, 386; BGH NStZ 2002, 139; *Gropp* (Fn. 66), § 10 Rn. 144; *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 141; *Stoffers*, Jura 1993, 11.

[81] *Weber* (Fn. 2), § 31 Rn. 18; *Jescheck/Weigend* (Fn. 2), § 64 III 2a; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, 10/145; *Baumann*, JuS 1963, 125 (136); *Kindhäuser* (Fn. 11), § 42 Rn. 14.

[82] Siehe oben Fn. 72.

[83] *Roxin* (Fn. 21), § 26 Rn. 199; *ders.* (Fn. 11), § 11 Rn. 30; *ders.*, in: Kühne (Fn. 76), S. 506; *ders.*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 76), § 27 Rn. 13; *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 507 (511); *Rudolphi*, StV 1982, 518; *Baunack*, Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe, 1999, S. 72 ff.

[84] *Roxin*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 76), § 27 Rn. 13; *Rudolphi*, StV 1982, 518 (519 f.).

[85] BGH NStZ-RR 2001, 40.

[86] BGH StV 1982, 516.

[87] BGH NStZ-RR 2007, 37.

[88] BGH NStZ 1996, 563.

[89] BGH NStZ 1998, 622.

[90] BGH NStZ 1998, 622.

[91] BGH NStZ 1993, 233.

[92] BGH NStZ 1998, 517.

[93] BGH NStZ 1999, 609.

allgemeinen Gesetzen hinreichenden Minimalbedingung für den Erfolg sei, es solche allgemeinen Gesetze aber bei psychisch vermittelten Verläufen nicht gebe, sei eine Zurechnung mittels Kausalität im „nichtdeterminierten Bereich" ausgeschlossen.[94] Die Zurechnung des tatbestandsmäßigen Erfolges sei im „nichtdeterminierten Bereich" deshalb nur nach Wahrscheinlichkeitsgesetzen möglich.[95] Wegen Beihilfe hafte der Gehilfe also nur, wenn seine Handlung dergestalt Bestandteil eines Wahrscheinlichkeitsgesetzes sei, dass sie das Risiko der Tatbestandverwirklichung erhöhe. Da es ein allgemeines Wahrscheinlichkeitsgesetz des Inhalts, dass die Anwesenheit am Tatort oder die Beschaffung oder Bereitstellung von Tatwerkzeugen, die der Haupttäter aber nicht verwende, die Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung vergrößere, aber nicht gebe, liege in einer gescheiterten physischen Beihilfe regelmäßig auch keine psychische Beihilfe durch Bestärkung des Tatentschlusses.[96]

Da die zur Kausalität der psychischen Beihilfe vertretenen Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, ist eine Stellungnahme erforderlich. Die Zurechnung nach Wahrscheinlichkeitsgesetzen im „indeterminierten Bereich" geht an den Gegebenheiten ebenso vorbei, wie der Determinismus der herrschenden Meinung.[97] Biologische Systeme sind strukturdeterminiert,[98] also Systeme, deren Struktur ihr Verhalten bestimmt, nicht aber ihre Umwelt. Sie kennen keine instruierenden Interaktionen, sondern erfahren ausschließlich Veränderungen, die ihre Organisation und ihre Struktur festlegen oder zulassen. Die Beschreibung der Interaktionen biologischer Systeme als Informationsverarbeitung ist deshalb in irreführender Weise metaphorisch. Biologische Systeme sind autonom, also semantisch geschlossen.[99] Informationelle Beziehungen zwischen System und Umwelt gibt es nicht, sondern nur energetische. Die semantische Geschlossenheit biologischer Systeme ist dabei kein Versehen der Evolution, sondern versetzt das System erst in die Lage, sinnliche Eindrücke zu verarbeiten und daraus ein Verhalten zu generieren, das hinreichend komplex ist, um die erfolgreiche Selbsterhaltung des Systems zu gewährleisten. Eine umweltoffene Organisation dagegen, in der Reize unmittelbar in Reaktionen umgesetzt werden, hätte nur ein auf einfache Reflexe reduziertes Verhaltenspotential das nur unter einfachen Umständen geeignet wäre, das Überleben des Systems zu sichern. Zu Wahrnehmungs- und Erkenntnisleistungen wäre es wegen seiner Offenheit nicht in der Lage.

Semantisch geschlossene Systeme erzeugen ihre Zustände aufgrund ihrer eigenen früheren Zustände, also in rekursiver Weise. Welche Einwirkungen vom System überhaupt wahrgenommen werden und welche Konsequenzen für die Synthetisierung eines Verhaltens sich daraus ergeben, wird allein vom System in Abhängigkeit seines aktuellen Zustands festgelegt und nicht von der Umwelt des Systems. Biologische Systeme sind deshalb zwar synthetisch determiniert – das Nervensystem ist streng deterministisch[100] –, aber analytisch nicht determinierbar, geschichtsabhängig und prinzipiell unvorhersagbar[101], weil seine vorhergehenden Aktivitäten seine gegenwärtigen Reaktionen mitbestimmen, so dass eine einmal beobachtete Reaktion auf einen bestimmten Reiz zu einem späteren Zeitpunkt nicht wieder auftreten muss. Von der Beobachtung der Input- Outputbeziehung des Systems kann also nicht auf seine Funktionsweise geschlossen werden kann. Autonomie[102] und Determiniertheit schließen sich deshalb zwar nicht aus. Da Zustandsveränderungen – der Output des Systems – aber nicht eindeutig durch den Input des Systems determiniert sind, kann von einer Zustandsveränderung prinzipiell nicht auf einen bestimmten Stimulus geschlossen werden[103].

Eine psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses kann es deshalb nicht geben. Bei der psychischen Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses geht es vielmehr um die tätige Solidarisierung mit dem Täter der Haupttat, die isoliert aber nicht strafbar ist.

2. Ergebnis

S hat sich durch das Filmen des illegalen Autorennens auch nicht wegen Beihilfe zur vorsätzlichen Gefährdung des Straßenverkehrs (§§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b, 27 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht.

[94] *Osnabrügge* (Fn. 72), S. 203; siehe auch *Puppe*, GA 1984, 101 (105); *dies.*, JR 1994, 515 (516); *dies.*, ZStW 95, 287 (298); *dies.* (Fn. 11),Vor § 13 Rn. 116.

[95] *Osnabrügge* (Fn. 72), S. 204; siehe auch *Puppe* (Fn. 11), Vor § 13 Rn. 84, 117; *dies.*, ZStW 95 (1984), 287 (298), die „die Illusion eines einheitlichen Kausalbegriffs preisgeben und die Zurechnung kraft psychisch vermittelter Beeinflussung anderer Personen auf eine grundsätzlich andere Basis stellen (will), als die Zurechnung kraft Beeinflussung von Naturvorgängen". Sei das psychische Erleben nicht aufklärbar, sollen an die Stelle der Kausalgesetze Wahrscheinlichkeitsgesetze treten; *dies.*, ZIS 2007, 234 (235); siehe auch *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 86 ff.

[96] *Osnabrügge* (Fn. 72), S. 224.

[97] Siehe Fn. 90.

[98] *Maturana*, Biologie der Realität, 2000, S. 11 ff., 102 ff.

[99] *Maturana*, Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit, 1982, S. 58 ff.

[100] *Maturana/Varela*, Autopoiesis and Cognition, 1980, S. 46.

[101] *Maturana/Varela* (Fn. 100), 1980, S. 78 ff.

[102] *Maturana* (Fn. 98), 2000, S. 106 ff.

[103] Im Ergebnis auch *Puppe*, ZIS 2007, 234 (235) („Der Tatvorsatz konstituiert sich in und mit der Tat"); *dies.*, GA 1984, 101 (107 ff.); s. auch *Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin, 1989, S. 218, der darauf hinweist, dass von der Unvorhersagbarkeit eines Ereignisses nicht auf das Fehlen eines kausal determinierten Prozesses geschlossen werden kann.

Entscheidungsanmerkung

Gemeinschaftsrechtskonformität der absoluten Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 BGB) und des Ausschlusses des Ausbaus aus dem Nacherfüllungsanspruch?

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden folgende Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechtsgemäß Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:
a) Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 und 2 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter dahin auszulegen, dass sie einer nationalen gesetzlichen Regelung entgegenstehen, wonach der Verkäufer im Falle der Vertragswidrigkeit des gelieferten Verbrauchsgutes die vom Verbraucher verlangte Art der Abhilfe auch dann verweigern kann, wenn sie ihm Kosten verursachen würde, die verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut ohne die Vertragswidrigkeit hätte, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit unzumutbar (absolut unverhältnismäßig) wären?
b) Falls die erste Frage zu bejahen ist: Sind die Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Unterabs. 3 der vorbezeichneten Richtlinie dahin auszulegen, dass der Verkäufer im Falle der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Ersatzlieferung die Kosten des Ausbaus des vertragswidrigen Verbrauchsgutes aus einer Sache, in die der Verbraucher das Verbrauchsgut gemäß dessen Art und Verwendungszweck eingebaut hat, tragen muss? (Amtlicher Leitsatz)

Art. 3 Abs. 2, 3 RL 99/44/EG

BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08 (OLG Frankfurt, LG Kassel)[1]

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Die Entscheidung berührt zwei voneinander unabhängige Problemfelder der Umsetzung der RL 99/44/EG[2]. Zum einen stellt sich die Frage, ob der Maßstab der sog. absoluten Unverhältnismäßigkeit in der Einrede der Unverhältnismäßigkeit des Nacherfüllungsanspruchs (§ 439 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 BGB) mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar ist. Zum anderen ist problematisch, ob die Richtlinie verlangt, dass der Verkäufer im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs aus § 439 BGB auch den Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus einer anderen Sache, in die sie bestimmungsgemäß eingebaut worden ist, schuldet.[3]

2. Dem lag (vereinfacht) folgender Fall zugrunde. Der Kläger hatte Bodenfliesen vom beklagten Verkäufer zum Preis von ca. € 1.200 gekauft und in seinem Haus verlegen lassen. Der Kläger hatte als Verbraucher (§ 13 BGB), der Beklagte als Unternehmer (§ 14 BGB) gehandelt. Die Bodenfliesen erwiesen sich nach dem Einbau als mangelhaft. Der Beklagte hatte die Fliesen vom Hersteller bezogen; ob er sie geprüft hatte, konnte nicht festgestellt werden. Selbst wenn er eine stichprobenartige Überprüfung vorgenommen hätte, hätte er den Mangel nicht erkennen können, da er nur bei der Ansicht vieler, nebeneinander verlegter Fliesen sichtbar wurde. Eine Reparatur der verlegten Fliesen war technisch nicht möglich, sie hätten durch neue Fliesen ersetzt werden müssen. Neue Fliesen hätten ca. € 1.200, der Ausbau der alten und der Einbau der neuen Fliesen jeweils ca. € 2.100 gekostet. Der Kläger verlangte Lieferung neuer Fliesen sowie die Übernahme der Kosten für Aus- und Einbau, was der Beklagte verweigerte. Er erhob die Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung. Das LG wies die Zahlungsklage weitgehend ab, das OLG gab ihr hinsichtlich der Kosten für die neuen Fliesen und den Ausbau der alten statt. Die Revision des Beklagten führte zur Vorlage an den EuGH (Art. 234 EG).

II. Kernaussagen

1. Mögliche Grundlage für den klägerischen Anspruch ist nicht die der Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 1, 434, 439 BGB. Die Nacherfüllung hatte der Beklagte ausdrücklich verweigert, die Vertragsdurchführung hatte somit die Phase der Nacherfüllung verlassen. Anspruchsgrundlage könnte die des Schadensersatzes statt der Leistung sein, §§ 437 Nr. 3, 434, 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB. Maßgebliche Pflichtverletzung war nicht die Lieferung einer mangelhaften Sache an sich, da der Beklagte diese Pflichtverletzung nicht zu vertreten hatte.[4] Den Zwischenhändler trifft nach wohl überwiegender Meinung grundsätzlich keine Pflicht zur Untersuchung der vom Hersteller gelieferten Ware.[5] Selbst wenn man mit einer teilweise vertretenen Ansicht eine Pflicht zur stichprobenartigen Untersuchung annehmen möchte,[6] war (da eine solche Untersuchung den Mangel nicht offenbart hätte) eine etwaige Verletzung dieser Pflicht nicht kausal für die Lieferung mangelhafter Ware und würde daher nicht zum Vertretenmüssen führen. Auch eine Zurechnung des Herstellerverschuldens scheidet aus, denn der Hersteller ist grundsätzlich nicht Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) des Händlers.[7] Als den Schadensersatzanspruch begründende Pflichtverletzung kommt jedoch die Verweigerung der Nacherfüllung in Betracht, wenn der Beklagte zu der vom Kläger verlangten Nacherfüllung ver-

[1] http://www.bundesgerichtshof.de/ [18.2.2009].
[2] RL 1999/44/EG, ABl. 1999 L 171, S.12.
[3] Zur Frage, ob der Nacherfüllungsanspruch auch die Übernahme der Kosten für den Einbau der neuen, mangelfreien Sache umfasst, s.u. II. 4.

[4] So bereits die Berufungsinstanz, OLG Frankfurt ZGS 2008, 315 Rn. 26.
[5] BGH NJW 2008, 2837, Rn. 29; *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 280 Rn. 19 plädiert für eine Untersuchungspflicht bei besonders hochwertigen oder fehleranfälligen Produkte – beides ist hier nicht der Fall.
[6] Vgl. hierzu näher OLG Frankfurt ZGS 2008, 315 Rn. 26.
[7] BGHZ 48, 118 = NJW 1967, 1903; BGH, NJW 2008, 2837 Rn. 29.

pflichtet war. Da die gelieferten Fliesen mangelhaft waren (§ 434 BGB), kommt es nur noch darauf an, ob der Beklagte die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern konnte (sogleich 2.) und ob die vom Beklagten geltend gemachten Aus- und Einbaukosten vom Nacherfüllungsanspruch umfasst sind (unten 3., 4.).

2. Fraglich ist, ob dem Beklagten die Einrede[8] der Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 BGB) zusteht. Die Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) war vorliegend technisch nicht durchführbar. Daher verblieb nur die Nachlieferung (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) als mögliche Art der Nacherfüllung. Auf den Vergleich des Aufwands der beiden Modi der Nacherfüllung (sog. relative Unverhältnismäßigkeit) kommt es somit nicht an.

a) Maßgeblich für die Beurteilung der sog. absoluten Unverhältnismäßigkeit (§ 439 Abs. 3 BGB) ist die Frage, ob unter Berücksichtigung des Werts der mangelfreien Sache und der Bedeutung des Mangels die Nachlieferung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Als Grenze der Unverhältnismäßigkeit werden verschiedene Prozentsätze vorgeschlagen (etwa 100 % des Werts der Sache ohne Verschulden, 130 % mit Verschulden; 150 % ohne, 200 % mit Verschulden).[9] Vorliegend liegen die Kosten der Nachlieferung bei ca. € 3.300 (€ 1.200 für neue Fliesen, € 2.100 für den Ausbau der alten Fliesen[10]) bei einem Wert der mangelfreien Ware von ca. € 1.200, die Kosten betragen also ca. 275 % des Werts der mangelfreien Sache.[11] Die als Maßstab vorgeschlagenen Prozentsätze können freilich allenfalls als grobe Faustformel dienen, auf eine Einzelfallabwägung darf nicht verzichtet werden.[12] Besonderheiten des Einzelfalls, die eine außergewöhnlich hohe Belastung des Verkäufers rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Daher wäre grundsätzlich von Unverhältnismäßigkeit auszugehen, der Nacherfüllungsanspruch wäre nicht durchsetzbar.[13]

b) Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 99/44/EG) könnte dieser Bewertung entgegenstehen. Sie findet Anwendung, da es sich um einen Verbrauchsgüterkauf (i.S.d. Art. 1 Abs. 1 u. 2 RL 99/44/EG, vgl. für das deutsche Recht § 474 Abs. 1 S. 1 BGB) handelt.[14] In ihrem Art. 3 Abs. 3 statuiert sie als Ausschlussgrund des Nacherfüllungsanspruchs lediglich Unmöglichkeit und relative Unverhältnismäßigkeit („Kosten …, die … verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären").[15] Fraglich ist daher, ob die absolute Unverhältnismäßigkeit des § 439 Abs. 3 BGB ein Fall der „Unmöglichkeit" nach Art. 3 Abs. 3 RL 99/44/EG sein kann.[16] Dafür spricht, dass die Richtlinie den Begriff der Unmöglichkeit nicht definiert und somit seine Ausfüllung dem nationalen Recht überlassen geblieben sein könnte.[17] Hierfür spricht ferner, dass § 439 Abs. 3 BGB vom Gesetzgeber als „besondere Ausprägung dieses allgemeinen Rechtsgedankens [scil. der Unmöglichkeit] im Kaufrecht und eine gegenüber § 275 Abs. 2 [...] niedrigere Schwelle für die Begründung einer Einrede des Verkäufers"[18] und somit als Unterfall der Unmöglichkeit konzipiert wurde. Daher wird überwiegend die absolute Unverhältnismäßigkeit als mit der Richtlinienvorgabe vereinbar angesehen – vorausgesetzt, der Tatbestand der absoluten Unverhältnismäßigkeit werde eng ausgelegt und am Gedanken der Unmöglichkeit orientiert.[19] Gleichwohl wird auch in der Literatur für eine Klärung durch den EuGH plädiert.[20] Dem schließt sich der BGH nun an und legt die Problematik dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

3. Würde man die Unverhältnismäßigkeit verneinen, so schlösse sich daran die Folgefrage nach dem Umfang des Nacherfüllungsanspruchs an, ob der Verkäufer im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs aus § 439 BGB den Ausbau der mangelhaften Kaufsache aus einer anderen Sache, in die sie bestimmungsgemäß eingebaut worden ist, schuldet.

a) Diese Frage wird in Schrifttum und Rechtsprechung kontrovers diskutiert.[21] Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich kein derart weiter Umfang des Nacherfüllungsanspruchs: „Lieferung" bedeutet lediglich die Verbringung einer Sache an einen bestimmten Ort; „Ausbau" hingegen kennzeichnet das Herauslösen der Sache aus ihrer näheren Umgebung; „Ausbau" und „Lieferung" beziehen sich auf unterschiedliche Objekte – ersteres auf die neue, mangelfreie Sache, letzteres

[8] Vgl. nur *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 439 Rn. 20; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, 2004, § 439 Rn. 39.

[9] Vgl. Nachw. bei *Matusche-Beckmann* (Fn. 8) § 439 Rn. 43 sowie *Faust,* in: Beck´scher Online-Kommentar zum BGB, Stand 1.2.2007, § 439 Rn. 52; s.a. näher BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 15.

[10] Mit dieser Rechnung nimmt der BGH freilich bereits sein Ergebnis zu unten 3. und 4. voraus – den Posten Ausbau berücksichtigt er, den des Einbaus nicht.

[11] Vgl. BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 16.

[12] Ausf. *Matusche-Beckmann* (Fn. 8), § 439 Rn. 43 ff.; *Westermann* (Fn. 8) § 439 Rn. 20 ff.

[13] BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 11 ff., insbes. Rn. 16.

[14] BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 10.

[15] So bereits *Matusche-Beckmann* (Fn. 8) § 439 Rn. 41. Gegen Richtlinienkonformität etwa *Pfeiffer*, ZGS 2002, 217 (219); *Schubel*, JuS 2002, 313 (316).

[16] Dass § 275 Abs. 1-3 BGB neben § 439 Abs. 3 BGB zum Ausschluss oder zur Beschränkung des Nacherfüllungsanspruchs führen können, ergibt sich bereits aus der Natur der Sache (§ 275 Abs. 1 BGB) sowie aus dem Wortlaut des § 439 Abs. 3 BGB („unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3").

[17] So *Kirsten,* ZGS 2005, 66 (67 f.).

[18] BT-Drs. 14/6040, S. 232.

[19] Vgl. etwa *Lorenz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, Vor § 474 Rn. 18; *Matusche-Beckmann* (Fn. 8) § 439 Rn. 41.

[20] *Faust* (Fn. 9), § 439 Rn. 53.

[21] Für Übernahme/Ersatz der Ausbaukosten etwa OLG Frankfurt a.M. ZGS 2008, 315; OLG Karlruhe ZGS 2004, 432 m. zust. Anm. *Lorenz*, ZJS 2004, 408 (410); OLG Köln NJW-RR 2006, 677; *Schneider,* ZGS 2008, 177; *Westermann* (Fn. 8) § 439 Rn. 13; dagegen etwa *Thürmann,* NJW 2006, 3461; *Ayad/Hesse,* BB 2008, 1296; *Katzenstein,* ZGS 2009, 29.

auf die alte, mangelhafte Sache.[22] Teilweise wird die Frage mit der Annahme einer mit der Rückgabeverpflichtung des Käufers (§ 346 Abs. 1 BGB) korrespondierenden „Rücknahmeverpflichtung" der Verkäufers bejaht; die Rücknahmepflicht habe der Verkäufer an dem Ort (sog. Leistungsstelle), an dem sich die Kaufsache nunmehr bestimmungsgemäß befinde (hier: verlegt auf dem Boden des Hauses des Klägers) zu erfüllen.[23] Gegen eine Rücknahmepflicht jedoch wird für Fälle wie den vorliegenden, in dem ein Einbau der Kaufsache erfolgt und sie wesentlicher Bestandteil eines Gebäudes (§§ 946, 93, 94 Abs. 2 BGB) geworden ist, eingewandt, dass § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB den Rückgabeanspruch bei Verarbeitung oder Umgestaltung zugunsten eines Wertersatzanspruchs erlöschen lässt (und gem. § 346 Abs. 3 Nr. 2 BGB selbst der Wertersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn sich – wie hier – der Mangel erst nach Verarbeitung oder Umgestaltung zeigt). Daher bestünde keine Rück*gabe*pflicht, an die eine Rück*nahme*pflicht anknüpfen könne.[24]

b) Problematisch ist jedoch auch an dieser Stelle, ob die RL 99/44/EG für dieses Problem eine andere Lösung diktiert. Gem. Art. 3 Abs. 2 RL 99/44/EG hat der Käufer im Fall der Vertragswidrigkeit einen Anspruch auf „unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes". Die „Nachlieferung" des § 439 BGB trägt in der Richtlinie den Namen „Ersatzlieferung"[25] – „ersetzen" könnte das Wegnehmen des alten Gegenstands umfassen. Dies liegt umso näher, als gem. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 RL 99/44/EG bei der Nacherfüllung „die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind", es daher nach den Umständen des konkreten Falles angemessen sein kann, dass der Verbraucher den zuerst gelieferten Gegenstands beseitigt, um Platz für die art- und zweckentsprechende Verwendung des Ersatzgegenstands zu schaffen.[26] Auch diese Frage legt der BGH daher dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

4. Schuldet der Verkäufer auch den Einbau der im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs gelieferten Ersatzgegenstände? Diese Frage hatte der BGH bereits jüngst zu entscheiden. In seiner Entscheidung vom 15.7.2008[27] verneinte er eine derartige Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs, denn – so die Kernargumentation – dies würde bedeuten, den Nacherfüllungsanspruch weiter reichen zu lassen als den ursprünglichen Erfüllungsanspruch (der nur auf die Verschaffung von Eigentum und Besitz an den Gegenständen, nicht auf deren Einbau gerichtet ist). Etwaige entgegenstehende Vorgaben der RL 99/44/EG befürchtet der BGH hier nicht.[28]

III. Würdigung und Examensrelevanz

1. Eine Klärung durch den EuGH in Bezug auf § 439 Abs. 3 BGB ist angebracht. Die besseren Argumente sprechen hier dafür, die absolute Unverhältnismäßigkeit unter die Fallgruppe der „Unmöglichkeit" in dem in der Richtlinie verwandten Sinne zu fassen. „Unmöglichkeit" ist im Gemeinschaftsrecht kein annähernd so ausgeformter Begriff wie im BGB oder anderen nationalen Rechten. Nur vereinzelt behandeln verbraucherschützende Richtlinien Fälle der Unmöglichkeit.[29] Die Acquis-Principles haben selbst das Recht der Unmöglichkeit nicht ausgeformt; die Bestimmung zum nicht überwindlichen Leistungshindernis haben die Acquis-Principles (überwiegend) aus dem DCFR übernommen.[30] Auch ein *obiter dictum* des EuGH in seiner Entscheidung zum Nutzungsersatzanspruch des Unternehmers bei Ersatzlieferung, wonach die Versagung dieses Nutzungsersatzanspruchs teilweise dadurch kompensiert wird, dass der Unternehmer sich auf die Unverhältnismäßigkeit der Ersatzlieferung berufen könne,[31] könnte – da in dem entschiedenen Fall allein die Ersatzlieferung als Modus der Nacherfüllung in Betracht kam und die relevante finanzielle Belastung des Unternehmers von Unmöglichkeit i.e.S. weit entfernt war – die Zulässigkeit der absoluten Unverhältnismäßigkeit nahe legen. Viel spricht daher dafür, dass die Ausformung des Begriffs „Unmöglichkeit" nicht (umfassend) gemeinschaftsrechtlich determiniert, sondern (weitgehend, freilich begrenzt durch die Gefahr der Aushöhlung der dem Verbraucher zugewiesenen Rechte) den nationalen Rechten überlassen ist.

2. Auch die Frage der Einbaukosten bedarf einer Entscheidung durch den EuGH. In Bezug auf die Ausbaukosten zeigt die Entscheidung nur einen kleinen Ausschnitt der hierzu geführten Diskussion. So werden etwa die (auch mit dem Wegfall der verschuldensunabhängigen Vertragskostenhaftung des § 467 S. 2 a.F. BGB verbundenen) Argumente zur Abgrenzung des verschuldenensunabhängigen Nacherfüllungsrechts (und Rücktrittsfolgenrechts[32]) und des verschuldensabhängigen Schadensersatz- und Aufwendungsersatzanspruchs nicht beleuchtet.[33] Auch ob grundsätzlich die An-

[22] OLG Frankfurt a.M. ZGS 2008, 315 Rn. 34; zust. BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 20.

[23] Vgl. Nachweise bei OLG Frankfurt ZGS 2008, 315 Rn. 31. Diese Ansicht knüpft an an den sog. Dachziegelfall des BGH von 1983 (BGHZ 87, 104).

[24] *Thürmann,* NJW 2006, 3457, 3461; BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 21.

[25] In anderen Sprachfassungen: „replacement" (englisch, noch deutlicher: „he may require the seller to replace them"), „remplacement" (französisch), „sustitución" (spanisch), „sostituzione" (italienisch).

[26] Vgl. BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 22.

[27] BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07 = NJW 2008, 2837, vgl. hierzu *Gsell,* ZJS 2008, 542.

[28] Vgl. BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 22 a.E.

[29] Vgl. Art. 4 Abs. 6 RL 90/314/EWG; Art. 7 Abs. 2 RL 97/7/EG; Art. 3 Abs. 1 lit. c. ii. RL 2000/35/EG und hierzu insgesamt *Csehi,* Über die Zukunft der Unmöglichkeit im europäischen und ungarischen Zivilrecht, in: Heun/Lipp (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, 2008, S. 59 (63 ff.).

[30] Vgl. Art. 8:401 Abs. 2 ACQP und Art. III. – 3:104 DCFR.

[31] EuGH, NJW 2008, 1433, 1435, Rn. 42 (Quelle).

[32] Insbesondere nicht als „Rücktrittsfolge", sondern über § 439 Abs. 4 BGB oder nach Widerruf, § 357 Abs. 1 S. 1 i.V.m. §§ 346 ff. BGB – hierzu etwa Vorlagebeschluss des BGH MMR 2009, 107 = WRP 2009, 62 = ZIP 2008, 2367.

[33] Vgl. hierzu BGH NJW 2008, 2837 m. Anm. *Gsell,* ZJS 2008, 542; ferner zum Problem der Hinsendekosten bei Wi-

nahme einer Rücknahmepflicht zutrifft[34], lässt der BGH offen. Für einen Teil der denkbaren Fälle (alle, in denen der empfangene Gegenstand nicht verarbeitet oder umgestaltet worden ist – so etwa bei der nur losen Verlegung von Dachziegeln) hätte eine Beantwortung dieser Frage Klarheit gebracht.

3. Nahe hätte gelegen, auch die Frage nach den Einbaukosten dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. In seiner Entscheidung vom 15.7.2008 hatte der BGH die Richtlinienvorgabe (hier insbes. Art. 3 Abs. 4 RL 99/44/EG als Vorlage für § 439 Abs. 2 BGB) in seine Überlegungen mit einbezogen.[35] Gemäß Art. 3 Abs. 4 RL 99/44/EG bedeutet „Unentgeltlichkeit" der Nacherfüllung, dass der Verkäufer „die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten" zu tragen hat. Dieser gemeinschaftsrechtliche Hintergrund ist als Argument für die Ersatzfähigkeit der Einbaukosten gewertet worden – hätte der Verkäufer ursprünglich vertragsgemäß geliefert, hätte der Käufer nicht ein zweites Mal für den Einbau aufkommen müssen. Folglich umfasse die „Herstellung des vertragsgemäßen Zustands" die Verpflichtung, den Käufer so zu stellen, dass er letztlich nur ein Mal die Einbaukosten zu zahlen habe.[36]

4. Die Problemfelder der Entscheidung dürfen – da im Kaufmängelgewährleistungsrecht und allgemeinen Schuldrecht verortet – als examensrelevant angesehen werden. Fragen der Richtlinienkonformität nationalen Rechts sind weder dem (öffentlichrechtlichen) Europarecht noch bestimmten Schwerpunktbereichen vorbehalten. Bei der Befassung mit dem Fall in einer Klausur würde sich die Folgefrage stellen, wie eine etwaige verbraucherschützende Auslegung durch den EuGH in das deutsche Recht „umgesetzt" werden könnte. Die hier *de lege lata* in Betracht kommenden „Instrumente" der richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung würden – auch gerade dank der jüngsten Rechtsprechung des BGH im Fall *Quelle*[37] – einen entsprechenden Klausurfall um herausfordernde Probleme aus dem Feld der Methodik bereichern.

Wiss. Assistentin Dr. Katharina Hilbig, Göttingen

derruf eines Fernabsatzgeschäfts BGH MMR 2009, 107 (vorgehend LG Karlsruhe MMR 2006, 245 und OLG Karlsruhe MMR 2008, 46); s.a. die Vorinstanz zum vorliegenden Fall OLG Frankfurt ZGS 2008, 315 Rn. 26; vgl. ferner *Lorenz,* ZGS 2004, 408.

[34] Bejahend vgl. nur *Lorenz,* ZGS 2004, 408 (410 f.).

[35] BGH NJW 2008, 2837, Rn. 24 f.

[36] So etwa LG Deggendorf, Urt. v. 3.4.2007 – 3 O 370/06 (n.v., Juris), Rn. 17.

[37] Hierzu BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 (Quelle).

Entscheidungsanmerkung

Erforderlichkeit von „Regenerationsfahrten" bei Verwendung eines Dieselfahrzeugs mit Partikelfilter im Kurzstreckeneinsatz kein Mangel

BGH, Urt. v. 4.3.2009 – VIII ZR 160/08[1]

An dieser Stelle wird in unregelmäßiger Folge auch über Entscheidungen des BGH berichtet, deren Urteilsgründe noch nicht veröffentlicht wurden, wenn allein die Pressemitteilung des Gerichts in besonderem Maße das Interesse weckt. Auf das vorliegende Urteil trifft dies zu.

I. Sachverhalt

Der Entscheidung liegt der folgende Sachverhalt zu Grunde: Der Kläger erwarb von der Beklagten einen neuen Pkw Opel Zafira 1.9 CTDI zum Kaufpreis von 26.470,01 €. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselpartikelfilter ausgestattet. Da es im Kurzstreckenbetrieb mehrfach zu Störungen kam, die überwiegend auf der Verstopfung des Partikelfilters beruhten, hat der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt.

II. Wesentlicher Inhalt der Entscheidung

Der VIII. *Zivilsenat* des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass die Erforderlichkeit von Fahrten zur Regeneration (Reinigung) eines Partikelfilters bei Dieselfahrzeugen zur Vermeidung von Funktionsstörungen beim überwiegenden Einsatz im Kurzstreckenbetrieb keinen Mangel darstellt. Dabei stellt der Senat darauf ab, dass für die Beurteilung, ob ein Mangel im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB an dem Fahrzeug des Klägers gegeben ist, als Vergleichsmaßstab nur solche Fahrzeuge herangezogen werden könnten, die ebenfalls mit einem Dieselpartikelfilter ausgestattet sind. Es könne nicht darauf abgestellt werden, inwieweit Kraftfahrzeuge mit Dieselmotor generell für den überwiegenden Kurzstreckenbetrieb geeignet sind. Die gesetzliche Bestimmung setze als Vergleichsmaßstab ausdrücklich die Beschaffenheit voraus, die bei „Sachen der gleichen Art" üblich ist und die der Käufer „nach der Art der Sache" erwarten kann. Wenn daher gerade ein Dieselpartikelfilter die Ursache für den geltend gemachten Mangel sei, dann könnten nicht als „Sachen der gleichen Art" Dieselfahrzeuge herangezogen werden, die nicht über einen solchen Partikelfilter verfügen. Im Rahmen eines Sachverständigengutachtens sei aber festgestellt worden, dass nach dem derzeitigen Stand der Technik Fahrzeuge aller Hersteller, die mit einem Dieselpartikelfilter ausgestattet sind, für einen überwiegenden Kurzstreckeneinsatz nicht geeignet seien, weil für die Regeneration des Partikelfilters eine erhöhte Abgastemperatur erforderlich sei, die im reinen Kurzstreckenbetrieb gewöhnlich nicht erreicht werde.

Der BGH hat ferner ausgeführt, dass dies nicht deswegen anders zu beurteilen ist, weil ein durchschnittlich informierter Käufer ohne weitere Aufklärung nicht zu der Erkenntnis gelangen könne, dass ein mit Dieselpartikelfilter ausgestattetes Neufahrzeug anders als Dieselfahrzeuge ohne Partikelfilter oder Fahrzeuge mit Benzinmotor für einen überwiegenden Einsatz im Kurzstreckenverkehr nicht geeignet sei. Für die Ermittlung der zu erwartenden Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB kommt es weder auf die konkret vorhandene Vorstellung des jeweiligen Käufers noch auf einen durchschnittlichen technischen Informationsstand - sofern ein solcher überhaupt feststellbar sein sollte - der Käuferseite, sondern allein darauf an, welche Beschaffenheit der Käufer „nach der Art der Sache" erwarten kann, d. h. auf die objektiv berechtigte Erwartung. Es könne daher nur auf die Beschaffenheit von Dieselfahrzeugen mit Partikelfilter abgestellt werden, bei denen nach dem festgestellten Stand der Technik eine uneingeschränkte Nutzung im Kurzstreckenbetrieb nicht möglich sei. Damit fehle es an einer Grundlage für die Erwartung des Käufers, dass ein Dieselfahrzeug mit Partikelfilter ohne Einschränkungen im Kurzstreckenbetrieb genutzt werden könne.

III. Einige kurze Anmerkungen

Da die Entscheidungsgründe noch nicht vorliegen, verbietet es sich von vornherein, eingehend zu diesem Urteil Stellung zu nehmen. Daher sollen an dieser Stelle nur ein paar Fragen aufgeworfen werden, auf die in einer der nächsten Ausgaben zurückzukommen sein wird.

1. Sachmangelbegriff aus § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

Unmittelbar nachdem das neue Kaufrecht in Kraft getreten war, kam die Frage auf, nach welchem Mangelbegriff neu hergestellte Sachen zu beurteilen sind. Es geht dabei schlicht darum, welche Anforderungen man an eine Vereinbarung über die Beschaffenheit einer zu erwerbenden fabrikneuen Sache zu stellen hat. Dabei ist es vollkommen üblich, dass beim Kauf einer neuen Sache über den Sollzustand nicht näher und ausdrücklich gesprochen bzw. verhandelt wird. Mit anderen Worten: Der Käufer eines Fernsehgeräts oder eines Herrenanzugs fragt den professionellen Verkäufer nicht danach, ob man mit dem Fernseher auch ein Fernsehprogramm empfangen (..) oder man den Anzug auch tragen kann, zum Beispiel alle Nähte vorhanden sind. Um es auf den Punkt zu bringen: Der Käufer eines Neuwagens wird sich hüten, den Händler zu fragen, ob das Auto auch fährt und es sich für den Stadtverkehr eignet. Wenn es aber an einer solchen ausdrücklichen Vereinbarung über die Beschaffenheit aus sehr nahe liegenden Gründen fehlt, so stellt sich die Frage, ob überhaupt eine Vereinbarung über die Beschaffenheit vorliegt, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB also auf einen Kaufvertrag anzuwenden ist, bei dem nicht näher über die Beschaffenheit der Sache gesprochen wird. Denn man kann sich durchaus den stummen Kauf einer neuen Sache vorstellen, ohne dass man etwa in den Internethandel ausweichen müsste. Die Kundin legt ein neues, eingeschweißtes Buch nebst 20 € auf die Ladentheke, der Verkäufer kassiert (…) gibt 20 Cent und Beleg zurück. Hier wird die Kundin nicht nachgefragt haben, ob das Buch auch alle vorgesehenen bedruckten Seiten enthält.

Es geht also darum, ob man bei dem Abschluss eines Kaufvertrags über eine neu hergestellte Sache konkludent

[1] Die Pressemitteilungen sind online unter http://www.bundesgerichtshof.de/ (20.3.2009) abrufbar.

eine Vereinbarung über die Beschaffenheit der Sache trifft, was § 434 Abs. 1 S. 1 BGB zur Anwendung kommen ließe. Ist dies zu bejahen, fragt sich im nächsten Schritt, welchen Inhalt eine solche stillschweigende Vereinbarung hat. Hier spricht nun einiges dafür, dass der Käufer ohne weiteres davon ausgehen kann, dass sein Neuwagen auch im Stadtverkehr anstandslos funktioniert.

Die zentrale und grundsätzliche kaufrechtliche Frage besteht aber darin, ob hier § 434 Abs. 1 S. 1 BGB überhaupt zur Anwendung kommt.

2. Sachmangelbegriff aus § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

Jedenfalls nach der vorliegenden Pressemitteilung kommt es hinsichtlich des Auffangtatbestands der üblichen Beschaffenheit „weder auf die konkret vorhandene Vorstellung des jeweiligen Käufers noch auf einen durchschnittlichen technischen Informationsstand - sofern ein solcher überhaupt feststellbar sein sollte - der Käuferseite, sondern allein darauf an, welche Beschaffenheit der Käufer -nach der Art der Sacheerwarten kann, d. h. auf die objektiv berechtigte Erwartung". Mit dieser Sicht der Dinge schneidet der BGH Käufern in erheblichem Maße Gewährleistungsrechte ab. Man wird wohl davon ausgehen dürfen, dass ein potentieller Käufer eines Neuwagens von der Erwartung geprägt ist, dass ein solches Auto problemlos auch ausschließlich im Stadtverkehr funktioniert und nicht ausdrücklich danach fragt. Auf eine solche Erwartungshaltung soll es aber nun eben nicht ankommen, wenn diese zwar weit verbreitet aber eben unzutreffend ist. Das mag man so sehen. Verwunderlich ist jedoch, dass auf der anderen Seite keine Aufklärungspflicht des Verkäufers dahingehend bestehen soll, dass man sich mit derartigen Autos nicht ausschließlich im Stadtverkehr fortbewegen kann. Dass ein solcher Bedarf bestehen kann, liegt auf der Hand. Man denke nur an einen Rentner, der sich nicht mehr traut, größere Fahrten zu unternehmen, jedoch seine Mobilität insoweit aufrecht erhalten möchte, dass er Besorgungen in der Stadt noch eigenständig erledigen kann.

IV. Schluss und Ausblick

Auf die Veröffentlichung der Entscheidungsgründe darf man gespannt sein. An entsprechender Stelle wird es eine weitere Anmerkung geben.

Privatdozent Dr. Markus Artz, Trier/Bielefeld

Entscheidungsanmerkung

Schadensersatzhaftung einer Vertragspartei bei unberechtigter Zahlungsaufforderung und Rücktritt vom Vertrag

1. Eine Vertragspartei, die von der anderen Vertragspartei etwas verlangt, das nach dem Vertrag nicht geschuldet ist, oder ein Gestaltungsrecht ausübt, das nicht besteht, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB und handelt im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB pflichtwidrig.
2. Im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vertreten hat die Vertragspartei diese Pflichtwidrigkeit aber nicht schon dann, wenn sie nicht erkennt, dass ihre Rechtsposition in der Sache nicht berechtigt ist, sondern erst, wenn sie diese Rechtsposition auch nicht als plausibel ansehen durfte. (Amtlicher Leitsatz)

BGB § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 S. 1, § 280 Abs. 1 S. 2

BGH, Urt. v. 16.1.2009 - V ZR 133/08 (OLG Köln, LG Köln)[1]

I. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

1. Das Urteil behandelt einen Ausschnitt aus der umstrittenen Problematik der Schadensersatzhaftung bei unberechtigter Rechtsanmaßung, die immer wieder Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen ist und damit auch potenzielles Terrain für schuldrechtliche Prüfungsaufgaben. Während vielfach deliktsrechtliche Konstellationen und namentlich die Situation der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung eines Wettbewerbers[2] im Zentrum der Aufmerksamkeit stehen[3], geht es im vorliegenden Fall um die unberechtigte Rechtsanmaßung innerhalb eines Vertragsverhältnisses.[4] Zu klären war, inwieweit eine Vertragspartei, die trotz fehlender Fälligkeit von der anderen Seite Zahlung verlangt, und die schließlich zu Unrecht den Rücktritt vom Vertrag erklärt, weil sie irrtümlich annimmt, die andere Seite vereitele die Vertragsdurchführung, zum Ersatz der Kosten verpflichtet ist, die der anderen Seite zur Abwehr von Zahlungsverlangen und Rücktritt entstanden sind.

2. Im Streitfall verkaufte der Kläger ein mit einem abzubrechenden Gebäude bebautes Grundstück an die Beklagte, wobei vereinbart wurde, dass die beiderseitigen Leistungen zu erbringen seien, sobald die Baugenehmigung für die sechs Einfamilienhäuser erteilt worden sei, mit denen das Grundstück bebaut werden sollte, sowie die Genehmigung zur entsprechenden Teilung des Grundstücks. Obwohl die betreffenden Genehmigungen u.a. wegen eines Nachbarwiderspruches noch ausstanden, forderte der Kläger die Beklagte anwaltlich unter Fristsetzung zur Zahlung auf. Er erklärte schließlich den Rücktritt vom Vertrag, weil er nach einer Mitteilung von Seiten der Bauaufsichtsbehörde, dass ein Bauantrag noch nicht gestellt worden sei, zu Unrecht annahm, die Beklagte hintertreibe die Erteilung der Baugenehmigung treuwidrig. Die auf Rückabwicklung des Kaufvertrages gerichtete Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. Der Revision der Beklagten (und Widerklägerin), die mit ihrer Widerklage auf Ersatz der Kosten der Verteidigung gegen das Zahlungsverlangen und den Rücktritt bereits in den beiden ersten Instanzen unterlegen war, blieb erfolglos.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Der BGH bestätigt zunächst seine ständige, allerdings nicht unumstrittene[5] Rechtsprechung, nach der allein in der Erhebung einer Klage oder in der sonstigen Inanspruchnahme eines staatlichen, gesetzlich geregelten Rechtspflegeverfahren zur Durchsetzung vermeintlicher Rechte weder eine unerlaubte Handlung im Sinne von §§ 823 ff. BGB noch eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung gesehen werden könne.[6] Für die Folgen einer nur fahrlässigen Fehleinschätzung der Rechtslage hafte der ein solches Verfahren Betreibende außerhalb der im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen grundsätzlich nicht, weil der Schutz des Prozessgegners regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet werde.[7] Ein dadurch nicht abgedeckter Schaden sei damit auch materiell-rechtlich nicht ersatzfähig.[8] Getragen wird diese Rechtsprechung, so der BGH, von der Überlegung, dass andernfalls der freie Zugang zu staatlichen Rechtspflegeverfahren, an dem auch ein erhebliches öffentliches Interesse bestehe, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise eingeschränkt werde.

2. Allerdings beschränkt sich die unberechtigte Rechtsanmaßung in der Praxis regelmäßig nicht auf den Prozess, sondern geht der gerichtlichen Klärung angeblicher Rechte – so auch im Streitfall – deren vorgerichtliche Geltendmachung voraus. Fraglich ist deshalb, ob die Grundsätze der Rechtsprechung zur Privilegierung der Rechtsanmaßung im Prozess auf die vor- bzw. außergerichtliche Geltendmachung

[1] Das Urteil war am 16.3.2009 unter www.bundesgerichtshof.de abrufbar.
[2] Vgl. nur Beschl. des *Großen Zivilsenates* BGHZ 164, 1, wo die Möglichkeit eines rechtswidrigen Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewebebetrieb iSv § 823 Abs. 1 BGB bei unbegründeter Verwarnung aus einem Kennzeichenrecht wie bei sonstigen unberechtigten Schutzrechtsverwarnungen grundsätzlich bejaht wird.
[3] Dazu die Nachw. bei *Kaiser*, in: Festschrift Canaris, 2008, S. 531 (532).
[4] S. auch bereits BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06 (abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de [16.3.2998]) = NJW 2008, 1147 (1148) zur Schadensersatzpflicht des Käufers bei unberechtigtem Mängelbeseitigungsverlangen.
[5] Gegen einen Rechtfertigungsgrund der prozessualen Inanspruchnahme *Kaiser* (Fn. 3), 531 ff. m. w. Nachw. zum Diskussionsstand.
[6] Vgl. die Nachw. in II. 1. b) aa) der Entscheidungsgründe.
[7] Bestätigung von BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06 (abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de [16.3.2998]) = NJW 2008, 1147 (1148).
[8] Unter Berufung auf BGHZ 20, 169 (172); 74, 9 (15); 118, 201 (206).

übertragbar sind.[9] Der *Senat* lehnt dies ab. Anders als bei einer gerichtlichen Geltendmachung fehle es bei einer außergerichtlichen Rechtsberühmung an einer förmlichen Beteiligung des zu Unrecht in Anspruch Genommenen und an einer verschuldensunabhängigen Haftung, wie sie den Kläger treffe, der aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil vollstrecke, das später geändert werde.[10] Weiter betont der *Senat*, dass nach der Rechtsprechung des BGH in bestehenden Schuldverhältnissen ein „Recht auf Irrtum" bei der unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen und Rechten nicht anerkannt sei, sondern gerade im Gegenteil grundsätzlich eine Pflichtwidrigkeit bejaht werde. Zum Beleg verweist der BGH vor allem auf die Rechtsprechung zur unberechtigten Kündigung eines Mietverhältnisses und zu unberechtigten Räumungsverlangen.[11] Während sich die Schadensersatzhaftung in diesen Fallkonstellationen jedoch bereits daraus ergebe, dass der Vermieter mit der unberechtigten Kündigung bzw. dem Räumungsverlangen das Besitzrecht des Mieters in Frage stelle und damit zugleich seine eigene vertragliche Leistungspflicht zur Überlassung der Mietsache verletze, komme es auf einen solchen Bezug zu der Nichterfüllung eigener Leistungspflichten nicht entscheidend an. Vielmehr komme eine Schadensersatzhaftung nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB auch dann in Betracht, wenn eine Vertragspartei ohne eigene Leistungspflichten zu verletzen, unberechtigte Ansprüche an die andere Vertragspartei stelle. Für einen Zahlungsanspruch gelte insoweit nichts anderes als für die Konstellation eines unberechtigten Mängelbeseitigungsverlangens, für die der BGH bereits so entschieden habe.[12]

3. Darf damit also das für den Prozess geltende Haftungsprivileg nicht auf die vor- und außergerichtliche Rechtsanmaßung übertragen werden, so zieht der *Senat* der Haftung im Ergebnis doch enge Grenzen. Zwar ordnet er die unberechtigte Ausübung eines vertraglichen Leistungs- oder Gestaltungsrechts als Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB ein.[13] Denn geschützt sei danach auch das Interesse des Schuldners, nicht in weitergehendem Umfang in Anspruch genommen zu werden als in dem Vertrag vereinbart. Jedoch hat der Kläger im Streitfall nach Auffassung des BGH die Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Da der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Grund zu der – wenn auch letztlich unzutreffenden – Annahme gehabt habe, die Beklagte führe die Erteilung der Baugenehmigung treuwidrig nicht herbei, fehle es an einem fahrlässigen Verhalten des Klägers. Fahrlässig handelt der Gläubiger nach Ansicht des BGH nämlich nicht schon dann, wenn er nicht erkennt, dass seine Forderung in der Sache unberechtigt ist. Das Ergebnis eines Rechtsstreits vorauszusehen, der allein zur sicheren Klärung der Berechtigung der Forderung führe, könne vom Gläubiger nicht verlangt werden. Dies würde ihn – so der BGH – in diesem Stadium der Auseinandersetzung überfordern und ihm die Durchsetzung seiner Rechte unzumutbar erschweren. Der BGH bestätigt vielmehr seine Rechtsprechung zum unberechtigten Mängelbeseitigungsverlangen des Käufers[14], wonach der Gläubiger der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt schon dann entspricht, wenn er prüft, ob die Vertragsstörung auf eine Ursache zurückzuführen ist, die dem eigenen Verantwortungsbereich zuzuordnen, der eigene Rechtsstandpunkt mithin plausibel ist. Bleibe ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Partei vorliege, dürfe der Gläubiger die sich aus einer Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstelle. Der BGH verlangt von dem Gläubiger also lediglich eine „Plausibilitätskontrolle"[15].

4. Das Urteil verdient Zustimmung soweit es die Haftung bei außergerichtlicher Rechtsanmaßung strengen Voraussetzungen unterwirft und damit in Fällen einer für den Gläubiger nicht zuverlässig zu klärenden Ungewissheit über seine Berechtigung die außergerichtliche Anmaßung als solche – im Ergebnis nicht anders als die gerichtliche Geltendmachung – haftungsfrei stellt. Zu Recht wird auf diese Weise die haftungsrechtliche Behandlung der außergerichtlichen und der gerichtlichen Rechtsanmaßung angenähert.

5. Nicht ganz zweifelsfrei erscheint es allerdings, wenn der *Senat* für den Fall, dass der Rechtsstandpunkt des Gläubigers die Plausibilitätsanforderungen erfüllt, erst das Vertretenmüssen (konkret: ein fahrlässiges Verhalten) verneint, die Verletzung einer Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners iSv § 241 Abs. 2 BGB jedoch bejaht. Denn gerade weil Schutz- oder Verhaltenspflichten iSv § 241 Abs. 2 BGB – und hier konkret die leistungssichernde Vertragstreuepflicht[16] – in Ergänzung zum vertraglichen Leistungsversprechen darauf gerichtet sind, die nach den Umständen gebotene Rücksichtnahme einzufordern, ist es fragwürdig, die Schutzpflicht weiter reichen zu lassen, als es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gebietet. Oder anders ge-

[9] Dafür BGH, Urt. v. 25.10.1995 – VIII ZR 258/94 (abrufbar unter http://www.juris.de [16.3.2998]) = NJW 1996, 389 (390); Vorlagebeschl. v. 12.8.2004 – I ZR 98/02 (abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de [16.3.2998]) = NJW 2004, 3322 (3323); KG, Urt. v. 18.8.2005 – 8 U 251/04, Rn. 142 (abrufbar unter http://www.juris.de [16.3.2998]); im Ergebnis bestätigt durch BGH, Beschl. v. 7.12.2006 – IX ZR 167/05 (abrufbar unter http://www.juris.de [16.3.2998]).

[10] Vgl. § 717 Abs. 2 ZPO und ähnlich für die sich als unberechtigt erweisende Vollstreckung aus einer einstweiligen Verfügung § 945 ZPO.

[11] Vgl. BGHZ 89, 296 (301); BGH, Urt. v. 14.1.1988 – IX ZR 265/86, NJW 1988, 1268 (1269); Urt. v. 18.5.2005 – VIII ZR 368/03 (abrufbar unter http://www.juris.de [16.3.2998]) = NJW 2005, 2395 (2396) ; BGH, Urt. v. 28.11.2001 – XII ZR 197/99 unter www.bundesgerichtshof.de [16.3.2998]) =NJW-RR 2002, 730 (731).

[12] S den Nachw. in Fn 4.

[13] So auch bereits BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06 s. Fn 4.

[14] S. Fn. 4.

[15] Ähnlich spricht *Kaiser*, NJW 2008, 1709 (1712) von einer „Evidenzkontrolle".

[16] S. dazu etwa *Sutschet*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2007, § 241 Rn. 46 ff.

wendet: Man kann sich durchaus auf den Standpunkt stellen, dass ein Gläubiger, der – wie im Streitfall vom BGH bejaht – hinreichenden Grund zu der Annahme hat, dass ihm ein Recht zusteht, mit dessen Geltendmachung auch dann nicht die nötige Rücksicht auf die Schuldnerinteressen vermissen lässt, wenn sich hinterher herausstellt, dass der Gläubiger sich geirrt hat. Als entlarvend mag man insoweit die Formulierung in den Gründen empfinden, nach welcher der Gläubiger in einem solchen Fall seine angeblichen Rechte geltend machen „*darf*“[17]. Denn pflichtwidrig darf der Gläubiger doch sicherlich nicht handeln.

Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg

[17] S. II. 3. a) der Entscheidungsgründe.

Entscheidungsanmerkung

Nachteilsausgleich, Einlagenrückgewähr und Schadensersatz im faktischen Aktienkonzern

1. Die Gewährung eines unbesicherten, kurzfristig rückforderbaren „upstream-Darlehens" durch eine abhängige Aktiengesellschaft an ihre Mehrheitsaktionärin ist kein per se nachteiliges Rechtsgeschäft i.S. von § 311 AktG, wenn die Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Darlehensausreichung vollwertig ist. Unter dieser Voraussetzung liegt auch kein Verstoß gegen § 57 AktG vor, wie dessen Abs. 1 S. 3 n.F. klarstellt. An der gegenteiligen Auffassung im Senatsurteil vom 24.11.2003 (BGHZ 157, 72 = NZG 2004, 233 = NJW 2004, 1111; zu § 30 GmbHG) wird auch für Altfälle nicht festgehalten.

2. Unberührt bleibt die aus § 93 I 1 AktG folgende und nicht durch §§ 311, 318 AktG verdrängte Verpflichtung der Verwaltungsorgane der abhängigen Gesellschaft, laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu prüfen und auf eine sich nach der Darlehensausreichung andeutende Bonitätsverschlechterung mit einer Kreditkündigung oder der Anforderung von Sicherheiten zu reagieren. Die Unterlassung solcher Maßnahmen kann ihrerseits unter § 311 AktG fallen und Schadensersatzansprüche aus §§ 317, 318 AktG (neben solchen aus §§ 93 II, 116 AktG) auslösen. (Amtliche Leitsätze)

AktG §§ 57, 93, 116, 311, 317, 318

BGH, Urt. v. 1.12.2008 – II ZR 102/07 (OLG Jena, LG Erfurt) („MPS")[1]

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Einleitung

Urteile, die eine Wende in der Rechtsprechung in zentralen Fragen bedeuten, sind stets von hoher Relevanz für das Examen und für die Ausbildung in den Schwerpunktbereichen. Um ein solches Urteil handelt es sich bei der „MPS"-Entscheidung des II. *Zivilsenats*. Es geht hierbei um die Reichweite des Verbots einer Einlagenrückgewähr an Aktionäre nach § 57 Abs. 1 AktG und um den Nachteilsausgleich im faktischen Aktienkonzern nach § 311 AktG, ferner um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder der Organe einer abhängigen Aktiengesellschaft auf Schadensersatz haften, wenn die AG ein Darlehen an einen Aktionär ausreicht und sich nach gewisser Zeit herausstellt, dass der Aktionär das Darlehen nicht zurückzahlen kann. Diese Probleme sind sowohl für die Vorbereitung auf das Staatsexamen als auch für die jeweils einschlägigen Schwerpunktbereiche im Kapitalgesellschaftsrecht bedeutsam.

2. Sachverhalt

Im Streitfall hatte die M-AG in den Jahren 1998-2001 ihrer Mehrheitsaktionärin, der mit 51% am Grundkapital beteiligten MPS-GmbH, etliche unbesicherte, jederzeit kündbare Darlehen mit anfangs rapide ansteigenden Darlehenssummen (3,65 Mio in 1998, 7 Mio. in 1999, 35 Mio in 2000, 34 Mio. in 2001) zur Finanzierung von Grundstückskäufen gewährt. Streitig ist, ob die Verzinsung der Darlehen zu marktüblichen Bedingungen erfolgte. Bei Abschluss der Darlehensverträge und Auszahlung der Darlehenssummen an die MPS-GmbH bestanden unstreitig keinerlei Hinweise auf eine fehlende Werthaltigkeit der Darlehensforderungen der M-AG. Dies wurde auch vom Abschlussprüfer im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses für 2000 festgestellt. In seinem Prüfbericht im März 2001 wies er aber ausdrücklich darauf hin, dass für die Darlehen keine Sicherheiten bestehen.

In der Folgezeit geriet die M-AG in finanzielle Schwierigkeiten. Über ihr Vermögen wurde ebenso das Insolvenzverfahren eröffnet wie über das Vermögen der MPS-GmbH. Der Insolvenzverwalter der M-AG erhebt Klage gegen zwei Mitglieder des Aufsichtsrats der M-AG auf Schadensersatz in der Höhe, in welcher die M-AG mit ihren Darlehensforderungen in der Insolvenz der MPS-GmbH ausgefallen ist. Zuvor hatte der Insolvenzverwalter mit den Vorstandsmitgliedern der M-AG ein „Stillhalteabkommen" vereinbart, dass die Vorstandsmitglieder gegen Barzahlung eines bestimmten Geldbetrages für bis dahin bekannte Sachverhalte nicht gerichtlich in Anspruch genommen werden sollten.

II. Kernaussagen des Urteils

1. Keine Nachteilhaftigkeit der Darlehen im Sinne von § 311 Abs. 1 AktG

Unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Schadensersatzhaftung nach § 318 Abs. 2 AktG (i.V.m. §§ 311, 317 AktG) prüft der BGH zunächst, ob die ungesicherten „upstream-Darlehen" einer abhängigen AG an das sie beherrschende Unternehmen per se nachteilig im Sinne von § 311 Abs. 1 AktG sind. Nur dann und nur wenn der Nachteil nicht bis zum einschlägigen Geschäftsjahresende tatsächlich ausgeglichen oder ein Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt worden ist, wäre der Weg für eine auf §§ 317, 318 AktG gestützte Schadensersatzklage gegen Mitglieder der Organe der M-AG überhaupt eröffnet. Den Abschluss der Darlehensverträge und die Auszahlung der Darlehenssummen sieht der BGH jedoch nicht als nachteilig an, weil im damaligen Zeitpunkt der M-AG unstreitig ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch gegen die MPS-GmbH zustand. Der BGH weist im Zusammenhang mit der Frage einer verbotenen Einlagenrückgewähr darauf hin, dass ein bloßer „Aktiventausch" stattgefunden habe (Forderung gegen die MPS-GmbH auf Darlehensrückzahlung an Kasse bzw. an Guthabenforderung gegen kontoführende Bank).[2]

Die Tatsache, dass für die Darlehen der M-AG keine Sicherheiten bestellt waren und die Darlehenskonditionen einem Drittvergleich nicht standhalten, ein ordentlicher und

[1] BGH NJW 2009, 850 = NZG 2009, 107. Das Urteil kann auch unter www.juris.de oder unter www.bundesgerichtshof.de abgerufen werden.

[2] Vgl. BGH NJW 2009, 850 (852 Rn. 12). Zum Aktiventausch siehe § 266 Abs. 2 B II, IV HGB.

gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen AG die Darlehen mithin nicht unter diesen Konditionen ausgereicht hätte (§ 317 Abs. 2 AktG), mache die Darlehen nicht per se nachteilig, sofern keine konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der M-AG vorliege.[3]

Ein Nachteil sei der M-AG zwar möglicherweise dadurch entstanden, dass für die Darlehen keine marktüblichen Zinssätze vereinbart wurden. Doch fehle ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem dadurch verursachten Zinsschaden und dem Schaden aus der Uneinbringlichkeit der Forderungen auf Rückzahlung der Darlehenssummen.[4]

Ferner mache das Fehlen einer „langfristigen Bonitätsperspektive" für die M-AG die Darlehensgeschäfte weder in einer Gesamtbetrachtung noch nachträglich und rückwirkend zu nachteiligen Rechtsgeschäften.[5]

2. Kein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 AktG – Aufgabe der „November-Rechtsprechung"

Der BGH lässt offen, ob auch eine Schadensersatzpflicht gemäß §§ 93 Abs. 3 Nr. 1, 57 Abs. 1 AktG deswegen in Betracht kommt, weil die Hingabe der unbesicherten Darlehen an die MPS-GmbH gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen könnte. Denn jedenfalls seien die §§ 57, 62, 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG nicht anwendbar neben der Sondervorschrift des § 311 AktG, die einem herrschenden Unternehmen einen zeitlich gestreckten Nachteilsausgleich erlaube.[6]

Der BGH fühlt sich durch die Neuregelung in § 57 Abs. 1 S. 3 (2. Alt.) AktG durch das MoMiG bestätigt, wonach auch bei fehlender Abhängigkeit die Leistung einer AG, die durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, keine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt. Der BGH weist ausdrücklich darauf hin, dass diese Neuregelung lediglich klarstellenden Charakter habe und er insoweit an seiner „November-Rechtsprechung" nicht festhalte, in der noch der Verlust liquider Mittel durch die Hingabe eines Darlehens einer GmbH an ihren Gesellschafter als verbotene Auszahlung i.S. von § 30 GmbHG begriffen wurde.[7] Dies gelte auch für Altfälle vor Inkrafttreten von § 57 Abs. 1 S. 3 AktG.

3. Schadensersatzanspruch wegen fehlender Einrichtung von „Frühwarnsystemen" und unterlassener Kreditkündigung

Wenngleich der BGH eine automatische Nachteilhaftigkeit von unbesicherten Darlehen und eine verbotene Einlagenrückgewähr verneint, gibt er den Organen einer abhängigen AG keinen Freifahrtschein. Nachdem aus einer ex-ante-Perspektive die Darlehen ohne Nachteil ausgereicht worden waren, träfen vielmehr die Organe der M-AG die fortwährende Pflicht, bei den längerfristigen Darlehen Verschlechterungen in der Bonität des Darlehensnehmers und damit Änderungen des Ausfallrisikos zu überprüfen und gegebenenfalls die Darlehen zu kündigen oder ausreichende (weitere) Sicherheiten zu verlangen.[8] Da die Darlehen jederzeit kündbar waren, habe insbesondere die Möglichkeit bestanden, mit einer Kündigung der Darlehen zu reagieren. Speziell die beklagten Aufsichtsratsmitglieder hätten es möglicherweise versäumt, im Rahmen ihrer Überwachungspflicht ein geeignetes Informations- oder „Frühwarnsystem" einzuführen, damit der Vorstand von Bonitätsverschlechterungen unverzüglich Kenntnis erhält und die erforderlichen Vorkehrungen treffen kann. Anlass zu entsprechenden Maßnahmen hätten die Aufsichtsratsmitglieder spätestens in dem Zeitpunkt gehabt, als sie durch den Prüfbericht vom März 2001 erfuhren, dass für die Darlehen keine Sicherheiten bestehen.

Seien die Aufsichtsratsmitglieder ihren Pflichten in diesem Zusammenhang nicht nachgekommen, würden sie nach §§ 93 Abs. 2, 116 S. 1 AktG der M-AG auf Schadensersatz haften, wobei sie die Darlegungs- und Beweislast für die Existenz eines geeigneten Informations- oder „Frühwarnsystems" treffe. Der Insolvenzverwalter über das Vermögen der M-AG müsse lediglich beweisen, in welchem Umfang der M-AG durch ein eventuell pflichtwidriges Verhalten der Aufsichtsratsmitglieder ein Schaden entstanden ist. Der Schadensersatzanspruch werde durch die §§ 311, 318 AktG nicht verdrängt. Vielmehr könnten daneben Ansprüche aus §§ 317, 318 AktG bestehen, wenn das Unterlassen der geeigneten Maßnahmen auf einer Einflussnahme des herrschenden Unternehmens beruhe.

Ferner stünde einem Schadensersatzanspruch gegen die beklagten Aufsichtsratsmitglieder das „Stillhalteabkommen" des Insolvenzverwalters mit den Vorstandsmitgliedern der M-AG nicht entgegen.[9] Die Auslegung dieser Vereinbarung ergebe, dass es sich nicht um einen Erlassvertrag, sondern um ein lediglich *inter partes* wirkendes *pactum de non petendo*[10] handle. Dass die beklagten Aufsichtsratsmitglieder die Vorstandsmitglieder gemäß § 426 BGB möglicherweise in Regress nehmen könnten, schließe diese Auslegung nicht aus.

Weil eine Entscheidungsreife hinsichtlich der vielfältigen Fragen des Bestehens und des Umfangs eines etwaigen Schadensersatzanspruches der M-AG gegen ihre Aufsichtsratsmitglieder noch nicht gegeben war, verwies der BGH den Streitfall an die Vorinstanz zurück.

III. Würdigung

1. Grundlegendes

Das vorliegende „MPS"-Urteil des II. Senats wird Geschichte machen als eine Entscheidung, die für die Reichweite des Aktionärs- und Gläubigerschutzes im faktischen Aktienkonzern neue Rechtsklarheit bringt, sie aber sogleich gegen die Rechtsunsicherheit eintauscht, welche Anforderungen an die fortwährenden Überwachungspflichten zu gelten haben. Die Schutzfrage bei hinauffließenden („upstream"-)Darlehen

[3] Vgl. BGH NJW 2009, 850 (851 Rn. 8 ff.).
[4] Vgl. BGH, NJW 2009, 850 (852 Rn. 17).
[5] Vgl. BGH NJW 2009, 850 (852 f. Rn. 18).
[6] Vgl. BGH NJW 2009, 850 (851 Rn. 11). Dies entspricht der in Rechtsprechung und Literatur überwiegenden Ansicht, vgl. z. B. *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2004, 689 (692, 693).
[7] Vgl. BGH NJW 2004, 1111 f. = BGHZ 157, 72.
[8] Vgl. (auch zum Folgenden) BGH NJW 2009, 850 (852, 853 Rn. 14, 19 ff.).
[9] Vgl. BGH NJW 2009, 850 (853 Rn. 23).
[10] Eine Vereinbarung darüber, dass bestimmte oder bestimmbare Ansprüche nicht geltend gemacht werden („Stillhaltevereinbarung").

einer abhängigen Kapitalgesellschaft an das sie beherrschende Unternehmen entscheidet der BGH danach, ob die Hingabe von Liquidität durch einen vollwertigen Rückzahlungsanspruch gedeckt ist und sucht die Lösung für den Fall, dass im Laufe der Zeit die Vollwertigkeit nicht mehr gewährleistet sein sollte, in möglichen Schadensersatzansprüchen gegen Organmitglieder der abhängigen Gesellschaft, sofern die Überprüfung von Ausfallrisiken nicht oder unzulänglich organisiert und die Darlehen in einem kritischen Zeitpunkt „stehen gelassen" haben. Ob das herrschende Unternehmen auf Schadensersatz haftet, musste der BGH nicht entscheiden, weil die MPS-GmbH im vorliegenden Fall ebenfalls insolvent war und sich deshalb die Klage nicht gegen sie richtete. Die Frage einer etwaigen (möglicherweise „qualifizierten") Nachteilszufügung durch den Entzug von Liquidität spielte aber nur vordergründig keine Rolle.

2. Zur Nachteilhaftigkeit der Darlehen i.S. von § 311 AktG und zum etwaigen Schadensersatzanspruch aus § 318 AktG

Den Anspruch aus § 318 Abs. 2 AktG als Sondervorschrift für den faktischen Aktienkonzern lehnt der BGH allein wegen der fehlenden Nachteilhaftigkeit der von der M-AG geschlossenen Kreditgeschäfte mit ihrer Mehrheitsaktionärin ab. Dies erklärt, weshalb der BGH zu den weiteren Voraussetzungen des Anspruchs nicht mehr kommt.

Der Prüfung, ob auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen AG die Darlehensgeschäfte so geschlossen hätte, - also ob die Darlehen dem Drittvergleich i.S. von § 317 Abs. 2 AktG standhalten - misst der BGH im Anschluss an sein UMTS-Lizenzen-Urteil zwar Bedeutung dafür zu, ob ein *etwaiger* Nachteil der abhängigen AG auf ihrer Abhängigkeit beruhte (Kausalität der Abhängigkeit).[11] Ob ein Nachteil tatsächlich vorliegt, soll sich hingegen „allein nicht"[12] nach dem Drittvergleich entscheiden, sondern es müsse eine konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der AG vorliegen. Sonst hätte schon das Fehlen jeglicher Sicherheiten im Zeitpunkt der Darlehensvergabe zur Bejahung eines Nachteils führen müssen. Dies verneint jedoch der BGH mit dem treffenden Argument, dass sogar der gestreckte Nachteilsausgleich nach § 311 Abs. 2 AktG nicht die Einräumung eines gesicherten Rechtsanspruchs verlangt und die abhängige AG bis zum Nachteilsausgleich das Risiko einer Insolvenz des sie beherrschenden Unternehmens trägt.[13] Aus dem System des gestreckten Nachteilsausgleich in § 311 Abs. 2 AktG kann damit autonom abgeleitet werden, dass ein vollwertiger Rückgewähranspruch im Zeitpunkt der Darlehensvergabe eine Nachteilhaftigkeit ausschließt. Es kommt allein auf die nähere Konkretisierung des Begriffs der „Vollwertigkeit" an.[14] Entgegen der Auffassung des BGH[15] bedarf es aber keines Vergleichs mit §§ 57, 62 AktG und eines Argumentierens mit der angeblichen, in seiner Reichweite problematischen[16] „privilegierenden" Wirkung der §§ 311, 317 f. AktG gegenüber § 57 AktG.

Die nicht marktübliche Verzinsung der Darlehen stellt dagegen nach dem Drittvergleich mit einem Darlehensgeschäft, wie es ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen AG geschlossen hätte, einen Nachteil dar. Vor dem Hintergrund, dass kein Vermögensabfluss stattfindet und es nur auf die Höhe des (Zins-)Zuflusses ankommt, genügt hier der Drittvergleich. Da der Zinsnachteil nicht ausgeglichen wurde, hätte ein Anspruch auf Ersatz des Schadens in Höhe des Zinsnachteils durchaus geprüft werden müssen. Nur insoweit, als ein Ursachenzusammenhang[17] zwischen dem Zinsnachteil und dem Schaden in Höhe des Darlehensausfalls nicht besteht, entfällt der Schadensersatz.

3. Nachteil oder „qualifizierte" Nachteilszufügung oder „existenzvernichtender" Eingriff durch Liquiditätsentzug?

Zu Unrecht lässt der BGH die Frage unbehandelt, ob nicht bereits die Hingabe zahlreicher Darlehen mit immer höheren Beträgen von einer nicht als Bank agierenden AG einen Nachteil i.S. von § 311 AktG darstellt.[18] Dies hätte bejaht werden müssen, wenn die M-AG durch den Liquiditätsentzug in ihrem wirtschaftlichen Aktionsradius als Baustoffhändlerin wesentlich eingeschränkt worden wäre. Dass der Nachteil nicht quantifiziert werden kann, schadet im Rahmen von § 311 AktG nicht.[19] Könnte man einen daraus kausal resultierenden Schaden beziffern, wären §§ 317, 318 AktG direkt anwendbar mit der Folge, dass neben den Organmitgliedern der M-AG gemäß § 317 Abs. 3 AktG auch die gesetzlichen Vertreter der MPS-GmbH, welche die M-AG zu den Darlehen veranlasst hatten, als Gesamtschuldner haften würden.

Der Sachverhalt deutet darauf hin, dass aufgrund der häufigen und immer höheren Kreditvergaben der M-AG an ihre Mehrheitsaktionärin möglicherweise unübersichtlich viele, nicht mehr voneinander zu trennende Einflusshandlungen seitens der MPS-GmbH vorlagen. Dies könnte dazu führen, dass bereits die Rechtsfolgen einer „qualifizierten" Nachteilszufügung im faktischen Aktienkonzern und – weil die Geschehnisse in die Insolvenz der M-AG mündeten – sogar eine Haftung aus § 826 BGB wegen „existenzvernichtenden

[11] Vgl. BGH NJW 2008, 1583 (Leitsatz 2 a. E. und Rn. 9) = BGHZ 175, 365) („UMTS-Lizenzen").

[12] BGH NJW 2009, 850 (851 Rn. 10).

[13] Vgl. BGH NJW 2009, 850 (851 Rn. 11); siehe zu diesem Argument z. B. *Habersack/Schürnbrand*, NZG 2004, 689 (693); *Mülbert/Leuschner*, NZG 2009, 281 (285); ablehnend *Kropff*, NJW 2009, 814 (816, unter IV 3).

[14] *Kropff* (NJW 2009, 814, 816) weist zu Recht darauf hin, dass eine Besicherung im Einzelfall für die Vollwertigkeit notwendig sein kann. Um einem bestimmten Liquiditätsrisiko zu begegnen, können auch Risikoabschläge erforderlich sein.

[15] Vgl. BGH NJW 2009, 850 (852 Rn. 12).

[16] Vgl. näher z. B. *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 57 Rn. 148.

[17] Die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang muss nicht unbedingt bemüht werden.

[18] In diese Richtung auch *Mülbert/Leuschner*, NZG 2009, 281 (285, unter dd); *Kropff*, NJW 2009, 814 (815, unter III: „Klumpenrisiko").

[19] HM, vgl. z. B. *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl. 2008, § 311 Rn. 43.

Eingriffs“ einschlägig waren.[20] Dann hätte die MPS-GmbH der M-AG auf Verlustübernahme analog § 302 AktG oder auf Ersatz eines (allerdings schwer zu beziffernden) Schadens gehaftet. Freilich hatte dies der Insolvenzverwalter der M-AG nicht geltend gemacht, weil auch die MPS-GmbH inzwischen insolvent geworden war.

4. Zur Frage der verbotenen Einlagenrückgewähr

Die §§ 57, 62 AktG und damit auch der Anspruch gegen die beklagten Aufsichtsratsmitglieder aus §§ 116 S. 1, 93 Abs. 2, 3 Nr. 1 AktG werden nur zeitlich befristet von den §§ 311, 317 f. AktG verdrängt, nämlich bis zum Ablauf des Zeitraums, in dem ein Nachteilsausgleich nach § 311 Abs. 2 AktG möglich ist.[21] Geht es aber um die logisch vorrangige Frage, ob überhaupt ein Nachteil vorliegt, würde eine unterschiedliche Definition des Nachteils einerseits und der gegen § 57 AktG verstoßenden Einlagenrückgewähr andererseits dazu führen, dass bei Ablehnung des Anwendungsbereichs der §§ 311, 317 f. AktG die §§ 57, 62 AktG doch anzuwenden wären. Der BGH musste daher unter systematischen Gesichtspunkten auf den Prüfstand stellen, ob die Auszahlung unbesicherter Darlehen eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellt. Entsprechendes hatte er für § 30 GmbHG in seiner „November-Rechtsprechung“ noch bejaht.[22]

Indem der BGH diese Rechtsprechung aufgibt, senkt er den Schutz für Minderheitsaktionäre und Gesellschaftsgläubiger auf das Niveau, welches seit Inkrafttreten des MoMiG und der Neuregelung in § 57 Abs. 1 S. 3 (2. Alt.) AktG allgemein außerhalb eines Konzerns gilt. Hierfür hat der BGH nicht nur die neue gesetzliche Situation, sondern auch die Argumente für eine Angleichung der Schutzniveaus in und außerhalb von Konzernen auf seiner Seite. Möglicherweise soll die „Klarstellung“ des BGH sogar einem Sog in den Konzern vorbeugen.

Dem Drittvergleich kommt im Rahmen von § 57 AktG weiterhin Bedeutung zu, und zwar hier für die Frage, ob die Darlehen angemessen verzinst waren, nicht dagegen für die Frage, ob der bloße Liquiditätsentzug eine verbotene Rückgewähr darstellt.[23]

5. Zum Schadensersatz wegen mangelnder fortlaufender Überprüfung und wegen „Stehenlassens“ der Darlehen

Wenn nicht über §§ 57, 62, 311, 317 f. AktG muss der Schutz der abhängigen AG sowie ihrer Minderheitsaktionäre und ihrer Gläubiger auf andere Weise sichergestellt werden. Ob der vom BGH beschrittene Weg über einen Schadensersatz wegen mangelnder Organisation eines Frühwarnsystems und wegen „Stehenlassens“ der ausgereichten Darlehen einen effizienten Schutz bietet, erscheint in mehrfacher Hinsicht fragwürdig. Auf dieser Frage liegt der zweite große Schwerpunkt des Urteils, den der BGH nicht abschließend entscheidet.

Problematisch sind zunächst Grundlage und Inhalt des geforderten Frühwarnsystems. § 91 Abs. 2 AktG verpflichtet den Vorstand zur Einrichtung von Überwachungssystemen, um die Gefahren für den Bestand der Gesellschaft möglichst früh erkennen und ihnen begegnen zu können. Der BGH stellt jedoch nicht auf diese Vorschrift ab und will ein System zur Früherkennung drohender Ausfälle von Krediten an die Muttergesellschaft offenbar unabhängig davon verlangen, ob die Ausfälle für die Tochtergesellschaft bestandsgefährdend sind. Dafür spricht, dass der BGH die Pflicht der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG zuordnet und zudem (auch) den Aufsichtsratsmitgliedern der Tochtergesellschaft auferlegt. Offen bleibt insbesondere, welche inhaltlichen Anforderungen an das Frühwarnsystem zu stellen sind, ob externe Sachverständige hinzugezogen werden können oder sogar müssen und ob es neben den Ausfallrisiken der Mehrheitsaktionärin zum Beispiel die Ausfallrisiken aller Schuldner der abhängigen AG und die Risiken eines nachteiligen Liquiditätsentzugs einbeziehen muss. Schwierigkeiten könnten im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft auftreten, das System „ehrlich“ und ernsthaft umzusetzen, insbesondere bei personellen Verflechtungen.

Besteht ein Frühwarnsystem, stellen sich die weiteren Fragen, ab welchem Grad einer Warnung zu welchem Zeitpunkt in welchem Umfang welche Maßnahmen von wem getroffen werden müssen. Für den Erfolg eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 92 Abs. 2, 116 S. 1 AktG oder aus §§ 317, 318 AktG ist ferner entscheidend, ob der Schaden eines Kreditausfalls kausal auf der Verletzung der Pflicht beruhte. Für diesen Ursachenzusammenhang genügt nicht der Beweis der bloßen Möglichkeit, dass die abhängige AG das Darlehen hätte kündigen oder Sicherheiten fordern können. Vielmehr muss bewiesen werden, dass die abhängige AG die Darlehenssumme tatsächlich zurückerhalten oder ihr das herrschende Unternehmen (zusätzliche) Sicherheiten eingeräumt hätte. Das kann Schwierigkeiten bereiten, wenn das herrschende Unternehmen kurz vor der Insolvenz steht. Dies muss wiederum Rückwirkungen auf den Anforderungskatalog für das Frühwarnsystem haben, insbesondere darauf, wie früh eine Warnung zu erfolgen hat. Schon vor jeder drohenden Störung in der Liquiditätsbalance des herrschenden Unternehmens muss gewarnt werden. Spinnt man den Faden weiter, muss streng genommen schon bei jeder Darlehensvergabe geprüft werden, ob das herrschende Unternehmen die Darlehenssumme jederzeit zurückzahlen oder ausreichend Sicherheiten stellen kann. Verletzen die Organmitglieder der abhängigen AG diese Pflicht, wären sie nicht wegen „Stehenlassens“, sondern bereits wegen der Ausreichung des Darlehens ersatzpflichtig.

Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Konstanz

[20] Zu den Rechtsfolgen bei „qualifizierter“ Nachteilszufügung vgl. z. B. näher *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 9. Aufl. 2008, § 28 Rn. 21, ferner zur Übertragbarkeit der im GmbH-Recht geltenden Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung auf den faktischen Aktienkonzern *Emmerich/Habersack*, aaO. § 28 Rn. 10.

[21] Vgl. z. B. *Bayer* (Fn. 16), § 57 Rn. 147.

[22] Vgl. BGH NJW 2004, 1111 f. = BGHZ 157, 72.

[23] Vgl. näher *Mülbert/Leuschner*, NZG 2009, 281 (282 f.).

Entscheidungsanmerkung

Die einverständliche Gefährdung bei Fahrlässigkeitsdelikten

1. Die Abgrenzung zwischen Selbst- und einverständlicher Fremdgefährdung richtet sich bei Fahrlässigkeitsdelikten nach der Herrschaft über den Geschehensablauf.
2. Zur rechtfertigenden Wirkung einer Einwilligung bei gefährlichem Handeln im Straßenverkehr.
(Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 222, 228, 229

BGH, Urt. v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08

I. Einleitung

Das vorliegende Urteil, dem der Unfalltod eines an einem Autorennen beteiligten Beifahrers zugrundeliegt, liefert ein anschauliches Beispiel für eine Konstellation der eigenverantwortlichen Lebensgefährdung. In diesem Fall sind zahlreiche strafrechtlich relevante Probleme zu lösen. Die Straßenverkehrsdelikte, die bei einem gefährlichen Handeln im Straßenverkehr in einer Klausur nicht vergessen werden dürfen, sollen hier allerdings nicht in die Erörterungen mit einbezogen werden.[1] Die folgende Darstellung nimmt ausschließlich die fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB in den Blick.

1. Probleme auf der Tatbestandsebene

a) Abgrenzung der Selbstgefährdung von der Fremdgefährdung

Liegt ein Fall der einverständlichen Lebensgefährdung vor, so ist im Rahmen der Prüfung der fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB auf der Tatbestandsebene zunächst die eigenverantwortliche Selbstgefährdung von der Fremdgefährdung abzugrenzen. Einigkeit herrscht darüber, dass die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers den Zurechnungszusammenhang unterbricht und damit die Tatbestandsmäßigkeit ausschließt. In diesem Fall realisiert sich nicht eine vom Täter gesetzte Gefahr, sondern vielmehr das vom Opfer bewusst eingegangene Risiko.[2]

Entscheidendes Kriterium zur Abgrenzung der straflosen Selbstgefährdung von der strafbaren einverständlichen Fremdgefährdung ist nach ständiger Rechtsprechung und überwiegender Ansicht das für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme maßgebliche Tatherrschaftskriterium.[3] Danach ist ausschlaggebend, wer das zum Tode führende Geschehen tatsächlich beherrscht. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ein Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsdelikt handelt. Kommt man zu dem Ergebnis, dass eine Selbstgefährdung vorliegt, so stellt sich die Frage, ob diese eigenverantwortlich vorgenommen wurde.

Den Maßstab für die Eigenverantwortlichkeit bilden nach einer Auffassung die §§ 19, 20, 35 StGB und § 3 JGG.[4] Nach der Gegenansicht ist – wie bei der Einwilligung des Rechtsgutsinhabers in eine Rechtsgutsverletzung – maßgeblich, ob der sich selbst Gefährdende seinen Entschluss frei von Willensmängeln und in Kenntnis der Reichweite seiner Entscheidung gefasst hat.[5]

b) Fremdgefährdung und tatbestandliche Zurechnung

Stellt man hingegen fest, dass keine Selbstgefährdung, sondern vielmehr eine Fremdgefährdung vorliegt, so ist die Frage zu erörtern, ob auch die einverständliche Fremdgefährdung den Zurechnungszusammenhang unterbricht und damit den Tatbestand entfallen lässt. Während die überwiegende Ansicht im Schrifttum[6] und die ständige Rechtsprechung[7] die mit der einverständlichen Fremdgefährdung verbundenen Probleme auf der Rechtswidrigkeitsebene unter Rückgriff auf die Einwilligungsregeln lösen wollen und folglich zunächst den Zurechnungszusammenhang bejahen, plädieren einige Vertreter in der Literatur[8] dafür, die Fälle der einverständlichen Fremdgefährdung denen der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung gleichzusetzen und bereits den Zurechnungszusammenhang entfallen zu lassen.

2. Probleme auf der Rechtswidrigkeitsebene

a) Sperrwirkung des § 216 StGB

Folgt man – vor allem aus klausurtaktischen Erwägungen – der überwiegenden Ansicht, so wird man auf der Rechtswidrigkeitsebene im Rahmen der Einwilligung mit weiteren Problemen konfrontiert.

Es stellt sich die Frage, ob § 216 StGB einer Einwilligung in die Lebensgefährdung die rechtfertigende Wirkung entziehen kann. Hiergegen wendet die überwiegende Ansicht ein, dass § 216 StGB ausschließlich vorsätzliche Tötungen erfasst. Geht man davon aus, dass der Grund der Strafbarkeit i.S.d. § 216 StGB darin besteht, dass die unverbrüchliche Geltung des Tötungstabus aufrecht erhalten werden soll, so ist zu konstatieren, dass das Tötungstabu durch eine lediglich sorgfaltswidrige Handlung nicht in gleicher Weise erschüttert werden kann wie durch eine vorsätzliche Tötung.

b) Gegenstand der Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten

Weiterhin ist fraglich, worauf sich die Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten beziehen muss. Dahinter verbirgt sich folgende Problematik: Bei den Vorsatzdelikten ist weitgehend anerkannt, dass sich die Einwilligung sowohl auf die

[1] Vgl. dazu *Timpe*, ZJS 2009, 170 (175 ff.).
[2] *Rönnau,* in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 167; *Kühl,* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 86.
[3] BGHSt 49, 34 (39); *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, Rn. 190; krit. dazu *Herzberg*, NStZ 2004, 1.
[4] *Roxin*, NStZ 1984, 470 (471).
[5] *Kühl* (Fn. 2), § 4 Rn. 88.
[6] *Wessels/Beulke* (Fn. 3), Rn. 191; *Kühl* (Fn. 2), § 17 Rn. 82.
[7] BGH NJW 2004, 1054 (1055).
[8] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 123; *Rönnau* (Fn. 2), Vor § 32 Rn. 169.

Vornahme der Eingriffshandlung als auch auf den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges beziehen muss. Liegt eine lebensbedrohende Fremdgefährdung vor, so ist regelmäßig davon auszugehen, dass der Einwilligende zwar in die Vornahme der gefährlichen *Handlung*, nicht aber in den tatbestandsmäßigen Todes*erfolg* eingewilligt hat. Forderte man nun, dass der Einwilligende auch beim Fahrlässigkeitsdelikt neben der Handlung in den Erfolgseintritt eingewilligt haben muss, so würden die Voraussetzungen der Einwilligung praktisch nie vorliegen, weil der Einwilligende stets auf das „gute Ende" vertraut und eine Gefahrenrealisierung gerade nicht gewollt hat. Nach ganz überwiegender Ansicht muss sich die Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten daher nicht auf die Verletzung selbst beziehen. Es reicht vielmehr aus, wenn der Verletzte in Kenntnis der besonderen Gefahr in die Vornahme der sorgfaltswidrigen Handlung und damit in die Gefährdung einwilligt.[9]

c) Sittenwidrigkeit der Tat i.S.d. § 228 StGB

Folgt man auch hier aus klausurtaktischen Erwägungen der überwiegenden Ansicht, so stellen sich abschließend zwei Probleme im Zusammenhang mit § 228 StGB.[10] Zunächst ist zu diskutieren, ob die Grenzen des § 228 StGB auch bei einer Einwilligung in die fahrlässige Tötung zu beachten sind.[11] Geht man davon aus, dass in jeder Tötung gleichsam als notwendiges Zwischenstadium eine Körperverletzung enthalten ist, so müsste § 228 StGB jedenfalls dann auf § 222 StGB Anwendung finden, wenn die Vorschrift auch bei der fahrlässigen Körperverletzung i.S.d. § 229 StGB zu berücksichtigen ist. Wenn der Grund für den „Sittenverstoß" darin liegt, dass der Täter das Opfer ohne hinreichenden Grund der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung aussetzt, so kann es keinen Unterschied machen, ob der Täter diese Gefahr vorsätzlich oder fahrlässig herbeiführt. Aus diesem Grund ist nach h.M. § 228 StGB auf § 229 StGB und damit auch auf § 222 StGB anwendbar.

Damit ist schließlich die Frage aufzuwerfen, welcher Maßstab der Bestimmung der Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 228 StGB zugrunde zu legen ist. Während für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit früher allein oder vorrangig der mit der Tat verfolgte Zweck sowie die der Tat zugrundeliegenden Motive der Beteiligten von Bedeutung waren, geht die Rechtsprechung nunmehr davon aus, dass bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit der Tat nicht allein daran anzuknüpfen ist, ob mit der Tat verwerfliche Zwecke verfolgt werden. Vielmehr sei immer in Betracht zu ziehen, ob die Tat wegen des besonderen Gewichts des jeweiligen tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs, namentlich des Umfangs der vom Opfer hingenommenen körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung und des Grads der damit verbundenen weiteren Leibes- oder Lebensgefahr, als unvereinbar mit den guten Sitten erscheint.[12]

II. Die Entscheidung

1. Sachverhalt (vereinfacht)

A, B, C und D gehören einer Szene an, die auf Autobahnen und Landstraßen mit „frisierten" Autos Autorennen und Beschleunigungstests durchführt.

A ist Eigentümer eines VW Golf II, den er für Rennzwecke umgebaut hat, so dass das Fahrzeug eine Höchstgeschwindigkeit von etwa 240 km/h erreichen kann. B darf regelmäßig den seinem Vater gehörenden Porsche Carrera 4S nutzen, der eine Höchstgeschwindigkeit von etwa 300 km/h erreichen kann.

A, B, C und D verabreden zunächst auf einer vierspurig ausgebauten Bundesstraße „Beschleunigungstests" durchzuführen und sodann ein Autorennen zu veranstalten, wobei C Beifahrer im Fahrzeug des A und D Beifahrer im Fahrzeug des B sein soll. Die mit der Durchführung der Autorennen verbundenen Eigen- und Fremdgefahren sind allen Beteiligten bewusst.

Zur Durchführung der Beschleunigungstests fahren die Fahrzeuge zunächst nebeneinander, sodann zählen die Beifahrer C und D durch Handzeichen von drei auf null herunter und die Fahrer A und B beschleunigen die Pkw.

Zur Durchführung des anschließenden Rennens verringern die Fahrer A und B zunächst die Geschwindigkeit von etwa 120 km/h auf ca. 80 km/h. C gibt durch Handzeichen das Startsignal. Anschließend beschleunigen die Pkw auf 200 km/h, wobei auf der vierspurigen Straße (zwei Spuren pro Richtung) eine Geschwindigkeitsbegrenzung von 120 km/h gilt. A fährt auf der linken Fahrspur, B auf der rechten. A und B setzen das Rennen fort, auch als vor ihnen auf dem rechten Fahrstreifen der von X gesteuerte knapp 120 km/h schnelle Pkw Opel Astra sichtbar wird. Als X die von hinten auf ihn zuschießenden Fahrzeuge bemerkt, steuert er sein Fahrzeug innerhalb des Fahrstreifens nach rechts (ein Standstreifen ist im dortigen Bereich nicht vorhanden), während A den VW Golf auf dem linken Fahrstreifen zur Mittelleitplanke hin lenkt. Zugleich steuert B den Porsche über die mittlere Fahrbahnmarkierung hinaus auf den linken Fahrstreifen, um das Fahrzeug des X überholen zu können. Während des Überholvorgangs befinden sich die drei Fahrzeuge zeitgleich nebeneinander, wobei der Abstand zwischen dem VW und dem Porsche etwa 30 cm beträgt.

Im Verlauf des Überholvorgangs gerät das von A gesteuerte Fahrzeug mit den linken Reifen auf den Grünstreifen an der Mittelleitplanke. Bei dem Versuch, wieder auf die Fahrbahn zu gelangen, macht A eine zu starke Lenkbewegung, mit der Folge, dass der Golf ins Schleudern gerät und von der

[9] *Lenckner,* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 102 m. zahlreichen w.N.

[10] Letztlich stellt sich noch ein drittes Problem. Denn die Regelung ist schon an sich nicht unbedenklich, da sie die Grenzen der Strafbarkeit mit Hilfe der Generalklauseln „Sittenwidrigkeit" bestimmt. Daher ist die hinreichende Bestimmtheit der Regelung im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG hochproblematisch. Das soll hier aber nicht weiter vertieft und auch in einer Klausur nicht angesprochen werden.

[11] Krit. *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 228 Rn. 8 m.w.N. auch für die h.M. in Fn. 15.

[12] BGH NJW 2004, 1054 (1056).

Fahrbahn abkommt und sich überschlägt. Dabei werden A und C aus dem Fahrzeug geschleudert. Während der Fahrer A schwer verletzt wird, verstirbt der Beifahrer C an den Folgen seiner Verletzungen.

2. Rechtliche Würdigung

Nach der Feststellung, dass A und B für den Eintritt der Gefährdungslage und damit auch für den tatbestandsmäßigen Erfolg kausal geworden sind, bejaht der *4. Strafsenat* des BGH den Zurechnungszusammenhang. Dabei grenzt das Gericht die eigenverantwortliche Selbstgefährdung von der einverständlichen Fremdgefährdung geradezu schulmäßig ab. Auch in Fällen einer fahrlässiger Selbst- bzw. Fremdgefährdung „bestimmt sich […] die Abgrenzung zwischen der Selbst- und der Fremdgefährdung nach der Herrschaft über den Geschehensablauf, die weitgehend nach den für Vorsatzdelikte zur Tatherrschaft entwickelten objektiven Kriterien festgestellt werden kann […]. Bei der Prüfung, wer die Gefährdungsherrschaft innehat, kommt dem unmittelbar zum Erfolgseintritt führenden Geschehen besondere Bedeutung zu […]. Ausgehend hiervon ist vorliegend ein Fall der Fremd- und nicht der Selbstgefährdung gegeben. Die Herrschaft über das Geschehen unmittelbar vor sowie ab dem Beginn des Überholvorgangs lag allein bei den Fahrzeugführern. Sie haben die Entscheidung getroffen und umgesetzt, nebeneinander das von [X] gesteuerte Fahrzeug zu überholen, obwohl nur zwei Fahrstreifen vorhanden waren. Allein sie haben die Geschwindigkeit der Fahrzeuge und die Lenkbewegungen bestimmt. Ihre Beifahrer waren in diesem Zeitraum dagegen – ohne die Möglichkeit, ihre Gefährdung durch eigene Handlungen abzuwenden – lediglich den Wirkungen des Fahrverhaltens von A und B ausgesetzt. Für das zum Tod von [C] führende Geschehen war dessen Verhalten, insbesondere das Geben der Startzeichen […] von untergeordneter Bedeutung.“[13]

Die Frage, ob auch die einverständliche Fremdgefährdung den Zurechnungszusammenhang unterbricht und damit den Tatbestand entfallen lässt, beantwortet der *Senat* recht knapp. „Auch eine – vom Landgericht angenommene – der Selbstgefährdung gleichzustellende Fremdgefährdung bzw. -schädigung liegt nicht vor […]. Diese kann nicht allein damit begründet werden, dass es weitgehend vom Zufall abhing, wer im konkreten Fall Fahrer und wer Beifahrer war. Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Situation beim Schadenseintritt.“[14]

Schließlich bejaht der BGH die grundsätzliche Möglichkeit der Einwilligung in ein lebensgefährliches Verhalten. Dabei geht er allerdings auf die Frage nach dem Gegenstand der Einwilligung nicht ein.[15] Auch wird die Frage der Sperrwirkung des § 216 StGB nur insoweit erörtert, als das Gericht § 216 StGB als Argumentationshilfe verwendet, um die Eingrenzung der Einwilligung nach § 228 StGB zu rechtfertigen. „Für diese Eingrenzung spreche sowohl der Normzweck des § 228 StGB als auch die aus der Vorschrift des § 216 StGB abzuleitende gesetzgeberische Wertung. Sie begrenzten die rechtfertigende Kraft der Einwilligung in eine Tötung oder Körperverletzung, da das Gesetz ein soziales bzw. Allgemeininteresse am Erhalt dieser Rechtsgüter auch gegen den aktuellen Willen des Betroffenen verfolge.“[16]

„Eine Rechtfertigung der Tat durch die Einwilligung des Opfers [scheidet aber] bei konkreter Todesgefahr aus.“ „Die Einwilligung [verliert] ihre rechtfertigende Wirkung nur dort, wo die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten ist, also bei konkreter Todesgefahr, unabhängig von der tatsächlich eingetretenen Rechtsgutverletzung.“[17] Nach Ansicht des BGH lag eine solche Gefahr vor, weil die Beteiligten das Rennen fortsetzten, obgleich sie dabei ein drittes Fahrzeug überholen mussten. Dieser Vorgang sei „mit nicht mehr kontrollierbaren höchsten Risiken für sämtliche betroffenen Verkehrsteilnehmer verbunden“[18] gewesen. „In eine derart massive Lebensgefahr konnte [C] bezogen auf seine Person nicht mit rechtfertigender Wirkung einwilligen und zwar weder allgemein zu Beginn der Fahrt in dem Sinne, dass er mit einer Durchführung des Rennens ‘um jeden Preis’ einverstanden war, noch in der konkreten Situation bei Beginn des Überholmanövers mit den sich deutlich abzeichnenden Gefahren.“[19]

Im Ergebnis bejaht das Gericht eine fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB der beiden Fahrer A und B.

III. Die Bewertung der Entscheidung

Mit dieser Entscheidung bleibt das Gericht der in der Rechtsprechung vertretenen Linie treu. Es beschreitet den Weg über die Einwilligung, mit der Folge, dass die Möglichkeit eröffnet ist, der Einwilligung nach § 228 StGB die rechtfertigende Wirkung vorzuenthalten. Diese Lösung trägt dabei dem Wunsch Rechnung, den lebensgefährlichen Leichtsinn der Beteiligten nicht ungestraft zu lassen.

Dabei setzt sich das Gericht allerdings nicht vertieft mit den diesem Lösungsansatz immanenten Problemen auseinander.

Bemerkenswert ist, dass der BGH in ständiger Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Selbst- und Fremdgefährdung auf das Tatherrschaftskriterium zurückgreift, dessen Existenz er bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme jedenfalls nicht rückhaltlos anerkennt.[20] Im Übrigen ist anzumerken, dass in der Fahrlässigkeitsdogmatik grundsätzlich nicht zwischen Täterschaft und Teilnahme unterschieden wird, sondern vielmehr ein sog. Einheitstäterbegriff

[13] BGH NStZ 2009, 148 (149), Rn. 23.
[14] BGH NStZ 2009, 148 (149), Rn. 25.
[15] Lediglich der Hinweis auf ältere Rechtsprechung, die die Einwilligung abgelehnt hat, weil das Handlungsunrecht gerade nicht beseitigt worden wäre, streift diese Problematik entfernt, wird aber sogleich mit der Frage der Sperrwirkung des § 216 StGB vermischt.
[16] BGH NStZ 2009, 148 (149), Rn. 28 unter Bezugnahme auf BGHSt 49, 34 (42, 44); BGHSt 49, 166 (173 f.) = JR 2004, 472 mit Anm. *Hirsch*.
[17] BGH NStZ 2009, 148 (150), Rn. 29.
[18] BGH NStZ 2009, 148 (150), Rn. 30.
[19] BGH NStZ 2009, 148 (150), Rn. 30.
[20] Vgl. BGH NStZ 2008, 273 (275).

gilt. Insoweit ist es nicht ganz unproblematisch, das Tatherrschaftskriterium auf die Fahrlässigkeitsdelikte anzuwenden.[21]

Kurz und knapp lehnt der *Senat* die Gleichsetzung der Fremdgefährdung mit der Selbstgefährdung ab, die nicht damit begründet werden könne, dass es weitgehend vom Zufall abhinge, wer Fahrer und wer Beifahrer sei. Entscheidend sei das tatsächliche Geschehen bei Schadenseintritt. Doch warum das so ist, verrät der BGH nicht. Er befasst sich nicht mit der berechtigten Frage, warum jemand, der sich sehenden Auges und ohne Not in eine Gefahr begibt, sich auf den Schutz der Rechtsordnung berufen kann.[22]

Auch verliert der BGH letztlich kein Wort zur Problematik des Einwilligungsgegenstandes. Betrachtet man die Einwilligung als einen Akt der Freiheitsbetätigung durch eine bewusste Rechtsgutspreisgabe, so kann man durchaus Zweifel haben, ob die Zustimmung in ein riskantes Verhalten einem Rechtsgutsverzicht gleichzusetzten ist.[23] Dem kann aber entgegengehalten werden, dass die Frage, ob die Einwilligung wirksam ist oder nicht, im Zeitpunkt der Einwilligung zu entscheiden ist und nicht nach Tatvollendung.[24] Wer den mit der gefährlichen Handlung verbunden Nutzen für sich in Anspruch nehmen will, der muss auch die daraus resultierenden Kosten tragen. Verspekuliert sich der Rechtsgutsträger dergestalt, dass das Rechtsgutsobjekt wieder Erwarten verletzt wird, so kann er sich nicht darauf zurückziehen und sagen, das habe er in der Art und Weise aber nicht gewollt. Darüber hinaus kann man argumentieren, dass die Einwilligung in das gefährliche Verhalten das Handlungsunrecht beseitigt und die Beeinträchtigung von strafrechtlich geschützten Interessen ohne Handlungsunrecht, strafrechtlich bedeutungslos ist.[25]

Der BGH setzt sich auch nicht mit der Frage auseinander, ob § 228 StGB auf § 222 StGB Anwendung finden kann. Dies ist aber mit der oben geschilderten Argumentation – jedenfalls in einer Klausur – zu bejahen. Schließlich ist es zu begrüßen, dass der BGH, wenn er § 228 StGB schon berücksichtigt, für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Tat auf den Grad der mit ihr verbundenen weiteren Leibes- oder Lebensgefahr abstellt. Insoweit ist es nachvollziehbar, dass der *Senat* die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung im konkreten Fall versagt.

IV. Ausblick

Die Einwilligung in der Fremdgefährdung ist immer wieder Gegenstand höchstrichterlicher Urteile und damit auch von Prüfungsaufgaben. Eine gründliche Auseinandersetzung mit der Materie ist daher ratsam.

Trotz der geschilderten dogmatischen Probleme sollten Studierende in einer Klausur im Ergebnis den traditionellen Lösungsweg über die rechtfertigende Einwilligung beschreiten. Denn eine – in der Regel vom Prüfer erwartete – Auseinandersetzung mit den zahlreichen Einwilligungsfragen wäre nicht mehr möglich, wenn man bereits den Zurechnungszusammenhang oder generell die Möglichkeit der Einwilligung in die Lebensgefährdung verneinte. Hier besteht das Risiko, wertvolle Punkte zu verschenken. Die Examensklausur bietet insoweit nicht das richtige Ambiente, um für seine Überzeugung zu sterben! In einer mündlichen Prüfung besteht allerdings durchaus die Möglichkeit, die dargestellten Bedenken aufzugreifen.

Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, Hamburg

[21] *Puppe,* ZIS 2007, 247 (249).
[22] *Puppe,* ZIS 2007, 247 (251); vgl. auch *Roxin* (Fn. 8), § 11 Rn. 121 ff.; *Timpe*, ZJS 2009, 170 (173).
[23] *Rönnau* (Fn. 2), Vor § 32 Rn. 168.
[24] *Otto,* JK 7/05, StGB § 228/2.
[25] *Ostendorf,* JuS 1982, 426 (432) m.w.N.

Entscheidungsanmerkung

Notwendigkeit einer qualifizierten Belehrung bei versäumter Beschuldigtenbelehrung

1. Wird ein Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht als Zeuge vernommen, so ist er wegen des Belehrungsverstoßes (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldigter auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen („qualifizierte" Belehrung).
2. Unterbleibt die „qualifizierte" Belehrung, sind trotz rechtzeitigen Widerspruchs die nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall verwertbar.
3. Neben dem in die Abwägung einzubeziehenden Gewicht des Verfahrensverstoßes und des Sachaufklärungsinteresses ist maßgeblich darauf abzustellen, ob der Betreffende nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung davon ausgegangen ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abrücken zu können [im Anschluss an BGH, Urt. v. 3.7.2007 – 1 StR 3/07 = StV 2007, 450, 452] (amtliche Leitsätze).

StPO § 136 Abs. 1 S. 2

BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08 (LG Arnsberg)

I. Hintergrund und Problemstellung

Nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ist der Beschuldigte bei Beginn seiner ersten Vernehmung darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der gegen ihn erhobenen Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Die Vorschrift verpflichtet unmittelbar nur den Richter zur Belehrung bei Vernehmungen vor und außerhalb der Hauptverhandlung. In der Hauptverhandlung gilt § 243 Abs. 4 S. 1 StPO. Für staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Befragungen folgt aus den Regelungen des § 163a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 StPO die entsprechende Anwendung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Der Hinweis auf das Schweigerecht soll den Beschuldigten in allen Fällen vor dem Irrtum bewahren, er sei rechtlich zur Aussage verpflichtet. Er dient damit der Gewährleistung des verfassungsrechtlich verbürgten Grundsatzes *nemo tenetur se ipsum accusare*, der es verbietet, den Beschuldigten zu einer aktiven Mitwirkung an seiner Überführung zu zwingen. Das aus diesem Grundsatz folgende Schweigerecht wird von § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zwar nicht begründet, aber vorausgesetzt. Es gilt als zentrale Errungenschaft des aufgeklärten Strafprozesses.

In offenkundigem Widerspruch zu dieser Bedeutung der Belehrungspflichten nahm die Rechtsprechung lange Zeit an, dass ihre Missachtung durch die Strafverfolgungsbehörden folgenlos sei, und sah sich deshalb nicht gehindert, die Einlassung eines nicht belehrten Beschuldigten bei der Beweiswürdigung zu verwerten.[1] Die heute unbestrittene Ansicht, nach der ein entsprechender Verfahrensfehler – unter allerdings nach wie vor umstrittenen Voraussetzungen – ein Verwertungsverbot begründet, setzte sich erst allmählich durch. Zunächst nahm die Rechtsprechung dies nur im Fall eines Verstoßes gegen § 243 Abs. 4 S. 1 StPO[2] an. 1992 vollzog der *5. Strafsenat*[3] schließlich die endgültige Abkehr von der früheren Rechtsprechung und erkannte an, dass auch die im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung gemachten Angaben eines Beschuldigten nicht verwertet werden dürfen, falls der Vernehmung nicht der vom Gesetz verlangte Hinweis auf das Schweigerecht vorausgegangen ist. Allerdings bleibt die Einlassung auch nach dieser Entscheidung verwertbar, wenn der Beschuldigte sein Schweigerecht kannte, er der Verwertung zustimmt oder es versäumt, ihr in der Hauptverhandlung bis zu dem in § 257 Abs. 2 StPO genannten Zeitpunkt zu widersprechen. Die zuletzt genannte Ausnahme gilt allerdings nur für verteidigte Angeklagte oder solche, die vom Vorsitzenden über die Möglichkeit des Widerspruchs ausdrücklich unterrichtet wurden.[4]

Während die Versagung eines Verwertungsverbotes bei erwiesener Kenntnis vom Schweigerecht oder ausdrücklich erklärter Zustimmung angesichts der Ratio der Hinweispflicht verständlich erscheint, wird das vom Bundesgerichtshof statuierte Widerspruchserfordernis zutreffend als Rechtsfortbildung *contra legem* und als Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz kritisiert.[5] Das Ausbleiben eines möglicherweise nur versäumten Widerspruchs ist einer ausdrücklich erklärten Zustimmung zudem nicht vergleichbar. Die inzwischen auch auf andere Verwertungsverbote ausgedehnte Widerspruchslösung kann deshalb, entgegen entsprechenden Legitimationsversuchen[6], nicht mit der im hiesigen Zusammenhang unumstrittenen Disponibilität des Beweisverwertungsverbots begründet werden, sondern dürfte vorwiegend auf praktischen Erwägungen beruhen:

Spätestens nach Abschluss der Vernehmung des Angeklagten in der (ersten) Hauptverhandlung soll das Gericht beim verteidigten oder durch den Vorsitzenden belehrten Angeklagten für das weitere Verfahren von der Verwertbar-

[1] BGHSt 22, 170 (173 f.) m.w.N. zur früheren Rechtsprechung, die allerdings eine andere Fassung des § 136 StPO betraf. Danach war der Beschuldigte lediglich zu befragen, ob er auf die Beschuldigung etwas erwidern wolle. Die Pflicht zur Belehrung über das Schweigerecht ist durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19.12.1964 eingeführt worden, das am 1.4.1965 in Kraft trat.
[2] BGHSt 25, 325 (328 ff.); anders auch danach noch BGHSt 31, 395 ff. für den entsprechenden Belehrungsfehler im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung.
[3] BGHSt 38, 214.
[4] BGHSt 38, 214 (226).
[5] *Frister*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, Abschn. G Rn. 98; *Gleß*, in: Erb/Esser/Franke/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 136 Rn. 82-85; beide m.w.N.
[6] Vgl. BGHSt 51, 1 (3 Rn. 8).

keit der Angaben ausgehen dürfen.[7] Dafür wird in Kauf genommen, dass ein Angeklagter, bei dem sich noch während der Verhandlung herausstellt, er habe sich zu selbstbelastenden Angaben verpflichtet gefühlt, auch gegen seinen Willen auf der Grundlage dieser Angaben verurteilt werden muss. Gewiss dürften solche Fälle bei sachgerechter Verteidigung selten sein. Man mag dem *5. Strafsenat* deshalb darin beipflichten, dass die Obliegenheit zum Widerspruch „die Rechte des Angeklagten nicht in unangemessener Weise" beschneide[8]. Gleichwohl belegt sie, dass die Rechtsprechung dem mit der Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO verfolgten Anliegen der Vermeidung unfreiwilliger Selbstbelastungen inzwischen zwar weit mehr als früher, aber immer noch nicht ohne Einschränkung Rechnung zu tragen bereit ist.

Auch das vorliegend zu besprechende Urteil des *4. Strafsenats* hat die Frage zum Gegenstand, welche Folgen an das Versäumnis der Belehrung über das Schweigerecht zu knüpfen sind. Dabei stand nicht die Verwertbarkeit einer Aussage zur Diskussion, die ohne Beachtung des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO erlangt wurde. Vielmehr behandelt die Entscheidung das Problem, wie mit den Angaben aus einer späteren Vernehmung zu verfahren ist, wenn der Hinweispflicht vor der erneuten Vernehmung zwar nach dem Buchstaben des Gesetzes Genüge getan, der Beschuldigte aber nicht auf die Unverwertbarkeit seiner früheren Äußerungen hingewiesen wurde. Während die Rechtslehre in diesen Fällen seit langem von einer Rechtspflicht zur qualifizierten oder erweiterten Belehrung ausgeht[9], hat sich der Bundesgerichtshof bislang nicht ausdrücklich zu einer solchen Lösung bekannt.

Allerdings stand für den Bundesgerichtshof bis zur Entscheidung des *4. Strafsenats* auch immer die Frage nach dem Vorliegen eines Verwertungsverbots im Vordergrund. Dabei ging er (sowohl bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung über das Schweigerecht als auch bei der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden nach § 136a Abs. 1 StPO) davon aus, dass die Angaben aus einer späteren – ordnungsgemäß – durchgeführten Vernehmung in der Regel verwertet werden dürfen.[10] Für den Fall einer (nachgewiesenen) Fortwirkung der Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit im Fall eines vorausgegangenen Verstoßes gegen § 136a StPO wurde und wird die Aussage freilich ausnahmsweise als unverwertbar angesehen.[11] Das Fehlen einer qualifizierten Belehrung soll die Annahme einer fortwirkenden Beeinträchtigung der Aussagefreiheit dabei nicht notwendig indizieren.[12] Der Hinweis auf die Unverwertbarkeit der früheren Aussage heilt den Verfahrensfehler nach Einschätzung der Judikatur aber in jedem Fall.[13]

Die Frage, ob eine Pflicht zur qualifizierten Belehrung bei einem früheren Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO besteht, hat die Rechtsprechung – nach der grundsätzlichen Anerkennung eines Beweisverwertungsverbotes im Jahre 1992 – zunächst offen gelassen.[14] In einem Urteil des *1. Strafsenats* aus dem Jahr 2007[15], das sich primär mit der Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch Vernehmungsgestaltung beschäftigt[16], haben die Richter für die erneute Verhandlung aber darauf hingewiesen, dass ein versäumter Hinweis auf die Unverwertbarkeit früherer Angaben erforderlich sein kann, um den Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zu heilen.[17] Anderenfalls sei nach „Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall" die Unverwertbarkeit der früheren Aussage in Betracht zu ziehen, die dem *1. Strafsenat* im zugrunde liegenden Fall – mangels Anhaltspunkten für eine willkürliche Umgehung der Belehrungspflichten und angesichts der Schwere des Tatvorwurfs – allerdings fernliegend erschien.[18] Eine bei Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO *stets* bestehende Verpflichtung zur qualifizierten Belehrung lässt sich aus der Entscheidung des *1. Strafsenats* (noch) nicht mit hinreichender Deutlichkeit ablesen.[19] Zumindest in diesem Punkt geht das vorliegende Urteil über den bisher gefestigten Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung hinaus.

---

[7] Vgl. dazu BGHSt 50, 272: Der einmal versäumte Widerspruch kann später selbst im Fall der Aufhebung des Urteils nicht mehr nachgeholt werden.

[8] BGHSt 38, 214 (226).

[9] Zuerst *Grünwald*, JZ 1968, 752 (754), der zusätzlich eine Belehrung durch einen Richter verlangt; *Schünemann*, MDR 1969, 101 (102); in neuerer Zeit etwa *Neuhaus*, NStZ 1997, 312 (315).

[10] BGHSt 22, 129 (134).

[11] BGHSt 17, 364; BGHSt 22, 129 (134); BGHSt 27, 355; BGH bei *Pfeiffer*, NStZ 1981, 94; BGH NStZ 1988, 419 f.; BGH NJW 1995, 2047; BGH NStZ 1996, 290 (291); BGH NStZ 2001, 551; vgl. auch LG Dortmund NStZ 1997, 356 (358), wo – entgegen der Einschätzung von *Roxin*, JR 2008, 17 (18, dort Rn. 10) – nur festgestellt wurde, dass die Behauptung der Fortwirkung eines Verstoßes gegen § 136a StPO ohne qualifizierte Belehrung im konkreten Fall nicht widerlegt werden kann. Entsprechendes gilt für die Entscheidung LG Bad Kreuznach StV 1994, 293: „Eine Beseitigung der Fortwirkung wäre […] *u.a.* objektiv durch eine ‚qualifizierte' Belehrung über die Unverwertbarkeit der früheren Angaben möglich gewesen […]" (a.a.O., 295; Hervorhebung durch *Verf.*).

[12] Vgl. BGHSt 37, 48 (53 f.); BGH StV 2003, 324; anders aber LG Frankfurt StV 2003, 325 mit insoweit im Ergebnis zustimmender Anmerkung *Weigend*, StV 2003, 436 (438).

[13] BGH NStZ 1996, 290.

[14] So BGHSt 47, 172 (175) im Hinblick auf die Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation.

[15] BGHSt 51, 367 = BGH StV 2007, 450 = BGH, Urt. v. 3.7.2007 – 1 StR 3/07.

[16] Vgl. dazu *Deiters*, ZJS 2008, 93.

[17] BGH StV 2007, 450 (452) = BGH, Urt. v. 3.7.2007 – 1 StR 3/07, Rn. 51 ff.; insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 51, 367.

[18] BGH a.a.O.

[19] Anders offenbar die Einschätzung bei *Roxin*, JR 2008, 16 (18).

II. Sachverhalt und Kernaussagen

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Das Landgericht verurteilte die Angeklagten S, T und C aufgrund eines von ihnen begangenen Überfalls auf einen Kiosk wegen gemeinschaftlich begangenen versuchten schweren Raubes, den Angeklagten S, der mit einem Steakmesser auf den Kioskbetreiber eingestochen hatte[20], darüber hinaus wegen einer tateinheitlich begangenen gefährlichen Körperverletzung.[21] Den Angeklagten A befand es der Beihilfe zum versuchten schweren Raub für schuldig. Nach den Feststellungen bestand zwischen den Beteiligten S, T und C zwar Einigkeit darüber, dass das Messer zum Zwecke der Drohung gegen den Kioskbetreiber eingesetzt werden sollte[22]; ob A in diesen Plan eingeweiht war, vermochte das Landgericht dagegen nicht zu klären. Ebenso wenig konnte es die Überzeugung davon gewinnen, dass die Beteiligten den (verletzenden) Einsatz des Messers verabredet hatten.[23]

Auf entsprechende Feststellungen zielende Anträge der Staatsanwaltschaft, zwei Kriminalbeamte und einen Richter als Zeugen über den Inhalt der von ihnen im Ermittlungsverfahren geleiteten Vernehmungen der Angeklagten A und C zu vernehmen, lehnte es ab.[24] An der Erhebung dieser Beweise sah sich das Gericht gehindert, weil die Vernommenen – trotz bestehenden Tatverdachts – jeweils nur als Zeugen vernommen worden waren. Soweit ihnen im späteren Verlauf der nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO erforderliche Hinweis erteilt wurde, habe es an der ergänzenden Belehrung über die Unverwertbarkeit ihrer früheren Angaben gefehlt. Das Versäumnis einer dergestalt qualifizierten Belehrung rechtfertigte nach Einschätzung des Tatgerichts die Annahme eines Verwertungsverbots. Unter anderem gegen diese rechtliche Beurteilung wendet sich die Revision der Staatsanwaltschaft, aufgrund derer der *4. Strafsenat* das Urteil des Landgerichts aufgehoben und zur erneuten Verhandlung an eine andere Jugendkammer zurückverwiesen hat. Soweit ein Teil der Angeklagten das Urteil mit der Revision angefochten hatte, wurden diese gem. § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen.[25]

2. Rechtliche Bewertung

Die Zulässigkeit der von der Staatanwaltschaft beantragten Beweiserhebungen hängt davon ab,[26] ob die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet waren, die Beschuldigten A und C bei den in Rede stehenden Vernehmungen nicht nur über ihr Schweigerecht, sondern auch darüber zu informieren, dass ihre früheren Angaben unverwertbar sind, und bejahendenfalls der Verstoß gegen eine solche Belehrungspflicht zur Unverwertbarkeit der erneuten Aussagen führt. Die Annahme eines Verwertungsverbots kommt nur in Betracht, wenn A und C bei den vorausgegangenen Vernehmungen bereits Beschuldigte waren. Dafür bedurfte es nach früherer Rechtsprechung entweder eines entsprechenden Inkulpationsaktes, der bei der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den Betroffenen stets vorliegt, oder aber eines Verhaltens der Strafverfolgungsbehörden, das der Betroffene als Inkulpation verstehen muss. An beiden Voraussetzungen fehlte es im konkreten Fall. In der neueren Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass auch ein ernstlicher Tatverdacht die Beschuldigteneigenschaft begründet, da die Strafverfolgungsbehörden in einer solchen Situation trotz des ihnen zustehenden Beurteilungsspielraumes verfahrensfehlerhaft handeln, wenn sie den Betroffenen nicht als Beschuldigten, sondern als Zeugen vernehmen.[27] Die vorliegende Entscheidung bestätigt diese zutreffende Sichtweise.[28]

Ein ernstlicher Tatverdacht lag nach Einschätzung des *4. Strafsenats* bei der ersten Vernehmung des C[29], nicht hingegen bei der des A vor[30]. Infolgedessen musste A bei seinen früheren Vernehmungen nicht i.S.d. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt werden. Die Frage einer Pflicht zur qualifizierten Belehrung bei vorausgegangenem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO stellte sich damit nur für die späteren Vernehmungen des C. Hier geht der *4. Strafsenat* nun davon aus, dass C auch über die Unverwertbarkeit seiner früheren Angaben hätte belehrt werden müssen.[31] Das Erfordernis einer entsprechend qualifizierten Belehrung wird vom *Senat* aus dem Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* abgeleitet, in dem er unter Berufung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ein „Kernstück des von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten fairen Verfahrens" erblickt. Eine rechtsstaatliche Ordnung müsse deshalb „Vorkehrungen in Form einer ‚qualifizierten' Belehrung treffen, die verhindert, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Beleh-

[20] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 3.
[21] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 1
[22] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 3
[23] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 3, 5.
[24] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 5.
[25] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 1.
[26] Im Rahmen einer gutachterlichen Lösung des Falles müsste zunächst erwogen werden, ob der beantragten Vernehmung der Kriminalbeamten nicht bereits § 254 Abs. 1 StPO entgegenstand. Teilweise wird – m.E. zu Recht – angenommen, die Vorschrift verbiete nicht nur die Verlesung des polizeilichen Vernehmungsprotokolles, sondern auch die Vernehmung der Verhörsbeamten; so *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, S. 133; ihm folgend etwa *Velten*, ZJS 2008, 76 (78). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll § 254 Abs. 1 StPO aber nur die Verlesung des Protokolls der nichtrichterlichen Vernehmung verbieten; vgl. etwa BGHSt 22, 170 (171). Diese Rechtsprechung setzt der *4. Strafsenat* in seiner Entscheidung voraus.
[27] Zuletzt BGHSt 51, 367 (371, Rn. 19) = StV 2007, 450 (451); insoweit ablehnend *Mikolajczyk*, ZIS 2007, 565 (567), der annimmt, diese Voraussetzung sei systemwidrig.
[28] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 9.
[29] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 10.
[30] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 16.
[31] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 12.

rungspflicht zustande gekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können"[32].

Die im Gesetz nicht erwähnte Pflicht zur qualifizierten Belehrung beruht bei dieser Sichtweise auf denselben Erwägungen wie die in § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ausdrücklich vorgeschriebene Pflicht zur Belehrung über das Schweigerecht. Das legt es auf den ersten Blick nahe, aus einem etwaigen Belehrungsversäumnis dieselben Folgen abzuleiten. Der *4. Strafsenat* sieht dies anders. Der Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung habe, wie schon der *1. Strafsenat* im Jahr 2007[33] meinte, „nicht dasselbe Gewicht"[34] wie ein Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Diese – trotz Kritik der Literatur[35] – mit keinem Wort begründete Annahme rechtfertigt es nach Ansicht des Gerichts, die Annahme eines Verwertungsverbots von einer „Abwägung im Einzelfall" abhängig zu machen[36].

Im Rahmen dieser Abwägung seien das Gewicht des Verfahrensfehlers, das Interesse an der Sachverhaltsaufklärung und die Frage von Bedeutung, „ob sich aus den Umständen des Falles ergibt, dass der Vernommene davon ausgegangen ist, von seinen vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben als Zeuge bei seiner weiteren Vernehmung als Beschuldigter nicht mehr abrücken zu können"[37]. Bei der Beurteilung des Gewichts des Verfahrensfehlers will der *Senat* insbesondere berücksichtigen, ob die Vernehmung als Zeuge unter bewusster Umgehung der Belehrungspflichten erfolgt ist. Eine Fortwirkung des ursprünglichen Belehrungsmangels soll indiziert sein, „wenn sich die Beschuldigtenvernehmung inhaltlich als bloße Wiederholung oder Fortsetzung"[38] der früheren Angaben darstellt; eine derartige Fallgestaltung liege aber fern, wenn der Beschuldigte, wie in der zugrunde liegenden Fallgestaltung, in der Vernehmung erstmals „sich selbst massiv belastende Angaben mache"[39]. Im konkreten Fall war nach Einschätzung des *4. Strafsenats* infolgedessen und mangels Anhaltspunkten für eine bewusste Umgehung der Belehrungspflichten kein Verwertungsverbot anzunehmen; die Jugendkammer hätte deshalb den Anträgen der Staatsanwaltschaft stattgeben müssen.[40]

III. Würdigung

Mit Recht geht der Bundesgerichtshof von einer ausnahmslos bestehenden Pflicht zur qualifizierten Belehrung aus, wenn der Beschuldigte in einer früheren Vernehmung, entgegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO, nicht über sein Schweigerecht belehrt wurde. Nur durch den ergänzenden Hinweis auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben kann sichergestellt werden, dass sich der Beschuldigte nicht an seine frühere Aussage gebunden fühlt. Allerdings stellt sich die Frage, wie diese qualifizierte Belehrungspflicht mit der von der Rechtsprechung ebenfalls für richtig erachteten Widerspruchslösung in Einklang zu bringen ist. Eine unter Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO erlangte Aussage darf danach nur dann nicht berücksichtigt werden, wenn der verteidigte oder gesondert über das Widerspruchsrecht belehrte Angeklagte der Verwertung rechtzeitig widerspricht.[41] Die im Ermittlungsverfahren erteilte Auskunft, die Angaben seien nicht verwertbar, könnte sich auf dieser Grundlage als irreführend erweisen. Andererseits ist es schwer vorstellbar, den Beschuldigten bei der qualifizierten Belehrung über die Feinheiten der Widerspruchslösung in Kenntnis zu setzen, will man nicht zugleich das Ziel verfehlen, ihn psychologisch in den Stand zu versetzen, frei über sein Aussageverhalten zu entscheiden. Die praktische Erfahrung lehrt, dass komplexe Belehrungen dazu nicht imstande sind.

Diese Problematik lässt sich auf der Grundlage der Widerspruchslösung nur beheben, wenn man die Aussageverweigerung des qualifiziert Belehrten zugleich als Widerspruch gegen die Verwertung seiner früheren Angaben deutet, der im gesamten weiteren Verfahren zu beachten ist, solange der Beschuldigte nicht ausdrücklich eine anderweitige Disposition trifft. Dazu steht es nun freilich in Widerspruch, wenn der *4. Strafsenat* in einer anderen Entscheidung ausdrücklich betont, der im Ermittlungsverfahren erhobene Widerspruch genüge nicht, um die Verwertung der ohne Belehrung zustande gekommenen Aussage erfolgreich mit der Revision anzufechten[42]. Es kann dahin stehen, ob diese Annahme auf dem Boden der Rechtsprechung Zustimmung verdient. Jedenfalls kann ihr in den Fällen der qualifizierten Belehrung nicht gefolgt werden. Anderenfalls nähme man sehenden Auges die Gefahr qualifizierter Falschbelehrungen in Kauf. Es wäre verdienstvoll gewesen, wenn der *4. Strafsenat* hier für Klarheit gesorgt hätte.

In der Sache erweist sich seine Entscheidung aber vor allem als problematisch, weil er bei den Folgen eines etwaigen Belehrungsmangels auf halbem Weg stehen bleibt. Zwar wird anerkannt, dass auch der Verstoß gegen die qualifizierte Belehrungspflicht ein Verwertungsverbot zur Folge haben kann. Ob ein solches anzunehmen ist, soll aber von einer Abwägung im Einzelfall abhängen. Welches Gewicht den in die Abwägung einzustellenden Gesichtspunkten zukommt, bleibt offen. So liegt es nach den Entscheidungsgründen zwar nahe, im Fall einer bewussten Umgehung der Belehrungspflichten (der ihre grobe Verkennung gleichzustellen sein dürfte[43]) ein Verwertungsverbot anzunehmen. Gleiches gilt, wenn gewichtige Umstände dafür sprechen, dass sich der Beschuldigte in seinem Aussageverhalten wegen seiner früheren Angaben nicht mehr frei fühlte. Der Hinweis darauf, dass auch das Interesse an der Sachverhaltsaufklärung zu berücksichtigen sei, ermöglicht es aber, ein Beweisverwer-

[32] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 13 unter Verweis auf *Roxin*, JR 2008, 16.
[33] Oben Fn. 15.
[34] BGH, Urt. v. 18.12.2008, 4 StR 455/08, Rn. 14.
[35] *Roxin*, JR 2008, 16 (18).
[36] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 14.
[37] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 15.
[38] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, a.a.O.
[39] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, a.a.O.
[40] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, a.a.O.
[41] Oben Fn. 4.
[42] BGH NStZ 1997, 502.
[43] So jedenfalls BGHSt 51, 285 für den Fall der Umgehung des Richtervorbehalts bei der Anordnung einer Durchsuchung.

tungsverbot bei dem Verdacht schwerwiegender Taten trotz Vorliegens solcher Umstände abzulehnen.

Mit der Annahme, dass die Pflicht zur qualifizierten Belehrung aus dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit folgt, lässt sich diese Wertung nicht vereinbaren. Der Bundesgerichtshof selbst geht zutreffend davon aus, dieser Grundsatz zähle nicht nur zu den anerkannten Prinzipien des Strafprozesses und sei notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens.[44] Er hat in seiner grundlegenden Entscheidung zur Frage der Verwertbarkeit bei Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO – vom *4. Strafsenat* insoweit allerdings nicht in Bezug genommen – mit Recht weiter darauf hingewiesen, dass die Anerkennung des Schweigerechts der Achtung der Menschenwürde des Beschuldigten entspricht.[45] Das schließt es aus, die Frage der Verwertbarkeit von einer Abwägung im Einzelfall abhängig zu machen, bei der das Interesse an der Sachverhaltsaufklärung oder das Fehlen einer bewussten Missachtung zur Folgenlosigkeit des Verfahrensverstoßes führen können. Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist einer solchen Abwägung nicht zugänglich.

Soweit der *4. Strafsenat* geltend macht, der Verstoß gegen die qualifizierte Belehrung wiege weniger schwer als der Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO, fehlt denn auch schon der Versuch einer Begründung. Dabei liegt auf der Hand, dass der Beschuldigte sich in seinem Aussageverhalten regelmäßig nicht mehr frei fühlen wird, wenn er sich bereits eingelassen hat.[46] Auf den Gedanken, seine bisherigen Aussagen könnten unverwertbar sein, wird allenfalls der juristisch geschulte Beschuldigte kommen. Im Ergebnis kann deshalb nur eine Lösung überzeugen, die den Verstoß gegen die qualifizierte Belehrung dem Fall der unterbliebenen Belehrung über das Schweigerecht hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Folgen gleichstellt. Das bedeutet: Das Versäumnis der qualifizierten Belehrung muss ein Verbot der Verwertung zur Folge haben, falls nicht zur Überzeugung des Gerichts feststeht, dass der Beschuldigte die Unverwertbarkeit seiner früheren Angaben kannte.

Selbst bei Anerkennung dieser Grundsätze wäre es freilich nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung wie beim Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung über das Schweigerecht in Zukunft dazu neigen könnte, zwischen verteidigten und nichtverteidigten Beschuldigten zu differenzieren. So scheint es auf der Grundlage der Widerspruchslösung nicht völlig fernliegend, bei dem Beschuldigten, der in Gegenwart seines Verteidigers aussagt, die Verwertung trotz Versäumnisses einer an sich erforderlichen qualifizierten Belehrung zu gestatten. So wie die Rechtsprechung beim verteidigten Beschuldigten dessen Kenntnis vom Schweigerecht im Regelfall unterstellt[47], erschiene es *prima facie* folgerichtig, bei einem möglicherweise fortwirkenden Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO anzunehmen, dass der Verteidiger seinen Mandanten über den möglichen Widerspruch und die daraus resultierende Nichtverwertung in Kenntnis gesetzt hat.

Gegen eine solche – vom *4. Strafsenat* nicht erörterte – differenzierte Handhabung sprechen gewichtige Bedenken: Auch der Verteidiger wird zumeist nicht verlässlich einschätzen können, ob die Angaben im Fall des Widerspruchs tatsächlich nicht verwertet werden dürfen. Die Belehrungspflicht kann, wie im zugrunde liegenden Fall, davon abhängen, wie sich die Verdachtslage den Strafverfolgungsbehörden im Zeitpunkt der Vernehmung darstellt. Bei der Beurteilung dieser Frage ist auch der Beistand des Beschuldigten auf Mutmaßungen angewiesen. Dies gilt vor allem, so lange ihm keine Einsicht in die Ermittlungsakten gewährt wurde. Darüber hinaus wird er kaum verlässlich einschätzen können, ob ein möglicherweise bestehender Verstoß gegen die Hinweispflicht prozessual auch nachweisbar sein wird. Eine sachgerechte Entscheidung über das Recht zur Aussage kann deshalb auch der verteidigte Beschuldigte nur treffen, wenn er über die Möglichkeit in Kenntnis gesetzt wird, gegen die Verwertung seiner früheren Angaben mit Erfolg Widerspruch zu erheben. Eine qualifizierte Belehrung ist deshalb – zumindest im Ermittlungsverfahren – auch bei ihm geboten.

Darüber hinaus ist zu erwägen, ob der Hinweis auf die Unverwertbarkeit der früheren Angaben, wie *Grünwald* bereits 1968 gefordert hat, von einem Richter erteilt werden muss[48]. Das ist jedenfalls dann naheliegend, wenn der Beschuldigte im Rahmen seiner polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung nicht über sein Schweigerecht informiert wurde. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die erweiterte Belehrung, die zugleich das Eingeständnis eigenen rechtswidrigen Verhaltens enthält, nicht mit hinreichender Deutlichkeit vorgenommen wird[49] oder der Beschuldigte ihr (angesichts des bereits geschehenen Rechtsverstoßes) misstraut und sich deshalb in seinem Aussageverhalten nicht frei fühlt. Schließlich dürfte nur durch eine richterliche Prüfung des Vorgangs eine versehentliche Falschbelehrung vermieden werden, die das Verfahren mit weiteren Problemen belasten kann.

Im Ergebnis ist die Entscheidung gleichwohl zu begrüßen, soweit in ihr die *ausnahmslose* Verpflichtung zur qualifizierten Belehrung bei einem vorausgegangenen Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ausdrücklich anerkannt wird. Dass sich der *Senat* nicht mit der Frage möglicher Friktionen zur Widerspruchslösung auseinandergesetzt hat, dürfte der mangelnden Entscheidungserheblichkeit geschuldet sein. Entsprechendes gilt für den vom *4. Strafsenat* zwar benannten, aber nicht aufgelösten[50] Wertungswiderspruch zu den gleich gelagerten (und wegen des in § 136a Abs. 1 StPO enthaltenen Täuschungsverbots auch teilweise überschneidenden) Fallkonstellationen vorausgegangener verbotener Vernehmungsmethoden. Eine ausnahmslose Verpflichtung, bei der erneuten Vernehmung auf die Unverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen, wird vom Bundesgerichtshof

[44] BGHSt 38, 214 (220); ebenso BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 13.
[45] BGHSt 38, 214 (220).
[46] Eingehend dazu *Roxin*, JR 2008, 16 (18).
[47] BGHSt 38, 214 (225).
[48] *Grünwald*, JZ 1968, 752 (754); *ders.* (Fn. 26), S. 160.
[49] *Grünwald* a.a.O.
[50] BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 13.

in dieser Situation bisher nicht anerkannt. Die vorliegende Entscheidung legt es aber nahe, insoweit in Zukunft dieselben Maßstäbe anzulegen.

Zu kritisieren ist die Entscheidung aber, weil sie eine Verwertung der Aussage des Beschuldigten trotz Verstoßes gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung nach Maßgabe einer – kaum vorhersehbaren – Abwägung im Einzelfall zulässt. Der rechtliche Schutz der Aussagefreiheit bleibt damit lückenhaft. Als Wegmarke kann sich das Urteil aber auch in diesem Zusammenhang als nützlich erweisen. Der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* verbietet in erster Linie die *Verwertung* unfreiwilliger Selbstbelastungen; entsprechende Erhebungsverbote gewährleisten die Verlässlichkeit dieses Schutzes.[51] Wer aus dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit eine ausnahmslose Pflicht zur qualifizierten Belehrung folgert, wird deshalb auf Dauer nicht umhin können, ein abwägungsfestes Verwertungsverbot für den Fall eines Verstoßes gegen dieses Gebot anzuerkennen.

Prof. Dr. Mark Deiters, Münster

[51] Grundlegend *Grünwald* (Fn. 26), S. 146 f.; weiterführend *Frister*, in: Samson u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, S. 161 ff. (S. 191).

B u c h r e z e n s i o n

Herbert Wiedemann/Kaspar Frey, Gesellschaftsrecht, Verlag C.H. Beck, 7. Aufl., München 2007, 533 S., kartoniert, € 28,-

Das Werk gehört zur bewährten Reihe „Prüfe dein Wissen – Rechtsfälle in Frage und Antwort". Jede Seite enthält zwei Spalten, in der linken Spalte werden die Fragen abgedruckt, parallel rechts daneben die dazu gehörenden Antworten, wobei sich einzelne Fragen und insbesondere Antworten auf mehr als eine Seite erstrecken können. Die insgesamt 480 Fragen bestehen entweder aus kurzen Fällen oder aus konkreten Wissensfragen.

Dem Konzept nach kann das Buch damit ein traditionell aufgebautes Lehrbuch nicht ersetzen. Es versteht sich ausweislich des Vorworts als Buch zur Wissensvermittlung und zur Wissenskontrolle. Am besten arbeitet man mit dem Werk, wenn man zunächst ein Lehrbuch durchgearbeitet hat. Anhand der Wissensfragen kann man kontrollieren, ob man sein Lehrbuch aufmerksam gelesen und verinnerlicht hat. Die zu lösenden Fälle stellen eine gelungene Möglichkeit dar, das Erlernte in die praktische Anwendung einer Falllösung umzusetzen. Stellt man Lücken fest, wird man auf sein Lehrbuch zurückgreifen müssen.

Das Haupteinsatzgebiet des Buches wird die Vorbereitung auf die mündliche Prüfung sein, und hierfür eignet sich das Buch hervorragend. Nahezu jede Frage und nahezu jeder Fall könnte Gegenstand eines Prüfungsgesprächs im Ersten oder Zweiten Staatsexamen sein. In privaten Lerngruppen kann man sich mit verteilten Rollen mit Hilfe des Buches so auf die Situation in der mündlichen Prüfung vorbereiten. Für das Erlernen von Klausurtechnik sind die Fälle weniger geeignet, da sie zu kurz sind.

Bei zahlreichen Fällen sind weiter führende Literaturhinweise angegeben. Der normale Student oder Referendar könnte allerdings vor dem Nachlesen eines Problems in einer Festschrift oder einer älteren Monographie zurückschrecken. Hilfreich wäre eine stärkere Berücksichtigung von Zeitschriftenaufsätzen jüngeren Datums, insbesondere aus der Ausbildungsliteratur. Solchen Literaturhinweisen werden die Lernenden bereitwilliger nachgehen, und solche Lektüre wird für denjenigen, der sich im Hinblick auf eine Prüfung auf eine Vielzahl von Rechtsgebieten vorbereiten muss und sich daher nicht in Details verlieren kann, gewinnbringender sein als die gründliche und umfassende wissenschaftliche Analyse eines Einzelproblems.

Sehr hilfreich sind die zahlreichen Rechtsprechungsnachweise, wobei die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte eine etwas stärkere Berücksichtigung finden könnte. Den Lesern ist die Lektüre der zitierten Gerichtsentscheidungen dringend anzuraten, da sich auf diese Weise die Anwendung auf den praktischen Fall einüben lässt. Bei einigen Rechtsproblemen vermisst man die Darstellung anhand der einschlägigen Leitentscheidungen; aber das Werk versteht sich nicht als Fallsammlung und bei der Auswahl der Fälle standen richtigerweise in erster Linie didaktische Überlegungen im Vordergrund.

Sehr erfreulich ist das Sachverzeichnis, mit dem sich der Inhalt des Buches gut erschließen lässt. Die Leser werden im Vorwort eingeladen, die Fälle auf einer vom Verlag für das Buch eigens eingerichteten Internetseite zu diskutieren. Überraschenderweise wird hiervon bisher praktisch kein Gebrauch gemacht.

Wer das Werk in Verbindung mit einem guten Lehrbuch durcharbeitet, schafft sich eine solide Grundlage für eine erfolgreiche Prüfung.

RiLG Dr. Frank Wamser, LL.M., z. Zt. Justizprüfungsamt beim Hessischen Ministerium der Justiz, Wiesbaden

B u c h r e z e n s i o n

Manfred Baldus/Bernd Grzeszick/Sigrid Wienhues, Staatshaftungsrecht. Das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen, 2. Aufl., C.F. Müller Verlag (JURATHEK Praxis), Heidelberg 2007, 167 S., br., € 17,90

In den Augen vieler Studierender ist das Staatshaftungsrecht ein „Orchideenfach" und eignet sich als Rechtsgebiet, dessen Stoff man „auf Lücke" lernen kann. Das Unbehagen gegenüber den Rechtsfragen der öffentlichen Ersatzleistungen, hervorgerufen durch einen hohen Abstraktions- und Komplexitätsgrad, verstreute, gar ungeschriebene normative Grundlagen und eine umfangreiche (und überwiegend schlicht auswendig zu lernende) Kasuistik, verstärkt die Neigung, dieser Materie nicht allzu viel Aufmerksamkeit zu widmen. Dies erweist sich indes aus verschiedenen Gründen als Fehler: Zum einen besitzt das Staatshaftungsrecht einschließlich der (im Studium oftmals besonders „stiefmütterlich" behandelten) Ersatzansprüche gegen juristische Personen ausländischen Rechts in den juristischen Staatsprüfungen eine höhere Relevanz, als viele Studierende meinen – und dies nicht nur als „Aufhänger" oder „Bonusfrage". Und zum anderen ergeben sich gerade auch in der Praxis immer wieder zahlreiche Rechtsprobleme, noch dazu in einer Reihe spannender und abwechslungsreicher Fallkonstellationen.

Umso wichtiger ist es, dass auf dem Markt der Studienliteratur Lehrbücher verfügbar sind, die ein zügiges Einarbeiten in die Grundlagen des Staatshaftungsrechts und eine erste Orientierung ermöglichen sowie Informationen zu den neuesten Entwicklungen im maßgeblich richterrechtlich geprägten Rechtsgebiet bieten, ohne schon durch einen übermäßigen Detailreichtum und zu schwierige Übungen am juristischen „Hochreck" abzuschrecken. Ein Lehrbuch in diesem und damit im besten Sinne ist das 2007 in der zweiten Auflage erschienene Gemeinschaftswerk von *Wienhues*, *Baldus* und *Grzeszick*. Neben einigen „formalen" Vorzügen wie einer absoluten Aktualität, einem flüssig lesbaren Stil und Hinweisen auf weiterführende Literatur und Übungsfälle in den juristischen Ausbildungszeitschriften überzeugt das Buch durch zahlreiche anschauliche Fallbeispiele und gelungene Darstellungen umstrittener Rechtsfragen. Detaillierte, aber nicht mit Einzelheiten überfrachtete Prüfungsschemata zu den wichtigsten Anspruchsgrundlagen runden den Band ab.

Wie die meisten anderen Lehrbücher zum Staatshaftungsrecht folgt das Werk nach einer kurzen Einführung und Hinweisen zur Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen und zivilrechtlichen Ansprüchen (Rn. 6 ff.) von *Baldus* einer Gliederung anhand verschiedener Typen von Anspruchsgrundlagen. Denn Staatshaftungsrecht ist Haftungsrecht, an hoheitliches Verhalten anknüpfendes „tort law" mit Parallelen zu privatrechtlichen Anspruchsstrukturen – nicht nur im Zusammenhang mit dem Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG – und mit einer für einige Ansprüche gesetzlich vorgesehenen Zuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit.

Eine erste Differenzierung erfolgt anhand der Frage, ob eine staatshaftungsrechtliche Anspruchsgrundlage auf die Regelung der Folgen einer Verletzung bestimmter Rechtsgüter beschränkt und somit „rechtsgüterspezifisch" oder aber „rechtsgüterindifferent" ist. Als „rechtsgüterindifferenter" Anspruch wird zunächst der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch eingehend erörtert (Rn. 12 ff., *Baldus*). Erfreulich ist, dass hier nicht im Detail die umstrittene Rechtsgrundlage des Anspruchs diskutiert, sondern Wert auf eine strukturierte Darstellung der Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen gelegt wird. Zudem wird der Anspruch auf Widerruf hoheitlicher Äußerungen zutreffend als Variante des Folgenbeseitigungsanspruchs qualifiziert (Rn. 67 ff.), während etwa der sozialrechtliche Herstellungsanspruch (Rn. 73 ff.) und der Immissionsabwehranspruch (Rn. 79 ff.) als Ansprüche sui generis zu gelten haben. Der sog. „Folgenentschädigungsanspruch" wird im Zusammenhang mit den Ansprüchen auf Entschädigung erörtert (Rn. 254 ff., *Baldus*).

Neben den Folgenbeseitigungsansprüchen sind den rechtsgüterindifferenten Anspruchsgrundlagen auch solche auf Schadensersatz zuzurechnen (Rn. 90 ff., *Wienhues*). Auch für den Studierenden am bedeutsamsten ist dabei wohl der Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG (Rn. 91 ff.). Das Verhältnis dieser beiden Normen wird kurz beleuchtet, bevor auch hier im Schwerpunkt wiederum die Anspruchsvoraussetzungen (einschließlich der gesetzlich geregelten Haftungsausschlüsse und -begrenzungen) systematisch erschlossen werden. Die gängigen und aktuellen Problemfälle finden dabei angemessene Berücksichtigung, beispielsweise die Fragen nach der Amtswaltereigenschaft von „Erfüllungsgehilfen" bzw. Verwaltungshelfern (Rn. 104 ff.), nach der Haftung bei der Verletzung allgemeiner Verkehrssicherungspflichten (Rn. 112 ff.), nach den Voraussetzungen für das Vorliegen einer drittschützenden Norm (Rn. 133 ff.) und nach dem Verschuldensmaßstab bei ehrenamtlicher Tätigkeit (z.B. von Gemeinderatsmitgliedern, Rn. 159 ff.). Weitere Schadensersatzansprüche können sich aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen wie der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag (Rn. 221 ff.) ergeben.

Von den Schadensersatzansprüchen, die unter Umständen neben dem Ersatz des „Vollschadens" auch zur Erstattung des entgangenen Gewinns bzw. zur Leistung von Schmerzensgeld führen können, sind die Ansprüche auf (angemessene) Entschädigung zu unterscheiden (Rn. 243 ff.). Diese bleiben jedenfalls im Grundsatz hinsichtlich des Ersatzumfangs hinter den Schadensersatzansprüchen zurück, obwohl auch bei den Entschädigungsansprüchen der Ersatz immaterieller Schäden und die Erstattung entgangenen Gewinns gesetzlich vorgesehen sein können. Leitbild sind die gefahrenabwehrrechtlichen Entschädigungsansprüche (Rn. 243 ff., *Wienhues*), die freilich meist Ausdruck des Aufopferungsgedankens sind, der nochmals bei den „rechtsgüterspezifischen" Anspruchsgrundlagen Erwähnung findet (Rn. 314 ff.). Eingehende Berücksichtigung finden die Besonderheiten, die wegen der Fortgeltung des Staatshaftungsgesetzes der DDR vom 12.5.1969 (nunmehr nur noch) als Landesrecht in Brandenburg, Thüringen und Mecklenburg-Vorpommern und auf der Grundlage des Landesentschädigungsgesetzes in Sachsen-Anhalt zu beachten sind (Rn. 261 ff., *Wienhues*). Wäh-

rend im Geltungsbereich des Staatshaftungsgesetzes ein unmittelbarer und verschuldensunabhängiger, auf Schadensersatz gerichteter Staatshaftungsanspruch besteht, wird in Sachsen-Anhalt ein dem Haftungsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs nachgebildeter Entschädigungsanspruch gewährt.

Der EuGH hat im Wege der richterrechtlichen Rechtsschöpfung einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch des Bürgers gegen einen Mitgliedstaat wegen der Verletzung von Gemeinschaftsrecht entwickelt (Rn. 278 ff., *Grzeszick*), der freilich von Ansprüchen gegen die Gemeinschaft selbst zu unterscheiden ist (dazu Rn. 573 ff.). Die Voraussetzungen dieses Anspruchs (staatlicher Verstoß gegen eine Individualschutz bezweckende Gemeinschaftsnorm, hinreichend qualifizierter Verstoß und unmittelbare Schadensverursachung) werden eingehend erörtert, ebenso die rechtlich interessante Verweisung auf das nationale Haftungsrecht hinsichtlich der Rechtsfolgen der gemeinschaftsrechtlichen Haftungsvoraussetzungen (Rn. 301 ff.).

Bei den „rechtsgüterspezifischen" Ersatzleistungsansprüchen wird zwischen immateriellen und materiellen Rechtsgütern unterschieden. Sind immaterielle Rechtsgüter beeinträchtigt, steht der auf eine Entschädigung in Geld gerichtete sog. „Aufopferungsanspruch" im Vordergrund (Rn. 314 ff., *Baldus*). Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass dieser zunächst richter- und gewohnheitsrechtlich fundierte und namentlich hinsichtlich seiner Erstreckung auch auf nichtvermögenswerte Rechte zunächst umstrittene Anspruch durch zahlreiche ausdrückliche gesetzliche Regelungen (wie etwa die Entschädigungsansprüche bei der Inanspruchnahme gefahrenabwehrrechtlich nicht verantwortlicher Personen) erheblich an Bedeutung verloren hat (Rn. 318).

Von weitaus größerer Relevanz für die juristische Ausbildung sind die Ansprüche wegen einer Beeinträchtigung materieller Rechtsgüter, namentlich des Eigentums (Rn. 339 ff.). Gerade bei der Behandlung der schwierigen dogmatischen Fragen etwa des enteignenden und des enteignungsgleichen Eingriffs (Rn. 450 ff., 421 ff., *Grzeszick*) kann ein Lehrbuch zum Staatshaftungsrecht „die Muskeln spielen lassen". Im Werk von *Baldus/Grzeszick/Wienhues* glückt dies in beeindruckender Weise. Die verfassungsrechtliche Eigentumsdogmatik (Art. 14 GG) dient als Ausgangspunkt einer bündigen, anschaulichen Abhandlung zu den eigentumsrechtlichen Haftungsinstituten, die erfreulicher Weise gerade bei diesen anspruchsvollen Problemstellungen nicht an erläuternden, überwiegend der höchstrichterlichen Judikatur entnommenen Fallbeispielen spart. Auch hier wird vielmehr auf übermäßigen dogmatischen „Ballast" verzichtet, ohne dass die wichtigsten Detailfragen unerörtert blieben (z.B. die Enteignung zu Gunsten bzw. im Interesse Privater, Rn. 368 ff., oder die Grenzen von Ausgleichsregelungen bei ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen, Rn. 406 ff.). Die Ausführungen zu den Entschädigungsansprüchen wegen Eigentumsbeeinträchtigungen werden durch einen kurzen Abschnitt über fachgesetzliche, namentlich planungsrechtliche Entschädigungsansprüche abgerundet (Rn. 474 ff., *Wienhues*). (Bloße) Vermögensverschiebungen können im Wege des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs ausgeglichen werden (Rn. 493 ff., *Wienhues*); dies gilt allerdings nicht nur zu Gunsten des Bürgers, sondern führt gegebenenfalls auch zu einem Anspruch der „Verwaltung" gegen den Bürger, wie sich etwa aus § 49a VwVfG, einer spezialgesetzlichen Ausprägung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs, ergibt. In Rn. 523 ff. finden sich knappe Hinweise zu den Anspruchskonkurrenzen.

Geht es nicht um Ansprüche gegen juristische Personen des inländischen öffentlichen Rechts, sondern gegen solche ausländischen öffentlichen Rechts (Rn. 545 ff., *Baldus*), ist zur Wahrung der Staatenimmunität in Abweichung von Art. 40, 41 EGBGB von der grundsätzlichen Nichtanwendbarkeit der nationalen Regelungen zum Recht der öffentlichen Ersatzleistungen auszugehen. Helfen die staatshaftungsrechtlichen Regelungen desjenigen Staates, dessen Organe einen Schaden an den Rechtsgütern einer Person verursacht haben, nicht weiter, kann nur noch auf die völkerrechtlichen Anspruchsgrundlagen zurück gegriffen werden. In Betracht kommen ein allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch wegen Verletzung völkerrechtlicher Vorschriften (Rn. 551 f.) bzw. Ansprüche aus völkerrechtlichen Verträgen. So ergeben sich etwa Schadensersatzansprüche aus Art. 5 Abs. 5 EMRK bzw. Entschädigungsansprüche aus Art. 41 EMRK (durch Festsetzung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte), sofern bestimmte Regelungen der EMRK (auch extraterritorial, Rn. 556) verletzt werden (Rn. 554 ff.). Ferner können sich Ansprüche gegen internationale Organisationen (Rn. 569 ff.) sowie gegen die Europäische Gemeinschaft nach Art. 288 Abs. 2 EGV bei durch rechtswidrige Amtstätigkeit von Organen und Bediensteten der Gemeinschaft verursachten Schäden (Rn. 573 ff.), gegen andere juristische Personen des Gemeinschaftsrechts (Rn. 592 ff.) und gegen juristische Personen des sonstigen Rechts der Europäischen Union (Rn. 594 ff.) ergeben. Schließlich kommt auch eine Haftung internationaler Organisationen außerhalb des europarechtlichen Systems auf der Grundlage entsprechender Abkommen in Betracht (Rn. 601 ff.).

Alles in allem kann das Lehrbuch von *Baldus/Grzeszick/Wienhues* uneingeschränkt empfohlen werden. Es bietet eine bündige und dennoch vollständige tour d'horizon durch das Staatshaftungsrecht und kann daher gleichermaßen vom Studierenden, der sich erstmalig mit der Materie zu befassen hat, vom Examenskandidaten, der in überschaubarer Zeit die Grundlagen wiederholen möchte, und von der Referendarin, die die materiellen und prozessualen Grundlagen des Rechts der öffentlichen Ersatzleistungen zu repetieren hat, mit großem Nutzen zur Hand genommen werden. Trotz der Aufteilung der Kapitel unter den drei Autoren erscheint das Werk als konzeptionell und inhaltlich „aus einem Guss". Zu bemängeln ist einzig, dass manche Binnenverweise auf Randnummern „ins Leere" gehen, weil sie nach Erscheinen der Vorauflage nicht aktualisiert worden sind. Angesichts der Vorzüge des Bandes fällt dies aber nicht im Geringsten ins Gewicht.

Akad. Rat Dr. Dr. Markus Thiel, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

B u c h r e z e n s i o n

Helge Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, 1. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2009, 760 S., gebunden, € 29.-

Angesichts der großen Zahl an hervorragenden Kommentaren zum Grundgesetz erscheint das Unterfangen von *Sodan*, die bestehende Auswahl um ein weiteres Werk zu ergänzen, durchaus gewagt. Von großem Interesse ist in einem solchen Fall natürlich die Frage, ob sich der Mut denn auch gelohnt hat. Dies ist hier eindeutig zu bejahen. Auf 760 Seiten wird das Grundgesetz von den insgesamt fünf Bearbeitern (*Haratsch*, *Leisner*, *Schenke*, *Schmahl* und *Sodan*) nicht nur prägnant, sondern auch in einer Weise erläutert, die sowohl für Praktiker als auch für Studenten eine Vielzahl an Vorteilen bringt.

So ermöglicht der Kommentar – von den *Autoren* ausdrücklich beabsichtigt – vor allem einen schnellen ersten Einstieg in die Materie des Verfassungsrechts. Dies beruht im Wesentlichen auf drei Umständen: die Erläuterungen beschränken sich auf die Essentialia, sehen von ausufernden Literaturnachweisen ab und konzentrieren sich vorrangig auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. Der weitestgehende Verzicht auf die umfassende Darstellung von Einzelproblemen hat freilich zur Folge, dass zur Vertiefung von Detailfragen der Rückgriff auf eines der größeren Standardwerke, auf die der „*Sodan*“ auch gelegentlich verweist, unerlässlich bleibt. Die beschriebene Fokussierung auf den Kern des Verfassungsrechts macht den Kommentar gerade auch für den studentischen Leser besonders interessant, ist es doch vor allem diese Personengruppe, die sich die Grundstrukturen des Rechts erst noch erarbeiten muss. Hierbei leistet der neue Kompakt-Kommentar aus dem Hause C.H. Beck mit seiner übersichtlichen, fast schon lehrbuchartigen Struktur eine wertvolle Hilfe. Dies beginnt bereits bei der Vorbemerkung vor Art. 1 GG, bei der es sich um eine komprimierte und überaus lesenswerte Darstellung der allgemeinen Grundrechtslehren handelt. Die Erläuterungen der einzelnen (Freiheits-)Grundrechte folgen vom Aufbau her dem herkömmlichen Dreiklang „Schutzbereich – Eingriff – Verfassungsrechtliche Rechtfertigung“. Derartige Grundstrukturen bleiben im Unterschied zu anderen Werken auch gut sichtbar, da sich der hier in Rede stehende Kompakt-Kommentar – wie bereits erwähnt – auf das Wesentliche konzentriert. Dadurch verliert sich der Leser nicht in den Untiefen von Detailproblemen und entgeht der Gefahr, den „Wald vor lauter Bäumen“ nicht mehr zu sehen. In diesem Zusammenhang ist auch die Kommentierung von Art. 93 GG zu erwähnen, die sehr präzise die jeweiligen Zulässigkeitsfragen der verschiedenen Verfahrensarten vor dem Bundesverfassungsgericht abhandelt. Äußerst lehrreich ist darüber hinaus die Erläuterung des Amtshaftungsanspruchs aus Art. 34 GG, die in einem eigenen Abschnitt (Rn. 9) die diversen Prüfungspunkte deutlich herausstellt und sodann entsprechend dieser Reihenfolge im Einzelnen erklärt.

Neben den genannten inhaltlichen Aspekten zeichnet den Kommentar die durchweg gute Lesbar- und Verständlichkeit aus, die durch eine transparente Struktur der Erläuterungen, Hervorhebungen im Fettdruck sowie zurückhaltend eingesetzte Schrifttumsnachweise ermöglicht wird. Bezüglich des letztgenannten Gesichtspunktes sei allerdings die kritische Anmerkung erlaubt, dass die Angabe von Literaturfundstellen mitunter etwas zu restriktiv gehandhabt wurde, wodurch bestehende Kontroversen – gerade in Bezug auf aktuelle Problemstellungen – verschiedentlich nicht hinreichend zum Ausdruck kommen. Auch ein Kommentar, der nicht das Ziel verfolgt, Streitstände erschöpfend zu behandeln, sollte umstrittene Themenbereiche aber zumindest als solche kennzeichnen und wenigstens ein oder zwei wichtige Nachweise aus dem Schrifttum angeben, um dem Leser eine intensivere Beschäftigung mit der jeweiligen Materie zu ermöglichen. Dies schadet weder der Kompaktheit noch der Lesbarkeit des Kommentars und entspricht nicht zuletzt auch der Intention der *Autoren*, die selbst explizit betonen, auf kritische und weiterführende Hinweise nicht verzichten zu wollen. Eine in dem geschilderten Sinne ausführlichere Erläuterung wäre daher zum Beispiel hinsichtlich der kontroversen Debatte zur (Rettungs-)Folter (Art. 1 Rn. 14) oder zum Luftsicherheitsgesetz (Art. 1 Rn. 15) wünschenswert gewesen. Diese und andere wichtige Begriffe (etwa „Nichtraucherschutz“ und „Strafvollzug“) sollten zudem in das Stichwortverzeichnis aufgenommen werden, um einen schnelleren Zugriff auf die einschlägigen Kommentierungen zu gewährleisten.

Die eben erwähnten kleineren Unzulänglichkeiten können freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass das hinter dem „*Sodan*“ stehende Konzept eines kompakten Kommentars vom Grundsatz her vollumfänglich überzeugt, eine Lücke schließt und mit Sicherheit den wohlverdienten Zuspruch in der Leserschaft finden wird. Dafür spricht auch – um einen letzten Vorteil des Werkes zu nennen – der außerordentlich günstige Preis von € 29.-, der das zumeist chronisch knappe Portmonee des Studierenden schont.

Wiss. Mitarbeiter Mario Bachmann, ref. iur., Jena

B u c h r e z e n s i o n

Werner Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht I. Ein Fall- und Repetitionsbuch für Anfänger, 4. Aufl. 2008, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 277 S., € 18,-

Der Klausurenkurs im Strafrecht I von *Werner Beulke* ist mittlerweile in der 4. Aufl. erschienen. Der Klappentext beschreibt das Buch als eine „Kombination aus Fallbuch und problemorientiertem Repetitionskurs in den Kernbereichen des Strafrechts". Diesem Anspruch wird das Werk durchaus gerecht:

I. Der Klausurenkurs gliedert sich in vier Kapitel. Im ersten Kapitel stellt der *Verf.* die Methodik der Fallbearbeitung dar. Auf 31 Seiten beschreibt *Beulke* alle Arbeitsschritte, die der Student in der Klausur – vom ersten Lesen des Sachverhalts bis zur Niederschrift seiner Arbeit – zu bewältigen hat. *Beulke* fasst auf diesen Seiten kompakt zusammen, was der Klausurbearbeiter wissen muss, um eine formal und inhaltlich richtige Arbeit zu verfassen.

Auf den ersten zehn Seiten stellt der *Verf.* die Falllösungstechnik detailliert anhand der einzelnen Bearbeitungsschritte dar. Dem Studenten wird verständlich vermittelt, wie er sich den Sachverhalt und die Aufgabenstellung erschließen kann. Anschließend wird auf die rechtliche Prüfung des Falls eingegangen: von der Schwerpunktbildung über die Lösungsskizze bis hin zur sinnvollen Zeiteinteilung während der Klausur. Auf S. 5-10 behandelt der *Verf.* die Reinschrift der Arbeit. Ausführlich wird die sinnvolle Verwendung des Gutachten- bzw. Urteilsstils erklärt.

Auf den nächsten 21 Seiten setzt sich *Beulke* mit dem richtigen Aufbau einer Klausur auseinander: Im Anschluss an die Darstellung des Aufbaus nach Tatkomplexen bzw. nach Tatbeteiligten wird der Aufbau innerhalb eines Straftatbestandes erläutert. Die Ausführungen hierzu beschäftigen sich sowohl mit dem Begehungs-, Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikt als auch mit Täterschaft und Teilnahme.

Diese vorangestellten Erläuterungen werden von Studenten gerne als wenig wertvolles „Vorgeplänkel" abgetan und nicht selten „überblättert". Die – insbesondere von Anfängern – angefertigten Klausuren bestätigen diesen Verdacht: Häufig wird der Gutachtenstil überhaupt nicht oder doch nur äußerst mangelhaft beherrscht; der richtige Aufbau der Arbeit bereitet den Studenten größte Schwierigkeiten. Insofern ist es als äußerst sinnvoll zu erachten, dass *Beulke* dem Leser einen umfassenden Überblick über die Technik des Klausurschreibens an die Hand gibt.

Das zweite Kapitel umfasst zehn in Lehrveranstaltungen erprobte Klausuren. Dem Vorwort des *Verf.* ist zuzustimmen: Der Schwierigkeitsgrad der Fälle ist als relativ hoch einzustufen. Gerade deshalb kann sich der Leser aber mit dem vorliegenden Werk hinreichend auf seine eigene Klausur vorbereiten, denn hier wird ihn ein ähnliches Niveau erwarten. Inhaltlich liegt der Schwerpunkt im Allgemeinen Teil des Strafrechts. Ausgewählte Probleme des Besonderen Teils, die dem Anfänger durchaus in seiner ersten Klausur begegnen können, werden ebenfalls aufgegriffen.

Dem Sachverhalt folgt die gedankliche Gliederung des Falles. Übersichtlich werden dem Anfänger die Reihenfolge der zu prüfenden Delikte und die Schwerpunkte des Falls aufgezeigt. Anschließend folgt die ausformulierte Lösung. Hier werden die Probleme des Falles in grauen Kästchen optisch hervorgehoben und zunächst inhaltlich abstrakt und vom Fall losgelöst behandelt. Dadurch ist es dem Leser möglich, sich das isolierte Problem, ohne Erschließung des Sachverhalts, zu erarbeiten. Für ein schnelles Erfassen bzw. Wiederholen des jeweiligen Problemkreises ist das Werk daher bestens geeignet. Dass der *Verf.* auf Literatur- und Rechtsprechungsangaben fast vollständig verzichtet hat, geht zu Gunsten der leichteren Lesbarkeit des Buchs. Die Hinweise auf die *Wessels*- und *Hillenkamp*-Bände ermöglichen dem Leser dennoch eine vertiefte Einarbeitung.

Darüber hinaus sind nützliche Hinweise für die Klausurbearbeitung und häufige Fehlerquellen typographisch besonders gekennzeichnet in den Text integriert.

Am Ende jeder Klausur befinden sich „Definitionen zum Auswendiglernen", die dem Studenten eine Wiederholungsmöglichkeit der relevanten Definitionen bieten.

Das dritte Kapitel beinhaltet mit Fall 11 eine Hausarbeit aus der Anfängerübung. Die Ausführungen erfolgen konform zu den der Klausurlösungen. Zusätzlich gibt der *Verf.* wertvolle Hinweise zu den wichtigsten Formalien einer Strafrechtshausarbeit sowie zum Schrifttumsverzeichnis.

Im vierten und letzten Kapitel „Wiederholung und Vertiefung" bietet das Werk einen Überblick über die behandelten Problemschwerpunkte und Definitionen, jeweils geordnet nach der Gesetzessystematik, sowie über den Aufbau der Falllösung.

II. Der Klausurenkurs im Strafrecht I bietet Anfängern einen guten Einstieg in das Strafrecht und die Technik der Falllösung. Dem aufmerksamen Leser wird es nach der Lektüre des Werkes nicht schwer fallen, eine zufriedenstellende Arbeit mit richtiger Schwerpunktsetzung zu verfassen. Zudem ermöglicht *Beulke* – auch den Fortgeschrittenen – das vom konkreten Fall losgelöste Wiederholen einzelner Probleme.

Das Buch überzeugt vor allem durch Übersichtlichkeit und wird daher jedem Studenten, der die Technik des Klausurschreibens einüben möchte, eine wertvolle Hilfe sein. Wer aus der Vielzahl der strafrechtlichen Falllösungsbücher *Beulkes* Werk wählt, ist damit gut beraten.

Wiss. Mitarbeiterin Ruth Katzenberger, Augsburg

Diagnostizierverfahren – patentierbar oder nicht?

Von Dipl. iur. **Alexander Einfinge**r und **Andreas Klein**, Berlin*

Auf nationaler Ebene werden Patente nach dem Patentgesetz für Erfindungen erteilt, die neu sind, nicht dem Stand der Technik entsprechen und gewerblich anwendbar sind. Dabei bedarf es einer Anmeldung und einer Prüfung der entsprechenden Voraussetzungen beim Deutschen Patent- und Markenamt. Auf europäischer Ebene kann nach dem Europäischen Patentübereinkommen Schutz begehrt werden. Dies erfolgt grundsätzlich unter den gleichen Bedingungen wie im deutschen Recht. Zuständig ist das Europäische Patentamt.

Im Zuge der letzten Jahre waren immer wieder Patente in der Diskussion. Insbesondere solche mit einem ethischen Bezug hatten das Interesse der Allgemeinheit geweckt. Eins der umstrittenen Themen war und ist die Frage der Patentierbarkeit von Diagnostizierverfahren. Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit diesem Thema und der dazu ergangenen Entscheidung der Großen Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts.

I. Einleitung

Die Diskussion um die Patentierung von Diagnostizierverfahren steht unmittelbar in Zusammenhang mit den medizinischen Versorgungsmöglichkeiten der Gesellschaft.

Diagnostizierverfahren bilden die Basis aller medizinischen Behandlungen. Weil jeder an einer bestmöglichen Gesundheitsversorgung interessiert ist und der Arzt in seiner Therapiefreiheit eingeschränkt werden könnte, erscheint es sinnvoll Diagnostizierverfahren von einer Patentierung auszunehmen. Die Therapiefreiheit des Arztes und das Leben als höchstes Gut in unserem Rechtssystem stehen dem Schutzinteresse des Erfinders gegenüber. Ob es zu einer Patentierung des jeweiligen Verfahrens kommt, hängt von der Auslegung des Terminus „Diagnostizierverfahren, die am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden“ ab.

In der Diskussion stehen verschiedene medizinische Anwendungen, wie Kernresonanzverfahren und Körperspiegelungen.

Die Entscheidung der Großen Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts mit dem Aktenzeichen G 1/04[1] soll Klarheit in die andauernde patentrechtliche Diskussion um den Begriff der Diagnostizierverfahren bringen. Ausgangspunkt der Entscheidung ist die Vorlage des damaligen Präsidenten des Europäischen Patentamts, *Ingo Kober*.[2] Er weist auf die stark divergierende Auslegungspraxis des EPA[3] in Bezug auf die Merkmale „Diagnostizierverfahren“ und „am menschlichen Körper vorgenommen“ i. S. d. Art. 52 Abs. 4 S. 1 EPÜ hin. Es ist zu analysieren, wie der Ausschluss der Patentierbarkeit von Diagnostizierverfahren gesetzlich umgesetzt wurde und ob Alternativen vorstellbar sind.

II. Historische Entwicklung

1. „Glatzenoperation“ als Grundsatzentscheidung für Heilverfahren

In der Entscheidung „Glatzenoperation“ des BGH von 1967[4] wurde dem Antragsteller das Patent auf ein chirurgisch-kosmetisches Verfahren zur Heilung der Glatzenbildung bei Männern versagt. Zwar handelt es sich bei dem Verfahren um ein echtes Heilverfahren, das der Linderung eines pathologischen Zustandes dient. Jedoch wurde das Patent verwehrt, da es den Arzt in seiner Therapiefreiheit durch eine mögliche Monopolstellung des Patentinhabers gefährden würde.[5]

Der BGH entschied, dass das Standesethos den Arzt an einen sozialethischen Umgang mit dem Patienten bindet[6] und er deshalb die Möglichkeit haben muss, bei der Anwendung von Heilverfahren frei und unabhängig zu agieren.[7] Der Arzt habe aufgrund dieses Ethos´ kein Gewinnbestreben[8], so dass der ärztliche Beruf nicht als Gewerbe anzusehen ist. Mithin galt das angemeldete Verfahren als nicht gewerblich anwendbar. Der BGH stützt sich hierbei auf die Entscheidung „Landwirtschaft als Gewerbebetrieb“[9], in der die Urproduktion (Landwirtschaft, Bergbau, Jagd etc.) und die freien Berufe (Arzt, Architekt, Künstler etc.) als dem Gewerbe nicht zugehörig definiert wurden.

Nach Ansicht von *Wagner*[10] verkennt der BGH mit seiner Feststellung, dass der Arzt keine Gewinnbeteiligungsabsicht haben kann, die realen Gegebenheiten, da die Bezahlung für ärztliche Tätigkeiten weder freiwillig noch so gering ist, dass dem Arzt die Absicht der Gewinnerzielung gänzlich abgesprochen werden kann. Ein Arzt muss unter anderem wirtschaftlich kalkulieren, denn durch Gewinne können neue und moderne Apparaturen erworben werden, die der Behandlung des Patienten zu Gute kommen und nach heutigen Standards zwingend nötig sind. Die Entscheidung des BGH, dem Verfahren die gewerbliche Verwertbarkeit abzusprechen, prägte das künftige europäische Patentrecht nachhaltig. So stellte sich in den Vorverhandlungen zum EPÜ die Frage, wie Di-

---

* Dipl. Jur. *Alexander Einfinger* ist Absolvent, *Andreas Klein* Student der Humboldt-Universität zu Berlin. Die Arbeit ist im Rahmen eines Praktikums bei *Boehmert & Boehmert* in Potsdam entstanden.

[1] Entsch. d. Großen Beschwerdekammer des EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff.

[2] Siehe EPA, Vorlage des Präsidenten des EPA an die Große Beschwerdekammer, Az. 303243-54.9, A52(4), 29.12.2003.

[3] EPA = Europäisches Patentamt.

[4] BGH GRUR 1968, 142 (143) mit Anmerkung *Moser von Filseck*.

[5] BGH GRUR 1968, 142 (143); *Laufs*, Arztrecht, 5. Aufl. 1993, S. 25/40.

[6] Hierzu auch: *Busse*, in: Busse, Kommentar zum Patentgesetz, 3. Aufl. 2003, S. 93.

[7] Ähnliche sozial ethische Ansätze bereits hier: Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts, GRUR 1953, 172.

[8] Bl.f.PMZ 1904, 4, das Kaiserliche Patentamt stellte bereits fest, dass nur „Verfahren zur industriellen Produktion“ patentfähig sind und Erfindungen, welche auf die belebte Natur einwirken, prinzipiell das Patent zu verwehren ist.

[9] BGH NJW 1961, 725.

[10] *Wagner*, GRUR 1976, 673 (676).

agnostizierverfahren von der Patentierung ausgenommen werden sollten. In dieser Diskussion behauptete sich die deutsche Delegation. Sie stützte sich auf die vom BGH entwickelte Argumentation, wonach es dem medizinischen Verfahren an der gewerblichen Anwendung fehlt. Es wurde auf einen Ausnahmetatbestand verzichtet und die Fiktion der fehlenden gewerblichen Anwendbarkeit in Art. 52 Abs. 4 EPÜ geschaffen.

2. Handhabung in Europa

In Deutschland kam es am 21.6.1976 durch das Internationale Patentübereinkommensgesetz (IntPatÜbkG)[11] zur heutigen Formulierung des § 5 Abs. 2 PatG. In Art. 1 IntPatÜbkG heißt es, dass dem in Straßburg am 27.11.1963 von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichneten Übereinkommen zur Vereinheitlichung von Begriffen des materiellen Rechts der Erfindungspatente (Straßburger Patentübereinkommen, StraÜ) zugestimmt wird.

Allerdings besteht ein Missverhältnis zwischen dem weit gefassten Art. 3 StraÜ[12] und dem regelmäßig eng ausgelegten Art. 52 Abs. 4 EPÜ. Nach Art. 3 StraÜ gilt eine Erfindung als gewerblich anwendbar, wenn ihr Gegenstand auf irgendeinem gewerblichen Gebiet einschließlich der Landwirtschaft hergestellt oder benutzt werden kann. Demnach wird durch Art. 52 Abs. 4 EPÜ mit der Fiktion der fehlenden gewerblichen Anwendbarkeit Art. 3 StraÜ umgangen.[13] Nur wenige Länder (Schweiz, Italien, Dänemark und Schweden) übernahmen nicht die Formulierung des EPÜ. In diesen Ländern wurde entweder das Diagnostizierverfahren nicht als Erfindung deklariert oder mit den in Art. 53 EPÜ ausgeschlossenen Gegenständen gleichgesetzt, so dass es zu keiner Kollision mit dem StraÜ kam.

Erst mit dem TRIPS - Abkommen[14] 1994 wurde jegliche Diskrepanz beigelegt. Art. 27 Abs. 3a TRIPS ermächtigt die Mitglieder des Abkommens, diagnostische, therapeutische und chirurgische Verfahren auszuschließen.

3. EPÜ 2000

Mit Art. 53c der Revisionsakte[15] zum EPÜ vom 29. November 2000 wird nicht mehr die Fiktion der fehlenden gewerblichen Anwendbarkeit verwendet, sondern ein reiner Ausschlusstatbestand geschaffen.

Medizinische Heil- und Diagnostizierverfahren sind nunmehr nicht wegen einer Fiktion der fehlenden gewerblichen Anwendbarkeit von der Patentierbarkeit ausgeschlossen, sondern allein aus ethischen und medizinischen Gründen.

> Art. 53 EPÜ 2000:
> „ Europäische Patente werden nicht erteilt für: […]
>
> c) Verfahren zur chirurgischen oder therapeutischen Behandlung des menschlichen oder tierischen Körpers und Diagnostizierverfahren, die am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden. Dies gilt nicht für Erzeugnisse, insbesondere Stoffe oder Stoffgemische, zur Anwendung in einem dieser Verfahren. […]“

Am 13.12.2005 hat Griechenland als fünfzehnter Staat seine Ratifikationsurkunde zur Revision des Europäischen Patentübereinkommens hinterlegt. Damit trat das revidierte Europäische Patentübereinkommen nach Art. 8 I der Revisionsakte am 13.12.2007 in Kraft.[16]

4. Entwicklung im amerikanischen Recht

Im deutschen Patentrecht wurde durch die Fiktion der fehlenden gewerblichen Anwendbarkeit in § 5 Abs. 2 PatG und in Europa durch den Ausschlusstatbestand des Art. 53 lit. c EPÜ ein Abwehrmechanismus gegen die Patentierung von Diagnostizierverfahren entwickelt.

In den USA ist durch den Rechtsfolgenausschluss in Art. 35 U.S.C. § 287 (c)[17] dogmatisch ein anderer Weg beschritten worden. Medizinische Fachkräfte begehen eine Patentrechtsverletzung durch Anwendung eines geschützten Patents. Jedoch tritt für sie nicht die entsprechende Rechtsfolge ein, so dass ein freier Zugang zu Diagnostizierverfahren gewährt wird.

Bis zur Patentgesetznovellierung[18] 1952 und der darauf folgenden Patentstreitigkeit „ex parte Scherer“ herrschte eine uneinheitliche Erteilungspraxis des Patentamts.[19]

---

[11] BGBl. II 1976, S. 649.

[12] Bl.f.PMZ 1976, 270; StraÜ = Übereinkommen zu Vereinheitlichung gewisser Begriffe des materiellen Rechts der Erfindungspatente.

[13] So auch *Moufang*, GRUR Int. 1992, 10 (17, III Nr. 3).

[14] Das TRIPS - Abkommen regelt die Ausgestaltung geistiger Eigentumsrechte und deren Durchsetzbarkeit in den Mitgliedsstaaten der WTO. Die Mitgliedstaaten verpflichten sich, materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Mindeststandards in ihren nationalen Rechtsordnungen einzurichten. Art. 2 Abs. 2 stellt klar, das materiell-rechtliche TRIPS - Regelungen keine Verpflichtungen, die den TRIPS - Mitgliedern aus WIPO (*World Intellectual Property Organisation*) Verträgen entstehen, außer Kraft setzen.

[15] GRUR Int. 2001, 309 (311); *Kraßer*, in: Kraßer/Bernhardt, Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht, 5. Aufl. 2004, S. 205.

[16] Die Staaten, die das EPÜ 2000 im Zeitpunkt seines In-Kraft-Tretens weder ratifiziert haben noch ihm beigetreten sind, gehören ab diesem Zeitpunkt dem Europäischen Patentorganisation nicht mehr an.

[17] U.S.C.=United States Code.

[18] In der Novellierung des Patent Act 35 USC wurde der Begriff „process“ eingearbeitet, wodurch eine objektive Klärung der Neuheit am Tag der Anmeldung von einem Durchschnittsfachmann unter Zuhilfenahme seines Fachwissens anhand des Standes der Technik ermöglicht wird.

[19] Ex parte Wappler 1934, 26 USPQ (United States Patents Quarterly), 191; ex parte Kettering 1937, 35 USPQ 342, US-Patent 2098295, 1937; ex parte Campell 1952, 99 USPQ 51; Ex-Parte Entscheidungen sind erneute Prüfungen von Paten-

Davor war die Einstellung der amerikanischen Gesellschaft gegen Verfahrenpatente sehr ausgeprägt. Im Jahre 1856 reichte die *Goodyear Tire Company* ein Patent ein, welches die Vulkanisation von Gummi zum Gegenstand hatte. Dieses Patent wurde für die Herstellung von Zahnprothesen verwendet. Dabei bestand die „*Dental Vulcanite Company*“[20] auf ihre hohen Lizenzgebühren und klagte diese auch gerichtlich ein. Es folgten Proteste von Zahnärzten und Verbänden. 1879 wurde *Josiah Bacon*[21] auf offener Straße von einem erzürnten Zahnarzt erschossen.[22] Dieser drastische Fall zeigt, welche Einstellung die amerikanische Gesellschaft zu Monopolen[23] im medizinischen Sektor einnimmt.

In den Entscheidungen „ex parte Brinkerhoff“[24] und „Martin v. Weyth“[25] werden Heilverfahren von der Patentierung noch ausgenommen.

Erst im Jahre 1954 wird in der Entscheidung „ex parte Scherer“[26] eine Patentierung gewährt mit der Begründung, dass weder eine gesetzliche Grundlage gegeben ist, noch die Patentierung versagt werden kann, nur weil der menschliche Körper Gegenstand der Behandlung ist. Die Entscheidung „ex parte Scherer“ war nunmehr die Grundlage für die Patentierung medizinischer Verfahren jeglicher Art.

Das starke Misstrauen[27] gegenüber großen Konzernen bestand aber weiterhin und wurde in der damaligen Behandlung von Lizenzvereinbarungen deutlich, welche als kartellrechtliche Verstöße[28] geahndet wurden. In den unterschiedlichen Gerichtsbezirken kam es trotz bundeseinheitlichen Patentgesetzes und der Entscheidung, Diagnostizierverfahren die Patentierung zu gewähren, weiterhin zu einer uneinheitlichen Behandlung von Patentanträgen. 1982 wurden die verschiedenen Gerichtsbarkeiten in dem „Court of Appeals for the Federal Circuit“ (CAFC)[29] vereint und somit erstmals ein spezialisiertes Gericht geschaffen, welches die letzte Instanz für Patentsachen darstellt.[30] Damit einhergehend nahm die Bereitschaft, Verfahrenspatente gerichtlich durchzusetzen, stetig zu.[31]

1994 brachte der Fall Pallin gegen Singer[32] die andauernde Diskussion um die Patentierbarkeit von medizinischen Verfahren abermals in die öffentlichen Medien.[33] Die Unzufriedenheit der Ärzte führte zur Gründung einer Organisation gegen medizinische Verfahrenspatente (MPPC)[34] unter der Leitung der American Society of Cataract and Refractive Surgery (ASCRS). Sie verfolgten das Ziel einer Gesetzesänderung.[35] Mit ihrer Unterstützung wurde am 3.3.1995 ein erster Gesetzesentwurf[36] von dem als Mediziner selbst betroffenen Abgeordneten *Greg Ganske*[37] unter der Mithilfe von *Ron Wyden*[38] in das Repräsentantenhaus eingebracht.

Dieser Gesetzgebungsentwurf sieht den Ausschluss der Patentierung auf materieller Ebene für therapeutische, diagnostische und insbesondere chirurgische Verfahren vor. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn die Vorrichtung oder das Instrument, mit dem das Verfahren vorgenommen wird, seinerseits noch patentierbar, d.h. neu und erfinderisch ist. Der Entwurf wurde jedoch vom Abgeordnetenhaus nicht angenommen. Die *American Bar Association* (ABA) wendete sich gegen den Gesetzgebungsentwurf des House of Representatives (H.R. 1127), da er nicht mit der amerikanischen Verfassung (Art. I, § 8, S. 8) vereinbar sei.[39] Zudem sah die

ten, an denen im Gegensatz zu „Inter Partes Entscheidungen“ der Kläger nicht am Verfahren teilnimmt.

[20] Tochtergesellschaft von „*Goodyear Tire Company*“.

[21] Geschäftsführer von *Goodyear*.

[22] *Ring,* The Rubber Denture Murder Case: The True Story oft the Vulcanite Litigations, 32 Bulletin Of The History Of Dentistry 1984, 1 (3 ff.).

[23] So *Bodewig,* in der Anmerkung zu Diamond v. Chakrabarty 1980, 206 U.S.P.Q. 193 (197); GRUR Int. 1980, 627 (632).

[24] Ex parte Brinkehoff 1883, 24 Commisson MS Decision 349, 27 JPTOS 797.

[25] Martin v. Wyeth 1951, 89 U.S.P.Q. 238 (243).

[26] Ex parte Scherer 1954, 103 U.S.P.Q. 107.

[27] *Avery/ Mayer*, Das US Patent, 2. Aufl. 1982, S. 8 f.

[28] Hensley Equip. Co. v. Esco Corp., 383 F.2d 252; 155 U.S.P.Q. 183, 5th Circuit 1967.

[29] Federal Courts Improvements Act 2. April 1982, H.R. 4482 Publ. Law 97-164, 96 Stat. 25, vgl. 28 U.S.C. § 1295.

[30] *Schneider,* GRUR Int. 2000, 863 (866).

[31] US-Patente: 4127118 – Method of effecting and enchancing an erection; 4858614 – Methods of an apparatus for postioning and aiming an ultrasonic probe; 4986274 – Fetal anatomics sex assignment by ultrasonography during early pregnancy; 5046494 – Phototherapy method; 5080111 – Method of making self-sealing episcleral incision.

[32] Pallin v. Singer, No. 593CV202 (D. Vt. filed July 6, 1993), zitiert in Agency Opposes Bills to Create Patent Exception for Medical Procedures, 1995 BNA-DAILY REPORT FOR EXECUTIVES 203 (Oct. 20, 1995).

[33] Siehe *Kimberly*, Does Granting Rights to Medical Methods Imperil Patients?, Chicago Sun Times, 10.2.1994; *Felsenthal*, Medical Patents Trigger Debate Among Doctors, Wall Street Journal, 11.08.1994; *McCormick*, Just reward or just plain wrong? American Medical News, 5.9.1994; *Riordan*, New legislation seeks to exclude surgical procedures from patent protection, New York Times, 6.3.1995; *Geggis*, Medicine nervously eyes cataract suit, The Burlington Free Press, 8.4.1995; *Chartrand*, Why Is This Surgeon Suing?, New York Times, 8.6.1995; *Pallin*, Patents spread new ideas, USA TODAY, 19.6.1995; *Squires*, AMA Condemns Patents For Medical Procedures, Washington Post, 20.6.1995; *Stodghill II*, First, Do No Harm. Then, Get A Patent, Business Week, 24.7.1995.

[34] Die *MPPC = Medical Procedure Patents Coalition*.

[35] Vgl. Resolution 2, AMA Council on Ethical and Judicial Affairs Report 1-A-94.

[36] H.R. 1127, 104th Congress, 1195.

[37] Republikaner für den Staat Iowa.

[38] Demokrat für den Staat Oregon.

[39] Testimony of *Dunner*, Chair, Section of Intellectual Property Law American Bar Association to Sucommittee on

ABA keinen Grund, von der bereits 200 Jahre alten Patentierungspraxis abzuweichen. Die USA hätten eine führende Stellung im Bereich der Medizintechnik wegen und nicht trotz ihres Patentierungssystems.[40] So befürchtete die *ABA*, dass neue Verfahren nicht mehr offen gelegt würden, da ohne Patente der Anreiz dazu fehlt.[41] Auffällig war die Meinung, dass die Glaubwürdigkeit der USA in Bezug auf ihr Bemühen um die Harmonisierung des internationalen Patentrechts beschädigt werden könnte, würde man dem Entwurf zustimmen.[42]

Die *American Intellectual Property Law Association* (AIPLA) sprach sich ebenso gegen den Entwurf aus. Es sei kritisch, den Entwurf anzunehmen, obwohl die USA gleichzeitig versucht hatten, die Ausnahmetatbestände des Art. 27 Abs. 3 TRIPS zu verhindern, der es den Mitgliedstaaten erlaubt, diagnostische, therapeutische und chirurgische Verfahren für die Behandlung von Menschen oder Tieren sowie Pflanzen und Tiere von der Patentierung auszunehmen.[43] Die *AIPLA* sieht es daher als ungeschickt und widersprüchlich an, auf nationaler Ebene einen Ausnahmetatbestand entsprechend dem Entwurf H.R. 1127 einzuführen.[44] Mit ähnlichen Argumenten sprach sich auch die *Biotechnology Industry Organisation* (BIO) gegen den Entwurf aus.[45] Die *American Academy of Ophthalmology* (AAO) unterstützte den Entwurf. Eine Behinderung der allgemeinen Heilversorgung durch Patente, eine Kommerzialisierung medizinischer Verfahren, die Hemmung des Wissens- und Kenntnisflusses sowie Einschnitte in das Vertrauensverhältnis von Arzt und Patient seien zu verhindern.[46]

Die *American Society of Cataract and Retractive Surgery* (ASCRS) äußerte Bedenken gegen den Gesetzgebungsentwurf H.R. 1127[47] und förderte deshalb den Gesetzesentwurf, der von Senator *William Frist*[48] eingebracht wurde. Danach sollte eine Einschränkung nicht auf materieller Ebene, sondern in der Wirkung des Patentes für medizinische Verfahren vorgenommen werden. Es sollte ein Ausnahmetatbestand in Art. 35 U.S.C. § 271 für einen bestimmten Personenkreis und für bestimmte Handlungen hinsichtlich einer Patentverletzung geschaffen werden. Folglich würden die Handlungen von Ärzten, Arzthelfern, Heilversorgungseinrichtungen (Krankenhäuser, medizinische Fakultäten, Sanatorien oder Arztpraxen) und Patienten nicht mehr den Tatbestand der Patentverletzung erfüllen.[49] Der Vorteil bestehe darin, dass das Patentamt weiterhin Patente auf medizinische Verfahren erteilen könnte. Zudem bliebe dem Patentinhaber die Möglichkeit, gegen Patentverletzer, die nicht den Ausnahmetatbestand erfüllen, gerichtliche Schritte einzuleiten.[50] Man hoffte, mit der Biotechnologie-Industrie einen Kompromiss gefunden zu haben. Jedoch wehrte sich diese strikt gegen den Gesetzgebungsentwurf, da man Ärzte nicht mehr auf eine mögliche Patentverletzung bei der Verwendung eines bestimmten Produktes hinweisen könnte.[51] Der Entwurf wurde abgewiesen. Dieses Argument der Biotechnologie-Industrie überraschte, da regelmäßig beteuert wurde, man habe kein Interesse an der Abmahnung von Ärzten.[52]

Am 27.09.1996 brachte Senator *William Frist* einen neuen Gesetzgebungsentwurf in den Senat ein. Er änderte seinen ersten Entwurf derart ab, dass nicht mehr die Fiktion den Rechtfolgenausschluss bewirken sollte, sondern ein neuer Absatz in Art. 35 U.S.C. § 287 geschaffen wurde, der die Grenzen der Patentverletzung regelt. Folglich erfüllte eine medizinische Fachkraft zwar den Verletzungstatbestand des Art. 35 U.S.C. § 271 lit. (a) / (b), allerdings war damit nicht die Rechtsfolge des Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruches verbunden. Der Entwurf scheiterte abermals im Senat.

Erst der Gesetzgebungsentwurf H.R. 4278 brachte am 30.09.1996 den Durchbruch und wurde im Repräsentantenhaus und dem Senat bestätigt. Er trat am gleichen Tag in Kraft.[53] Somit gibt es seit dem 01.10.1996 eine Einschränkung für medizinische Verfahrenspatente in Form eines Rechtsfolgenausschlusses für medizinische Fachkräfte.

Der um einen Absatz erweiterte Artikel lautet wie folgt:

> Art. 35 U.S.C. § 287 (c):
> „With respect to a medical practitioner's performance of a medical activity that constitutes an infringement under section 271(a) or (b) of this title, the provisions of sections 281, 283, 284, and 285 of this title shall not apply against the medical practitioner or against a related health care entity with respect to such medical activity."

Courts and Intellectual Property Committee on the Judiciary U.S. House of Representatives, 19.10.1995, S. 1.

[40] Testimony of *Dunner* (Fn. 39), S. 2.

[41] Testimony of *Dunner* (Fn. 39), S. 4; ebenso: Statement of *Kirk*, Executive Director of the AIPLA fort he subcommittee on Courts and Intellectual Property, Committee and the Judiciary U.S. House of Representatives, 19.10.1995, S. 4.

[42] Testimony of *Dunner* (Fn. 39), S. 7-14.

[43] Statement of *Kirk* (Fn. 41), S. 5.

[44] Statement of *Kirk* (Fn. 41), S. 5.

[45] Siehe Statement of *Baldino*, Jr. President und CEO Cephalon Inc. For the Subcommittee on Courts and Intellectual Property, Committee on the Judiciary U.S. House of Representatives, 19.10.1995; weiter auch Stellungnahme von *Noonan*, Klarquist, Sparkman, Campbell, Leigh & Whinston, Portland, Oregon, 19.10.1995.

[46] Introduction Testimony of H. Dunbar Hoskins House Judiciary Subcommittee on Courts and Intellectual Property Hearing on H.R. 1127, 19.10.1995.

[47] Vgl. Einleitung zur Stellungnahme von *Kelman*, President ASCRS, House Judiciary Subcommittee on Courts and Intellectual Property Hearing on H.R.1127, 19.10.1995.

[48] *Frist*, Republikaner für den Staat Tennessee.

[49] H.R. 1127, 104th Congress, 1st Session, 1334.

[50] Siehe *Murphy*, Procedure Patent Bills Face Hefty Opposition, Ocular Surgery News, 15.12.1995.

[51] So *Noonan* in: Kevin Murphy, Procedure Patent Bills Face Hefty Opposition, Ocular Surgery News, 15.12.1995.

[52] Vgl. *Portmann* in: Murphy, Procedure Patent Bills Face Hefty Opposition, Ocular Surgery News, 15.12.1995.

[53] Patent, Trademark & Copyright Law (BNA), Vol. 52, 1996, S. 597.

Dem Gesetzentwurf wurden Auslegungshinweise angefügt, die einzelne Tatbestandsmerkmale näher definieren und teilweise Grenzen für die Auslegung ziehen.[54]

Es werden für die entscheidenden Begriffe, wie „medical activity", „medical practitioner", „related health care entity" und „professional affiliation" detaillierte Definitionen geboten, so dass eine genaue Eingrenzung des Sach- und Personenkreises möglich ist.

Während in den USA durch die Definitionen klare Linien vorgegeben sind, besteht im europäischen Raum für die einzelnen Tatbestandsmerkmale Auslegungsbedarf. Insbesondere wird darüber diskutiert, was unter einem Diagnostizierverfahren zu verstehen ist.

III. Entwicklung des Begriffs der Diagnostizierverfahren in Europa

1. Divergenz der Entscheidungen T 385/86[55] und T 964/99[56] der Technischen Beschwerdekammer des EPA

a) Die Entscheidung T 385/86[57] – Eine enge Auslegung des Art. 52 Abs. 4 S. 1 EPÜ

In der Entscheidung T 385/86 hat die Beschwerdekammer des EPA festgestellt, dass nur solche Verfahren vom Patentschutz ausgenommen werden können, die einem Heilzweck dienen, damit niemand an der Ausübung der Heilkunst durch Patentrechte gehindert wird.[58] Dieser Heilzweck fehlt bei Untersuchungsverfahren, die nicht das Erkennen pathologischer Zustände, sondern beispielsweise die Beobachtung von Körperfunktionen bezwecken.[59] Gleiches gilt für Verfahren zur Feststellung oder Verhütung einer Schwangerschaft,[60] da diese kein pathologischer Zustand ist.[61]

Ob an Untersuchungsverfahren, die aus anderen Motiven als dem der Heilkunde am lebenden menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden, ein Arzt beteiligt ist, spielt keine Rolle für die Frage der Patentierbarkeit.[62] Das jeweilige medizinische Verfahren muss lediglich im gewerblichen Bereich durchführbar sein.[63]

Nach der Entscheidung T 385/86 ist Art. 52 Abs. 4 S. 1 EPÜ eine Ausnahmeregelung und als solche eng auszulegen. Dies führt dazu, dass nur diejenigen Verfahren von der Patentierung auszunehmen sind, deren Ergebnis unmittelbar gestattet, über eine medizinische Behandlung zu entscheiden.[64] Dieser Gedanke wird durch Art. 52 Abs. 4 S. 2 EPÜ gestützt, wonach das Patentierungsverbot nicht für Erzeugnisse gelten soll, die in medizinischen Verfahren zur Anwendung kommen.

Schon 1982 wurde festgestellt, dass ein von der Patentierung auszuschließendes diagnostisches Verfahren, das am menschlichen Körper durchgeführt wird, nicht nur die Diagnose als Ergebnis umfasst, sondern auch die Untersuchung, die zu einer Diagnose führt.[65]

In der Entscheidung T 385/86 heißt es, dass Diagnostizierverfahren alle Schritte umfassen müssen, die beim Stellen der ärztlichen Diagnose benötigt werden.[66]

Unter allen Schritten in einem Diagnostizierverfahren versteht man die Aufnahme der Krankengeschichte, das Betrachten, Betasten und Abhorchen von Körperpartien und die Vielzahl der medizinisch technischen Untersuchungen und Tests, sowie den Vergleich der gewonnenen Untersuchungsdaten mit Normwerten, die Feststellung einer signifikanten Abweichung bei diesem Vergleich und schließlich die Zuordnung der Abweichung zu einem bestimmten Krankheitsbild. Zusammenfassend spricht man von den drei Schritten der Untersuchungs- und Datensammlungsphase, der Klarstellung des Symptoms und der deduktiven[67] medizinischen Entscheidungsphase.[68] Fehlt einer der drei Verfahrensschritte, so liegt kein Diagnostizierverfahren vor, sondern allenfalls ein Verfahren, welches in einem Diagnostizierverfahren verwendet werden kann.[69] Dadurch sind Verfahren, die ledig-

[54] Congress Record 28.09.1996, Patent, Trademark & Copyright Law (BNA), Vol. 52, S. 612-613.

[55] Technische Beschwerdekammer des EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308.

[56] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4.

[57] EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308.

[58] EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308 (3.2 der Entscheidungsgründe).

[59] BPatGE 26, 110; im Einzelfall kann jedoch die gewerbliche Anwendbarkeit fehlen.

[60] EPA T 74/93, ABl. EPA 1995, S. 712 (717); anders DPA Bl.f.PMZ 1954, 322 für den Fall innerer, psychologisch wirkender Anwendung; EPA T 820/92, ABl. EPA 1995, S. 113 (119 ff.) sieht ein Verfahren, das in der kombinierten Verabreichung eines Empfängnisverhütungsmittels und eines Mittels zur Abwendung von dessen schädlichen Nebenwirkungen besteht, als therapeutisch und deshalb nicht patentierbar an.

[61] Das gleiche wäre für ein Verfahren zur Schwangerschaftsunterbrechung anzunehmen. Doch sind diese per Gesetz nur durch Ärzte anwendbar, sodass ihnen von der deutschen Rechtsprechung wohl die gewerbliche Anwendbarkeit abgesprochen würde.

[62] So BPatG Mitt. 1984, 214 (215 f.).

[63] EPA T 36/83, ABl. EPA 1986, S. 295; EPA T 144/83, ABl. 1986, S. 301.

[64] EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308 (3.2 der Entscheidungsgründe).

[65] Vgl. Schweizerisches BG GRUR Int. 1983, 316.

[66] EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308 (3.3 der Entscheidungsgründe).

[67] Deduktion meint, dass man das Besondere aus dem Allgemeinen erschließt, logisch folgert.

[68] Vgl. *Brockhaus*, Brockhaus Enzyklopädie, Band 4, 17. Aufl. 1968, S. 684; *A. Black/ C. Black*, The New Encyclopaedia Britannica, Macropaedia, 9. Aufl. 1977, Band 5, S. 684; *Gillon/ Hollier-Larousse/ Ibos-Augé/ C. Moreau, J.-L. Moreau*, La Grande Encyclopédie Larousse, 10. Aufl. (1. Ergänzungsband) 1973, Band 7, S. 3833.

[69] Vgl. die folgenden Entscheidungen der Beschwerdekammern des EPA: EPA T 530/93, nicht veröffentlicht: Verfahren zur Herstellung von Bildern eines menschlichen Herzens mittels eines NMR-Bildsystems. Dies ist lediglich ein Datensammlungsverfahren, das Zwischenergebnisse liefert und mithin kein Diagnoseverfahren; EPA T 1165/97, nicht veröf-

lich Zwischenergebnisse liefern, keine Diagnostizierverfahren, auch wenn sie beim Stellen der Diagnose verwertbar sind.

Mithin kann das Verfahren in der Entscheidung T 385/86 nicht zu einem Diagnostizierverfahren i. S. d. Art. 52 Abs. 4 EPÜ qualifiziert werden, da es nicht alle beim Stellen einer ärztlichen Diagnose auszuführenden Schritte enthält. Es ist vielmehr ein patentierfähiges Messverfahren, durch das selbst nicht deutlich wird, ob eine bestimmte Krankheit vorliegt. Auch ist das Merkmal „am Körper vorgenommen" nicht erfüllt, da der Messwert erst nach weiteren technischen Schritten außerhalb des Körpers erkennbar ist. Diese weiteren Schritte können auch ausgeführt werden, ohne dass der menschliche oder tierische Körper präsent ist.[70]

Die Technische Beschwerdekammer legt den Begriff des Diagnostizierverfahrens eng aus. Für seine Bejahung ist es nötig, dass alle Schritte für eine Diagnose vorhanden sind (die Untersuchungs- und Datensammlungsphase, die Beschreibung des Symptoms und die Diagnose), ein Arzt zumindest für einen Schritt beteiligt ist und dass die Untersuchung und Feststellung des Symptoms am Körper vorgenommen wird.

Mehrere spätere Entscheidungen des EPA wenden die Grundsätze aus T 385/86 an.[71] Unter anderem wurde der dreistufige Aufbau des Diagnostizierverfahrens in der Entscheidung T 807/98[72] weiterentwickelt. Es ging dabei um Mess- und Vergleichsschritte, die dem Erkennen von Funktionsstörungen eines Organs dienen. Etwaige pathologische Abweichungen werden durch ein entsprechendes Ausgangssignal festgestellt. Während bei dem in T 385/86 beanspruchten Verfahren lediglich quantitative Werte ermittelt werden,[73] liegt in T 807/98 zusätzlich eine Umwandlung von quantitativen Werten in ein Signal vor. Dieses Signal stellt eine qualitative Information dar. Je nachdem wie das Signal ausfällt, kann Auskunft darüber gegeben werden, ob ein krankhafter Zustand vorliegt. Mithin kann auch die negative Feststellung, dass eine bestimmte Krankheit auszuschließen ist, diagnostischen Charakter haben.

Von der Beschwerdekammer wurde ebenso geklärt, was die Beschreibung „am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen" bedeuten soll. Die Kammer führt aus, dass sowohl die Untersuchungsphase als auch die Feststellung des Symptoms am lebenden menschlichen oder tierischen Körper vor- und wahrgenommen werden müssen.[74]

Die Bewertung dieser ersten beiden Verfahrensschritte ist unabhängig davon, ob sie von einem Arzt oder etwa in einer Datenverarbeitungsanlage vorgenommen werden. Jedoch ist ein Arzt zumindest für einen der drei Verfahrensschritte erforderlich.[75]

Neben den bestätigenden Einscheidungen, gab es auch eine Tendenz des EPA, von den Grundsätzen aus T 385/86 abzuweichen.

Eine dieser sich distanzierenden Entscheidungen des EPA trägt das Aktenzeichen T 655/92. Die Kammer stellt fest, dass bei einer intravenösen Verabreichungsform zunächst durch Injizierung weniger Tropfen die Verträglichkeit durch medizinisch geschultes Personal festgestellt werden muss. Dabei soll es für die Annahme eines Diagnoseverfahrens genügen, dass einige Schritte des Verfahrens medizinischen Charakter haben.[76]

Ebenso weicht die Entscheidung T 329/94 von T 385/86 ab. Die Kammer kommt zu dem Schluss, dass es nicht darauf ankommt, ob der jeweilige Verfahrensschritt von einem Arzt oder einer anderen Person, die über medizinische Kenntnisse verfügt, oder lediglich unter Aufsicht einer solchen Person durchgeführt wird. Wichtiger sind der Zweck und die Wirkung des jeweiligen vorgenommenen Verfahrensschritts.

b) Die Entscheidung T 964/99 - Eine weite Auslegung des Art. 52 Abs. 4 S. 1 EPÜ -

Den Gegensatz zur Entscheidung T 385/86 bildet die Entscheidung T 964/99.[77] Es wird festgestellt, dass die Argu-

fentlicht: Verfahren für die Verwendung einer vaginalen Ausflusssammelvorrichtung. Es wird bestätigt, dass ein Verfahren, damit es von der Patentierbarkeit ausgeschlossen ist, Ergebnisse liefern muss, die unmittelbar eine Entscheidung über eine medizinische Behandlung ermöglichen. Hier ist dies nicht erfüllt; EPA T 400/87 nicht veröffentlicht: Ein Kernresonanzverfahren mit Verweis auf EPA T 385/86, es liegt lediglich ein Untersuchung- und Datensammlungsverfahren vor, das Zwischenergebnisse liefert. Die Abweichung von Ist- und Sollwert ist nur anhand der Diagrame, nicht aber am Körper selbst wahrnehmbar. Ein Diagnoseverfahren liegt nicht vor.

[70] EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308 (4.2 und 4.3 der Entscheidungsgründe).

[71] EPA T 775/92 nicht veröffentlicht: Beansprucht wird ein mehrere Schritte umfassendes Verfahren zur Ermittlung der Knochendichte zur Auswertung einer Röntgenaufnahme eines Knochens. Die Umschreibung „Auswertung einer Röntgenaufnahme" sei so vage und allgemein, dass auch ein diagnostisches Verfahren darunter fallen kann.
EPA T 629/98 nicht veröffentlicht: Das Verfahren ermöglicht, Lungentumore in einem Patienten festzustellen, nachdem ihm ein Präparat verabreicht wurde. Folglich ist es ein am menschlichen Körper vorgenommenes Verfahren, das unmittelbar ein Krankheitsbild liefert. Nach den Kriterien aus EPA T 385/86 liegt ein Diagnostizierverfahren vor.

[72] EPA T 807/98, nicht veröffentlicht.

[73] EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308 (3.4 der Entscheidungsgründe).

[74] EPA T 1038/00, nicht veröffentlicht: Dieses Verfahren ist an einer Probe durchzuführen, folglich ist es nicht „am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen". Typisch für Diagnoseverfahren seien entsprechend EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308 (4.3.1 der Entscheidungsgründe), ein Allergietest, ein Verfahren zur Feststellung der Durchgängigkeit einer Körperröhre, ein Verfahren, bei dem Scharlachflecken direkt betrachtet oder photographiert werden oder eine Körperspiegelung zur Feststellung von Leberschäden.

[75] EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308 (2. Leitsatz).

[76] Vgl. EPA T 606/96 nicht veröffentlicht.

[77] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 ff.

mentation aus T 385/86 die Bedeutung des Ausdrucks „Diagnostizierverfahren“, die am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden" in Art. 52 Abs. 4 EPÜ mit der herkömmlichen Bedeutung des Begriffs „Diagnose“ gleichsetzt und somit impliziert, dass „Diagnostizierverfahren“ in der Regel gedankliche Tätigkeiten darstellen, die nicht am Körper und von einem medizinisch qualifizierten Fachmann durchgeführt werden.[78] Entsprechend dieser Ansicht sind auch solche Verfahren von der Patentfähigkeit ausgeschlossen, die als Ergebnis eines vollautomatischen Betriebs von technischen Vorrichtungen eine mehr oder weniger vollständige Diagnose liefern. Die Grundsätze in T 385/86 führen ebenso zu der Schlussfolgerung, dass „manuelle Verfahren“ der körperlichen Untersuchung durch einen Arzt nicht von der Patentfähigkeit ausgenommen sind.

Die Kammer vertritt die Ansicht, dass durch die in T 385/86 angewandte restriktive Auslegung für das Merkmal des Diagnostizierverfahrens ein anderer Standard festgelegt wird, als für die Merkmale des chirurgischen und therapeutischen Verfahrens.[79] Es wird auf die Entscheidungen T 655/92 und T 329/94 hingewiesen, die sich von der Auslegung aus T 85/86 bereits distanzierten, was belegt, dass sich die Rechtsprechung im Bereich der Diagnostizierverfahren nicht durchweg der restriktiven Auslegung von T 385/86 angeschlossen hat. [80]

Die Beschwerdekammer nimmt eine eigene sprachliche Analyse der Begriffe „Diagnose“ und „Diagnostik“ vor. Diese Analyse basiert darauf, dass das EPÜ „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung“ auszulegen ist.[81] Sie kommt zu dem Ergebnis, dass alle am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommenen Verfahren, die sich auf die Diagnose beziehen oder für Diagnosezwecke von Nutzen sind, von der Patentierbarkeit ausgeschlossen sein sollen.[82]

Dabei muss lediglich einer der drei Schritte eines Diagnostizierverfahrens (die Untersuchungs- und Datensammlungsphase, die Beschreibung des Symptoms und die Diagnose) einen Bezug zur Diagnose aufweisen.[83] Die Tatsache, dass das in T 964/99 beanspruchte Verfahren vom Patienten selbst durchgeführt werden kann, soll irrelevant sein. Auch dass seine Anwendung keine besonderen Auswirkungen auf den Körper hat und nicht mit einem gravierenden Gesundheitsrisiko verbunden ist, habe keinen Einfluss. Eine Ausnahme stellt die NMR-Technik[84] dar. Die in ihr beanspruchten Verfahrensschritte betreffen lediglich den internen Betrieb einer technischen Vorrichtung. Dabei liegt die ausschließliche Kontrolle in der Hand eines Fachmanns für NMR-Technik, so dass ein solches Verfahren, wie auch in T 385/86, patentfähig ist.

In T 964/99 ist der entscheidende Schritt, der diagnostischen Charakter aufweist, die Entnahme eines Körperstoffs zu Diagnosezwecken.[85] Diese Entnahme ist als eine grundlegende diagnostische Tätigkeit anzusehen, für die ein Arzt Verantwortung trägt.[86] Welches technische Mittel verwendet wird, sei irrelevant.[87]

Nach T 964/99 ist somit ein Diagnostizierverfahren auch dann gegeben, wenn nicht alle für eine Diagnose notwendigen Schritte vorliegen und zumindest ein Schritt mit Diagnose-Bezug am Körper vorgenommen wird. Dabei spielt es keine Rolle, ob ein Arzt erforderlich ist oder nicht.

2. Die Stellungnahme der Großen Beschwerdekammer, G 1/04 vom 16.12.2005[88]

Die Entscheidung T 385/86 ist von einer engen Auslegung geprägt. Ein Diagnostizierverfahren liegt nach ihr vor, wenn alle für eine Diagnose relevanten Schritte vorhanden sind, ein Arzt zumindest für einen Schritt beteiligt ist und die Untersuchung und Feststellung des Symptoms am Körper vorgenommen wird.

In T 964/99 ist dagegen eine weite Auslegung vorgenommen worden, nach der ein Diagnostizierverfahren auch dann gegeben ist, wenn nicht alle für eine Diagnose notwendigen Schritte vorliegen. Die Beteiligung eines Arztes ist nicht von Belang und mindestens ein Verfahrensschritt mit diagnostischem Bezug muss am Körper vorgenommen werden.

Dieser Widerspruch zwischen T 385/86 und T 964/99 führt dazu, dass der damalige Präsident des Europäischen Patentamts, *Ingo Kober*, gemäß Art. 112 I b) EPÜ eine Vorlage an die Große Beschwerdekammer am 29.12.2003 übergab.[89] Die Stellungnahme der Großen Beschwerdekammer erfolgte in Form der G 1/04 vom 16.12.2005 und soll Klarheit schaffen.[90]

Die Kammer stellt fest, dass bei der Auslegung des Terminus „Diagnostizierverfahren, die am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden“ verschiedene Aspekte zu berücksichtigenden sind. Der Zweck des Art. 52 Abs. 4 EPÜ, die unterschiedlichen Interessen an Diagnostizierverfahren und vor allem das Bedürfnis nach Rechtssi-

[78] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (3.5 der Entscheidungsgründe).
[79] Vgl. EPA T 35/99, ABl. EPA 2000, S. 447 und EPA T 82/93, ABl. EPA 1996, S. 274.
[80] Siehe EPA T 329/94 ABl. EPA 1998, S. 241 (4 der Entscheidungsgründe); vgl. EPA T 655/92 ABl. EPA 1998, S. 17 (1. und 2. Leitsatz und 5.2 und 5.3 der Entscheidungsgründe); EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4, (3.7 der Entscheidungsgründe).
[81] Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, vgl. auch G 1/83, ABl. EPA 1985, S. 60, 4, 5.
[82] So EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (4.4 der Entscheidungsgründe).
[83] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (1. Leitsatz).
[84] NMR = Nuclear Magnetic Resonance.
[85] Siehe EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (5.1 der Entscheidungsgründe).
[86] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (6.2 der Entscheidungsgründe).
[87] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (3. Leitsatz).
[88] EPA, G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff.
[89] EPA, Az. 303243-54.9, A52(4), 29.12.2003.
[90] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff.

cherheit müssen beachtet werden.[91] Nach der Beschwerdekammer ist Diagnose die Feststellung von Krankheiten und das Erkennen oder Ausschließen anormaler Körperzustände.[92] Diagnostik ist die Fähigkeit, einen pathologischen Zustand zu erkennen, um das jeweilig erforderliche Heilverfahren einzuschlagen. Sie umfasst grundsätzlich sowohl die Erhebung der Fakten zur Erkennung und systematischen Einordnung des Krankheitsbildes als auch die schlussfolgernde Wertung.[93] Damit ein Verfahren von der Patentierbarkeit ausgeschlossen ist, muss das ermittelte Ergebnis gestatten, unmittelbar über eine medizinische Behandlung zu entscheiden. Daraus wird abgeleitet, dass „Diagnose" für Heilzwecke im engeren Sinne eine rein intellektuell geistige Tätigkeit[94] darstellt und mithin die „Diagnose" dem Patentschutz nicht zugänglich sein kann.

Jedoch ist zu bedenken, dass ein Diagnostizierverfahren als Erfindung gilt.[95] Folglich müssen außer einer reinen Gedankentätigkeit, in Form der „Diagnose", ebenso technische Schritte vorliegen.[96] Diese sind die Untersuchungs- und Datensammlungsphase und die Beschreibung des Symptoms.

Wie in der Entscheidung T 385/86 soll ein Diagnostizierverfahren folglich drei Schritte enthalten.[97] Verfahren, die nur Zwischenergebnisse liefern, stellen keine Diagnostizierverfahren dar und sind aus Gründen der Rechtssicherheit vom Patentschutz ausgeschlossen.[98] Damit wird die gängige Praxis bestätigt und dem in der Entscheidung G 1/04 beschriebenen Zweck des Art. 52 Abs. 4 EPÜ Rechnung getragen, nach dem Human- oder Veterinärmediziner von Behinderungen durch Patente freizuhalten sind.[99]

Aus Art. 4 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 1 EPÜ folgt, dass das EPA die Aufgabe hat, Patente zu erteilen.[100] Im Lichte dieses Rechtsgedanken ist die Ausschlussbestimmung des Art. 52 Abs. 4 EPÜ eng auszulegen. Dies hat wiederum zur Folge, dass alle der „Diagnose" vorgelagerten technischen Schritte am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden müssen.[101] Die Entscheidung G1/04 orientiert sich streng am Wortlaut und an der restriktiven Auslegung des Merkmals „Diagnostiziererfahren" in der Entscheidung der Beschwerdekammer des EPA T 385/86.

Als Konsequenz aus der in der Entscheidung G 1/04 genannten Definition des Begriffs „Diagnose" ergibt sich, dass sich das Kriterium „am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen" nur auf die technischen Verfahrensschritte beziehen kann[102]. Eine spezifische Art oder Intensität der Wechselwirkung mit dem Körper verlangt Art. 52 Abs. 4 EPÜ nicht. „Am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen" ist jegliche Wechselwirkung mit dem Körper, die dessen Anwesenheit erfordert.[103]

Falls alle oder einige der technischen Verfahrensschritte ohne Wechselwirkung mit dem Körper ausgeführt werden können, ist das Kriterium „am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen" nicht erfüllt und es kommt nicht zum Patentierungsausschluss.[104] Dies trifft insbesondere für In-vitro-Verfahren[105] zu. Aus Gründen der Rechtssicherheit müssen alle technischen Verfahrensschritte eines Diagnostizierverfahrens (Untersuchungs- und Datensammlungsphase, die Beschreibung des Symptoms) das Kriterium „am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen" erfüllen, damit das Verfahren als ganzes von der Patentierbarkeit ausgeschlossen wird.[106]

3. Auswertung der Entscheidung

a) Sprachliche Analyse

In den Entscheidungen der Beschwerdekammer mit den Aktenzeichen T 964/99 und T 385/86 ist eine unterschiedliche Auffassung über die Termini „Diagnose" und „diagnostisches Verfahren" auffällig.

Die Analyse des Begriffes „Diagnostizierverfahren, die am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden" in der Entscheidung T 385/86 wird in der Entscheidung T 964/99 bemängelt. Die Kammer stelle den Begriff mit dem Ausdruck „Diagnose" gleich. Folglich sollen „Diagnostizierverfahren" Tätigkeiten abdecken, die nicht am Körper vorgenommen werden. Es sei in erster Linie eine gedankliche Tätigkeit, die vom medizinischen Fachmann geleistet wird.[107] Jedoch wird vernachlässigt, dass die Kammer in ihrer Ent-

[91] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 3. der Entscheidungsgründe.

[92] BPatGE 2, 1 = Bl.f.PMZ 1962, 306; vgl. High Court Tokio IIC 2003, 433 LS: Verfahren zur optischen Diagnose der Aussichten auf Wiederherstellung nach chirurgischer Operation. So auch EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 5.1 der Entscheidungsgründe.

[93] Vgl. Schweizerisches BG, GRUR Int. 1983, 316; BPatG Mitt. 1984, 214 (215 f.).

[94] So EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 5.2 der Entscheidungsgründe.

[95] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 4 der Entscheidungsgründe.

[96] Siehe EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 5.3 der Entscheidungsgründe.

[97] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 5 der Entscheidungsgründe.

[98] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 6.2.3 der Entscheidungsgründe.

[99] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 6.1 der Entscheidungsgründe.

[100] Entsprechend EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 6 der Entscheidungsgründe.

[101] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 3. Leitsatz.

[102] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 6.4.1 der Entscheidungsgründe.

[103] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 6.4.2 der Entscheidungsgründe.

[104] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 6.4.3 der Entscheidungsgründe.

[105] In vitro = In vitro-Experimente werden in einer kontrollierten künstlichen Umgebung außerhalb eines lebenden Organismus durchgeführt, z.B. im Reagenzglas.

[106] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 6.4.4 der Entscheidungsgründe.

[107] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (3.5 der Entscheidungsgründe).

scheidung T 385/86 lediglich den Begriff der Diagnose als Grundlage für die Herleitung einer Definition für Diagnostizierverfahren angewendet hat. Zur Beantwortung der Frage, ob ein Verfahren ein Diagnostizierverfahren im Sinne des Art. 52 Abs. 4 S. 1 EPÜ ist, muss geprüft werden, ob das beanspruchte Verfahren alle Schritte enthält, die beim Stellen einer ärztlichen Diagnose auszuführen sind.[108] Die näheren Ausführungen deuten darauf hin, dass nur der letzte Schritt innerhalb des gesamten Verfahrens die eigentliche Diagnose ist. Die Kammer führt an, dass die systematische Auflistung der einzelnen zu einer Diagnose führenden Verfahrensschritte in der einschlägigen Literatur sowohl die Untersuchungs- und Datensammlungsphase, als auch die Findung des Symptoms und die deduktive medizinische Entscheidungsphase umfasst.[109] Die Formulierung „zu einer Diagnose führenden Verfahrensschritte" impliziert, dass sich die Kammer einer Unterscheidung der Begriffe „Diagnose" und „Diagnostizierverfahren" bewusst war und folglich unter „Diagnostizierverfahren" ein Verfahren versteht, das letztlich zur „Diagnose" führt. Weiter sollte berücksichtigt sein, dass in der Entscheidung T 385/86 die Präsenz des Arztes lediglich in einem Verfahrensschritt gefordert ist. Dies bedeutet wiederum, dass nicht alle Schritte eine gedankliche Tätigkeit darstellen und auch technische Schritte umfasst sind. Die Entscheidung T 385/86 fordert, dass die Untersuchung und die Feststellung des Symptoms am Körper vorgenommen werden. Dies spricht für eine klare Differenzierung der ersten beiden Verfahrenschritte im Gegensatz zum dritten Verfahrenschritt, der eigentlichen Diagnose, als gedanklichen Vorgang.

In der Entscheidung T 964/99 wurde nicht bestritten, dass alle von der Beschwerdeführerin angeführten und unter Punkt 3.3 der Entscheidungsgründe der Entscheidung T 385/86 angegebenen Schritte, einschließlich einer der Feststellung von Symptomen dienenden Phase und einer deduktiven medizinischen Entscheidungsphase, erforderlich sind, um eine ärztliche Diagnose zu stellen.[110] Jedoch ist die Kammer der Auffassung, dass der Ausdruck „Diagnostizierverfahren, die am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden" in Art. 52 Abs. 4 EPÜ bzw. seine Entsprechungen in den beiden anderen Amtssprachen des EPA, nämlich „diagnostic methods practised on the human or animal body" bzw. „méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal" nicht im Sinne von Verfahren zu verstehen sind, die alle beim Stellen einer ärztlichen Diagnose auszuführenden Schritte enthalten.

Die Entscheidung T 385/86 differenziert zwischen der Diagnose, die am Ende des Verfahrens steht und dem übergeordneten, alle drei Schritte (die Untersuchungs- und Datensammlungsphase, die Beschreibung des Symptoms und die Diagnose) enthaltenden, Diagnostizierverfahren. In der Entscheidung T 964/99 fehlt diese Differenzierung, da in ihr von Schritten die Rede ist, die beim Stellen einer ärztlichen Diagnose auszuführen sind, obwohl die Diagnose der letzte Schritt in einem Diagnostizierverfahren ist.

Es ist zu berücksichtigen, dass zur Analyse in der Entscheidung T 964/99 überwiegend Wörterbücher und lediglich ein Lexikon von der Kammer zu Rate gezogen wurden,[111] während die Analyse in der Entscheidung T 385/86 auf der Untersuchung enzyklopädischer Werke basiert.[112] Damit ist klar, warum in den beiden Entscheidungen unterschiedliche Ergebnisse erzielt werden, wobei im Zweifelsfall der enzyklopädischen Analyse der Vorrang zu gewähren ist. Es erscheint verfehlt, eine reine sprachliche Unterscheidung der Worte „diagnosis" und „diagnostic" vorzunehmen. „Diagnosis" bedeutet „determination of the nature of a diseased condition" oder „identification of a disease by careful investigation of its symptoms and history" und auch „opinion resulting from such investigation", während „diagnostic" umschrieben wird mit „of or pertaining to diagnosis" oder „of value for the purposes of diagnosis".[113] Die Unterscheidung beruht also lediglich darauf, dass „diagnosis„ ein Nomen ist und „diagnostic" ein Adjektiv. Der Kammer genügt, dass jede medizinische Tätigkeit zur Sammlung von Informationen im Rahmen einer Diagnosestellung ein Diagnostizierverfahren ist.[114]

Weiter ist das Ergebnis der Analyse der Entscheidung T 964/99 nicht mit dem Wortlaut des Art. 52 Abs. 4 EPÜ vereinbar. Hätte man eine weite Auslegung gefordert, so hätte auch eine Formulierung wie „relating to diagnosis" oder „of value for diagnostic purposes" direkt verwendet werden können. Hingegen heißt es schlicht „diagnostic methods". Auch das Argument, dass der Ausdruck „méthodes de diagnostic" der französischen Übersetzung einen Einzelschritt einer diagnostischen Untersuchung bezeichnen kann, überzeugt nicht im Vergleich mit dem englischen und deutschen Wortlaut, gerade unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und einer einheitlichen Auslegung.

Hingegen ist die sprachliche Analyse aus der Entscheidung G 1/04, der dem in der Entscheidung T 385/86 ähnelt, klar und vor allem aus patentrechtlicher Sicht nachvollziehbar. Wie bereits erläutert, sieht man keinen Grund, von der etablierten Rechtsprechung abzuweichen.[115] „Diagnose" für Heilzwecke im engeren Sinne ist eine rein intellektuell geis-

[108] EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308 (3.2 der Entscheidungsgründe).

[109] EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308 (3.3 der Entscheidungsgründe).

[110] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (4.1 der Entscheidungsgründe).

[111] *Oxford University Press*, Oxford English Dictionary, 2. Aufl. 1999; *Dagmar Reiche*, Roche Lexikon Medizin, 3. Aufl. 1993; *Robert*, Dictionnaires Le Robert, 1990.

[112] Vgl. Vgl. *Brockhaus* (Fn. 68), S. 684; *A. Black/ C. Black* (Fn. 68), S. 684; *Gillon/ Hollier-Larousse/ Ibos-Augé/ C. Moreau, J.-L. Moreau* (Fn. 68), S. 3833

[113] *Oxford University Press* (Fn. 111).

[114] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (4.2 der Entscheidungsgründe).

[115] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 5.1 der Entscheidungsgründe; BPatGE 2, 1 = Bl.f.PMZ 1962, 306; vgl. High Court Tokio IIC 2003, 433 LS: Verfahren zur optischen Diagnose der Aussichten auf Wiederherstellung nach chirurgischer Operation; Schweizerisches BG GRUR Int. 1983, 316; BPatG Mitt. 1984, 214 (215 f.).

tige Tätigkeit,[116] so dass die „Diagnose" dem Patentschutz nicht zugänglich sein kann. Allerdings sind „Diagnostizierverfahren" Erfindungen.[117] Folglich müssen sie außer der „Diagnose" auch vorgelagerte technische Schritte enthalten.[118] Dieser Gedankengang überzeugt und bleibt beim dreiteiligen Aufbau des Diagnostizierverfahrens wie in der Entscheidung T 385/86. Die drei Merkmale müssen dabei kumulativ vorliegen. Es ist an einer engen Auslegung des Merkmals „Diagnostizierverfahren, die am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden" festzuhalten.

b) Unterschiedliche Standards für die Merkmale in Art. 52 Abs. 4 EPÜ

Der Entscheidung der Beschwerdekammer des EPA T 385/86 – und somit auch der Entscheidung G 1/04 – wird entgegengehalten, dass durch die enge Auslegung unterschiedliche Standards für die drei Merkmale (chirurgische und therapeutische Behandlung sowie Diagnostizierverfahren) in Art. 52 Abs. 4 EPÜ geschaffen werden.[119] Jedoch vernachlässigt die Ansicht der Beschwerdekammer des EPA in ihrer Entscheidung T 964/99, dass die Definitionen der einzelnen Merkmale völlig unterschiedlich aufgebaut sind. Ein chirurgisches Verfahren ist jeder Eingriff mit Instrumenten in den Körper[120] mit dem Ziel der Heilung, der Linderung von Beschwerden, der Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes oder der Herstellung eines erwünschten Zustandes.[121] Therapeutisch ist ein Verfahren, wenn eine vorbeugende und heilende Handlung vorliegt, die die Gesundheit erhält, heilen oder Leiden lindern soll.[122] Diese Definitionen beziehen sich nur auf einen einzigen vorgenommenen Verfahrensschritt. Hingegen bietet die Definition des Diagnostizierverfahrens einen mehrschrittigen Aufbau, da kumulativ drei Schritte vorliegen müssen. Zwar führt es zu einem Ausschluss von Verfahren vom Patentschutz, falls mindestens ein Merkmal chirurgischen oder therapeutischen Charakter aufweist.[123] Dies ist jedoch gerade bei Diagnostizierverfahren anders.[124] Hier müssen die Untersuchung bzw. Datensammlung, der Vergleich und die Diagnose vorliegen. Falls nur einer dieser Schritte fehlt, liegt kein Diagnostizierverfahren vor. Die Definitionen von „therapeutisches Verfahren" und „Diagnostizierverfahren" sind grundlegend verschieden konzipiert. Folglich setzt die enge Auslegung keinen anderen Standard für Diagnostizierverfahren als für chirurgische oder therapeutische Verfahren.[125]

c) Beteiligung des Arztes

In der Entscheidung T 385/86 wird die Beteiligung des Arztes an zumindest einem Verfahrensschritt gefordert.[126] Diese Auffassung ist insbesondere aufgrund der Entwicklung der Berufsstruktur im medizinischen Bereich heute nicht mehr sinnvoll. Während früher fast ausschließlich der Arzt für die Humanmedizin zuständig war, sind mehr und mehr auch andere Berufe, wie der des Heilpraktikers im Vordringen, deren Tätigkeit im Patentrecht nicht vernachlässigt werden sollte, da ansonsten eine Ungleichbehandlung bei der Erteilung von Patenten begründet würde. So heißt es im Entscheidungsgrund 6.1 der Entscheidung G 1/04[127], dass Human- oder Veterinärmediziner von Behinderungen durch Patente freizuhalten sind. Es scheint lediglich eine Definition dieses Personenkreises notwendig zu sein, um eine Abgrenzung zu schaffen. Jedoch ist auch dies problematisch, da der Begriff dem Wandel unterworfen und nicht frei von nationalen Unterschieden ist. Nach der Entscheidung T 964/99 kann das beanspruchte Verfahren sogar vom Patienten selbst durchgeführt werden.[128]

Wegen des Gebotes der Rechtssicherheit darf es keinen Einfluss haben, wer das jeweilige Verfahren ausführt.[129]

d) Am menschlichen Körper vorgenommen

Wie festgestellt, ist Art. 52 Abs. 4 EPÜ als Ausnahmevorschrift eng auszulegen. Folglich müssen entsprechend der Wortlautanalyse aus der Entscheidung T 385/86 und G 1/04, die die Diagnose selbst als gedankliche Tätigkeit im Rahmen des Diagnostizierverfahrens sehen, zumindest die technischen Schritte am Körper vorgenommen werden. Durch diese Auslegung wird die Patentierung von medizinischen Geräten weiter gewährleistet. Müsste lediglich ein Verfahren am Körper vorgenommen werden, könnte es sein, dass technische Schritte in Apparaturen, die außerhalb des Körpers arbeiten, nicht patentiert werden. Dies ist jedoch, wie oben dargestellt, weder vom Wortlaut noch von Sinn und Zweck des Art. 52 Abs. 4 EPÜ gedeckt. Betroffene Kreise erhoben den Einwand, dass die Technik dazu geführt hat, dass Diagnostizierverfahren auch außerhalb der Medizin Anwendung finden können.[130] In diesem Bereich muss eine Patentie-

[116] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 5.2 der Entscheidungsgründe.
[117] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 4 der Entscheidungsgründe.
[118] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 5.1 der Entscheidungsgründe.
[119] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (3.6 der Entscheidungsgründe).
[120] BPatGE 30, 134 f.
[121] BGH GRUR 2001, 321; T 182/90, ABl. EPA 94, S. 641; T 35/99, ABl. EPA 00, S. 447.
[122] EPA GRUR Int. 1986, 720 (721); EPA GRUR Int. 1989, 682 (683); Brit. Pat. Court GRUR Int. 1984, 308.
[123] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 6.2.1 der Entscheidungsgründe.
[124] Vgl. EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 5 der Entscheidungsgründe.
[125] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 6.2.2 der Entscheidungsgründe.
[126] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., Schlussfolgerung aus dem 2. Leitsatz.
[127] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff.
[128] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (6.1 der Entscheidungsgründe).
[129] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 6.1, 6. 3 der Entscheidungsgründe.
[130] EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308 (3.1 der Entscheidungsgründe).

rungsmöglichkeit gewährleistet sein. Daher sollte verlangt werden, dass lediglich technische Schritten am Körper vorgenommen werden müssen.

e) Problem der manuellen Verfahren und der Diagnosetätigkeit außerhalb des Körpers

Die bisherige Analyse hat ergeben, dass eine enge Auslegung des Art. 52 Abs. 4 EPÜ überzeugt. In der Praxis ergeben sich dabei allerdings zwei Grenzfälle, die einer gesonderten Betrachtung bedürfen.

In der Entscheidung T 964/99 wird kritisiert, dass die enge Auslegung des Wortlauts von Art. 52 Abs. 4 EPÜ dazu führen kann, dass typische am menschlichen Körper vorgenommene Diagnostizierverfahren wie Inspektion, Perkussion, Auskultation oder Palpation grundsätzlich patentfähig sind, weil sie keine vollständige Diagnose darstellen und nicht unter die weiteren in Art. 52 Abs. 4 EPÜ angeführten medizinischen Kategorien der chirurgischen oder therapeutischen Behandlung fallen. Nach Auffassung der Kammer widerspricht es aber dem Grundgedanken des Art. 52 Abs. 4 EPÜ, wenn seine Bestimmungen so ausgelegt würden, dass „manuelle Verfahren" der körperlichen Untersuchung, die für die Diagnosestellung wesentlich sind und von einem Arzt durchgeführt werden, nicht von der Patentfähigkeit ausgenommen wären.[131] Allerdings muss bei Betrachtung dieser Kritik berücksichtigt werden, dass die grundsätzlichen Kriterien für die Patentierung stets erfüllt sein müssen. Es ist mehr als fraglich, ob beim derzeitigen Stand der Technik ein manuelles Verfahren wie die Perkussion, Auskultation oder Palpation überhaupt noch Neuheit oder Erfindungshöhe aufweisen kann. Die Patentfähigkeit eines solchen Verfahrens ist folglich in dessen Betrachtung unerheblich.

Ein zweites Problem bilden Diagnostizierverfahren, die außerhalb des menschlichen Körpers, z. B. an dem Körper entnommenen Flüssigkeiten wie Blut und Urin oder Gewebeproben, vorgenommen werden. Solche Verfahren sind nicht von der gewerblichen Anwendbarkeit ausgeschlossen.[132]

Diese Betrachtungsweise soll dem Patentierungsverbot für Diagnoseverfahren jedoch praktisch jede Bedeutung nehmen.[133] Durch die in der Entscheidung T 385/86 und letztlich auch in der Entscheidung G 1/04 gewählte Auslegung der Rechtsvorschriften liefe der vom Gesetzgeber gewollte Ausschluss der Diagnostizierverfahren praktisch vollständig ins Leere. Entscheidend sollte sein, ob und in welcher Weise auf den Körper eingewirkt wird. [134] Dieser Gesichtspunkt wird in der Entscheidung T 385/86 aufgegriffen. Die Kammer bekräftigt, dass das in der Entscheidung beschriebene nicht-invasive Verfahren, nicht mit Laboruntersuchungen von einem Körper dauerhaft entnommener Blut- oder Gewebeprobe vereinbar ist und erst recht nicht mit Untersuchungen mittels Röntgenstrahlen.[135]

f) Ergebnis

Im Ergebnis überzeugt die enge Auslegung des Art. 52 Abs. 4 EPÜ. Unter Berücksichtigung, dass das EPA die Aufgabe hat, Patente zu erteilen[136] und stets einer Ungleichbehandlung von Erfindern entgegenzuwirken, ist ein möglichst weit reichender Patentschutz zu gewähren.

Derjenige, der eine Erfindung macht, soll auch für diese belohnt werden, da er Zeit und Kosten investiert. Die Entwicklung von medizinischen Erfindungen, insbesondere von Geräten, bedarf teilweise hoher Kosten, so dass stets eine Amortisierung und ein Gewinn erreicht werden sollte.[137] Ansonsten würde der Anreiz zur Innovationsförderung fehlen.

Eine Patentierung von Heilverfahren grundsätzlich zu gewährleisten, würde Erfinder von Heilverfahren mit anderen Erfindern zwar gleichstellen, jedoch würden sich schwerwiegende Probleme ergeben. So ist durch die Patentierung von Diagnostizierverfahren die Therapiefreiheit nicht gewährleistet und der Arzt kann seinen Pflichten nicht nachkommen. Wenn wesentliche diagnostische Möglichkeiten ungenutzt bleiben und dadurch die Therapie nicht oder nicht rechtzeitig eingesetzt wird, um das Wohl des Patienten zu gewährleisten, ist der Arzt dem Patienten schadensersatzpflichtig. [138]

Darüber hinaus ist das Grundrecht auf Leben als das höchste Gut[139] anzusehen. Dies wäre mit einer grundsätzlichen Patentierung von Diagnostizierverfahren nicht vereinbar, da der Arzt Gefahr läuft, nicht mehr aus den besten Mitteln wählen zu können. Auch die Begründung, dass der Arzt in Notstandssituationen gerechtfertigt handeln würde, wenn ihm keine ausreichende Zeit zur Verfügung steht, um vom Patentinhaber eine Lizenz zu erbitten,[140] geht nicht weit genug. Die tägliche medizinische Versorgung, innerhalb derer ein Arzt ohne „Notstandssituation" über das Wohl des Patienten entscheiden muss, würde in unzumutbarer Weise eingeschränkt.

Des Weiteren spricht gegen eine Patentierung von Diagnostizierverfahren, dass für Patentinhaber die Möglichkeit

[131] EPA T 964/99, ABl. EPA 2002, S. 4 (3.5 der Entscheidungsgründe).
[132] EPA, GRUR Int. 1988, 938 (940); *Dost*, Europäisches Patentrecht, 1978, 1. Teil, Rn. 28.
[133] *Moufang*, GRUR Int. 1992, 22 f.
[134] Vgl. *Moufang* in: The International Review of Industrial Property and Copyright Law, IIC, Band 24, Nr. 1,1993, 18 ff. (46, 47).
[135] EPA T 385/86, ABl. EPA 1988, S. 308 (3.5.2 der Entscheidungsgründe).
[136] EPA G 1/04, ABl. EPA 2006, S. 334 ff., 6 der Entscheidungsgründe.
[137] *Einfinger/Klein*, HFR 2006, 49 ff. (61) [29.01.2009] (online abrufbar http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/5-2006/index.html).
[138] OLG Koblenz VersR 1992, 359, der „Hippokratische Eid" besagt, dass der Arzt jeglichen Schaden von seinem Patienten fernhalten muss.
[139] BVerfGE 49, 24 (53).
[140] *Moufang*, GRUR Int. 1992, 22 (24); *Wagner*, GRUR 1976, 673 (678).

besteht, durch Monopolpreise die Kosten für das Gesundheitssystem in die Höhe zu treiben.[141]

Somit ist einer grundsätzlichen Patentierung von Diagnostizierverfahren, wie es in Teilen der Literatur gefordert wird,[142] nicht beizupflichten.

Der Auffassung aus der Literatur, der Ausschluss laufe ins Leere, kann entgegengehalten werden, dass die Garantie der Gewährleistung eines Patents, wie es das Hauptziel des EPA ist, durch eine weite Auslegung von Art. 52 Abs. 4 EPÜ unverhältnismäßig stark eingeschränkt würde. Zudem läuft die Vorschrift des Art. 52 Abs. 4 EPÜ nicht ins Leere. Das Netz ist lediglich enger gestrickt, indem laut der Entscheidung G 1/04 alle drei Schritte (die Untersuchungs- und Datensammlungsphase, die Beschreibung des Symptoms und die Diagnose) vorliegen müssen, um ein Diagnostizierverfahren zu bejahen. Die oben vorgenommene Analyse spricht ebenso für eine engere Auslegung. Die Beteiligung eines Arztes spielt folglich keine Rolle und die technischen Schritte des Verfahrens müssen am Körper vorgenommen werden. So sind die Interessen der Erfinder medizinischer Geräte berücksichtigt und das Wohl des Einzelnen bewahrt.

Technische Erfindungen im medizinischen Bereich können patentiert werden, da bei Ihnen der letzte Schritt der Diagnose meist fehlt und Diagnostizierverfahren, welche die benannten Voraussetzungen erfüllen, bleiben frei verwendbar.

Die Entscheidung G 1/04 der Großen Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts stellt dementsprechend eine gelungene Lösung dar.

IV. Abschlussbetrachtung - Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

Auf der einen Seite steht die europäische Lösung, die einen Ausschluss von Diagnostizierverfahren auf materieller Ebene vorsieht, sei es durch die Fiktion der fehlenden gewerblichen Anwendbarkeit im deutschen Recht oder über den Ausschlusstatbestand im EPÜ. Auf der anderen Seite sieht die amerikanische Lösung einen Rechtsfolgenausschluss für ausgewählte Personenkreise vor.

Nach Art. 27 Abs. 3 TRIPS besteht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, diagnostische, therapeutische und chirurgische Verfahren für die Behandlung von Menschen und Tieren von der Patentierung auszunehmen. Entsprechend Art. 27 Abs. 1 S. 2 TRIPS können Patentrechte ausgeübt werden, ohne dass hinsichtlich des Ortes der Erfindung, des Gebiets der Technik oder danach, ob die Erzeugnisse eingeführt oder im Land hergestellt werden, diskriminiert werden darf. Folglich bezieht sich die gewährleistete Möglichkeit des Patentierungsausschlusses nach Art. 27 Abs. 3 TRIPS nur auf die materielle Rechtsseite. Die amerikanische Lösung beinhaltet eine Einschränkung des Rechtes aus Art. 28 Abs. 1 lit b) TRIPS, das dem Patentinhaber die Möglichkeit gibt Dritten die Anwendung eines geschützten Verfahrens zu verbieten. Mithin ist die Gesetzesänderung nicht mit Art. 30 TRIPS vereinbar.[143]

Im europäischen Recht existiert nicht das Problem der Kollision mit dem TRIPS-Abkommen. Das EPÜ sieht nunmehr in seiner Revisionsakte 2000 ein grundsätzliches Verbot für die Patentierung von medizinischen Verfahren auf materieller Ebene vor. Dies ist eine Lösung, die auch die Anforderungen des TRIPS erfüllt. Es ist weder ein Verstoß gegen Art. 27 Abs. 1 S. 2 noch gegen Art. 30 TRIPS ersichtlich.

Zwar haben die europäischen Patentämter damit einen größeren Prüfungsaufwand als die amerikanischen, jedoch sind ihnen durch die Beschwerdekammer des EPA zahlreiche Hilfen an die Hand gegeben worden.

Eine interessante Alternative bietet das Modell der branchenspezifischen Patenterteilung, das im Zusammenhang mit der Diskussion um Gen-Patente entwickelt wurde.[144] Ein solches Modell könnte grundsätzlich für alle Patente in Erwägung gezogen werden. Dies würde auch dem Wortlaut des Art. 27 Abs. 3 TRIPS gerecht werden, der es Mitgliedstaaten erlaubt, diagnostische, therapeutische und chirurgische Verfahren für die Behandlung von Menschen oder Tieren auszuschließen. Es könnten Branchenklassen im Bereich der Behandlung von Menschen oder Tieren geschaffen werden. Folglich würden diagnostische, therapeutische und chirurgische Verfahrenspatente für die jeweilige Branchenklasse verwehrt werden.

Um einen Ausschluss der Diagnostizierverfahren von der Patentierbarkeit begründen zu können, ist das zentrale Problem, den Begriff „Diagnostizierverfahren, die am menschlichen oder tierischen Körper vorgenommen werden“ selbst näher zu definieren. Dabei bietet die Entscheidung der Großen Beschwerdekammer G 1/04, eine praktikable, dogmatisch klare und zudem auch anmelderfreundliche Lösung. Nach ihr müssen alle für eine Diagnose relevanten Schritte vorhanden sein (die Untersuchungs- und Datensammlungsphase, die Beschreibung des Symptoms und die Diagnose), damit ein Diagnostizierverfahren vorliegt, dem die Patentierung zu verwehren ist. Ob ein Arzt an einem dieser Schritte beteiligt ist, spielt keine Rolle. Die technischen Schritte (Untersuchung und Feststellung des Symptoms) müssen am Körper vorgenommen werden. So sind die Interessen der Erfinder medizinischer Geräte berücksichtigt, da diese weitgehend Patente erhalten, und das Wohl des Einzelnen wird bewahrt, wenn eine Diagnose getätigt werden soll. Die Entscheidung G 1/04 schafft durch ihre klaren Abgrenzungskriterien Rechtsfrieden, so dass Anmelder besser einschätzen können, welche Chance ihre Erfindung auf die Erteilung eines Patentes hat. Gleichzeitig liegen dem EPA klarere Prüfungskriterien vor.

Für das deutsche Recht ist eine Anpassung an das EPÜ wünschenswert, um dem stetigen globalen Harmonisie-

[141] Siehe 142 Cong. Rec. H8276 v. 24.07.1996; *Laufs*, NJW 1992, 1529 (1537).

[142] *Moufang*, GRUR Int. 1992, 22f. (24); *Thums*, GRUR Int. 1995, 277 (287/288).

[143] So auch Cong. Rec. S. 11846 v. 30.9.1996. Brief der IPO an den Vorsitzenden des Rechtsausschusses des *Senats* Orrin Hatch., Cong. Rec. S. 11843 v. 30.9.1996.

[144] *Einfinger/Klein*, HFR 2006, 49 ff. (58) [29.1.2009] (online abrufbar www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/5-2006/index.html).

rungswunsch im Patentrecht Folge zu leisten. Es ist bedauerlich, dass die USA eine Anpassung ihres Patentsystems an das europäische im Rahmen von medizinischen Verfahren verpasst haben, indem der Entwurf H.R. 1127 im Abgeordnetenhaus abgewiesen wurde. Es wurde sogar auf die parallele europäische Situation hingewiesen, jedoch scheint diese Stimme nicht genug Anklang gefunden zu haben oder die USA wollten rechtspolitisch auf ihrem Standpunkt beharren, der sich gegen die Vorschrift des Art. 27 Abs. 3 TRIPS richtet, da diese Regelung gegen den Willen der USA in das TRIPS aufgenommen wurde.

Mithin ist es nicht verständlich, als Gegenargument für den Entwurf H.R. 1127 vorzubringen, dass die Glaubwürdigkeit der USA in Bezug auf ihre Bemühungen um die Harmonisierung des internationalen Patentrechts durch die Umsetzung hätte beschädigt werden können.[145] Vielmehr ist es genau umgekehrt.

Für eine Umsetzung der Regelung aus dem EPÜ ins deutsche Recht in Form eines Ausschlusstatbestandes bieten sich de lege ferenda zwei Lösungen. Zunächst könnte eine neue Konzeption des § 2 PatG erfolgen, der dann in Abs. 1 den jetzigen § 2 PatG, in Abs. 2 den jetzigen § 2a PatG und im Abs. 3 eine dem Art. 53 lit. c) EPÜ 2000 äquivalente Regelung enthält. Eine dem Art. 53 lit. c) EPÜ 2000 entsprechende Norm kann auch in Form eines neuen § 2b PatG eingefügt werden.

Eine zweite Lösung ist die Einführung eines neuen § 9d PatG oder eine Änderung des § 11 PatG. Jedoch würde damit in die Wirkung des Patentes eingegriffen. Der deutsche Gesetzgeber würde sich damit von der Regelung des EPÜ entfernen und dem amerikanischen System nähern. Ein Gleichlauf mit dem EPÜ ist erstrebenswerter, um die rechtliche Harmonisierung in Europa zu fördern. Zudem könnte abermals die Konformität mit dem TRIPS in Frage gestellt werden.

Daher ist eine neue Konzeption von § 2 PatG dieser zweiten Lösung vorzuziehen.

[145] Testimony of Donald R. Dunner 7-14 (Fn. 38).

Forum Strafrechtsdidaktik: Die vorlesungsbegleitende Arbeitsgemeinschaft im Strafrecht für Erst- und Zweitsemester

Von Wiss. Assistent Dr. **Dennis Bock**, Kiel*

Der Beitrag beschäftigt sich einleitend mit einigen Grundfragen des rechtswissenschaftlichen Lernens unter Betonung eigenständiger Arbeitshaltung. Im Folgenden wird dann die von wissenschaftlichen Mitarbeitern abzuhaltende vorlesungsbegleitende Arbeitsgemeinschaft (Fallbesprechung, propädeutische Übung etc.) näher betrachtet. Der Verf. stellt ein Konzept nach Art eines Klausurenkurses vor, bei dem zum einen die Studierenden zu Hause Klausuren anfertigen, die im Termin besprochen werden, zum anderen Tests als Lernerfolgskontrollen eingesetzt werden.

I. Einleitung

1. Ziele des Studiums der Rechtswissenschaften

Das Jurastudium dient vor allem der Vorbereitung auf die juristischen Staatsexamina. Über deren Noten definiert sich auf dem Arbeitsmarkt der Wert des Juristen. Wer schlechte Noten hat, bekommt keine Stellung im öffentlichen Dienst und muss sich auch im privaten Sektor mit geringem Gehalt und eventuell uninteressanten Tätigkeiten zufrieden geben, sofern er überhaupt Arbeit findet. Die teilweise Zweifelhaftigkeit und Zufälligkeit der Prüfungsergebnisse ändert nichts daran, dass Arbeitgeber der Masse der Bewerbungen durch Selektion nach Examensnoten entgegentreten. Erst das berühmte Prädikatsexamen mit neun oder mehr Punkten öffnet die Tür zur freien Berufswahl und Gehältern, die der langen akademischen Ausbildung würdig sind. Maximen wie „Hauptsache bestanden“ oder „Vier gewinnt“ dürfen daher nicht den Horizont des Ehrgeizes abstecken. Gerade demjenigen, der Rechtswissenschaft aus Vernunft oder Verlegenheit studiert, dürften diese Sachargumente einleuchten.

Die zweite Aufgabe des Studiums liegt in der allgemeinen juristischen und außerjuristischen Bildung. Die Beschäftigung mit den Grundlagen der Rechtswissenschaft, verwandten Nachbar- und Hilfsdisziplinen, ausländischen Bezügen oder auch Hochschulpolitik ist gewinnbringend. Praktisches Erleben verewigt Erfahrenes in Wissen und Persönlichkeit. Es wird aber selten jemand bei breiter Bildung und schlechten Prüfungsergebnissen jemandem bevorzugt, der gute Noten, aber wenig Blicke über den Tellerrand erhalten hat.

1. Die Lehrveranstaltungen

Die Lehrveranstaltungen sollen den Studenten den Weg zum Examen ebnen. Das rechtswissenschaftliche Studium unterscheidet sich von anderen Studiengängen aber dadurch, dass der wesentliche Teil der Prüfungsvorbereitung im Selbststudium erfolgen muss.

a) Wissensvermittlung: Die Vorlesungen

Vorlesungen dienen der Stoffvermittlung. Die zeitliche Begrenzung zwingt den Dozenten aber, die examensrelevanten Lernziele in der Vorlesung zu kürzen und zu vereinfachen. Hieraus folgt, dass das, was in der Vorlesung besprochen wird, nicht ausreicht, um das in den Prüfungsarbeiten erforderliche Wissensniveau zu erreichen. Daher ist die Lektüre eines dem Vorlesungsfach entsprechenden Lehrbuchs unentbehrlich. Hierbei gilt, dass dünne und einfache Lehrbücher weniger Wissen darstellen als dickere und komplexere. Oft zu wenig. Angehende Juristen müssen keine Laborversuche durchführen, keine oder kaum Referate halten, wenig praktisch leisten und können auch ihren Körper vernachlässigen. Lesen aber müssen sie, und zwar viel, vielleicht zu viel. Juristischer Lernerfolg beruht zu einem beeindruckenden Teil darauf, angelesene Gedanken zu reproduzieren und auf konkrete Fälle zu transferieren. Das Anlesen dieser Gedanken ist daher notwendige Bedingung. Der Besuch der Vorlesung ist es nicht, auch wenn die Zeit besser angelegt ist als in Freizeitaktivitäten und es auch Lerntypen gibt, denen der mündliche Vortrag bei Verständnis und Memorierung hilft. Jedenfalls ist es fatal, guten Gewissens, weil man die Vorlesung besucht hat, das Lernen außerhalb des Hörsaals einzustellen. Selbst in der Schule war dies falsch, wenn auch bei talentierten Schülern folgenlos. Auch der Einser-Abiturient muss das selbständige Lernen für sich erschließen. Bei schlechteren Abiturienten gilt dies erst recht; zwar ist die Aussagekraft der Abiturnote eher niedrig, es muss aber trotzdem hinterfragt werden, wie die Ursachen geringer(er) Lernerfolge in der Schule so abgestellt werden, dass das juristische Studium nicht zum Scheitern führt. Nur wer begreift, dass das wesentliche Fachwissen am heimischen Schreibtisch in der anstrengenden Auseinandersetzung mit einem Fachbuch erworben wird, hat in den juristischen Prüfungen und später auch in der praktischen Berufswelt gute Chancen.

Besonders ärgerlich wird die Ignoranz gegenüber dem Selbststudium dann, wenn nach einigen Semestern den Studenten ihre stofflichen Lücken offenbar werden, sie aber die Schuld hieran allein der universitären Ausbildung in die Schuhe schieben und überdies das Heil bei kommerziellen Repetitorien suchen.

b) Fallbearbeitung: Die Arbeitsgemeinschaften

In den Staatsexamina werden Klausuren geschrieben, in denen erdachte oder wirklich geschehene Fälle gelöst werden müssen. Dies ist sehr schwierig, weil hierbei abstrakt erworbenes Wissen in einer bestimmten Weise (Gutachtenstil) auf einen konkrete Situation anzuwenden ist. Die Arbeitsgemeinschaften vermitteln die erforderliche Falllösungstechnik. Dies geschieht exemplarisch an Fällen, die dem Vorlesungsstoff entnommen sind. Die Arbeitsgemeinschaften vermitteln nicht selbst den Stoff, dies obliegt der Vorlesung und dem Selbststudium. Auch die AGs haben nur beschränkte Zeit. In 105 Minuten pro Woche können keine Wunder bewirkt werden. Auch was die Fallbearbeitungstechnik angeht, ist darüber hinaus selbstverständlich ein engagiertes Selbststudium der speziellen Ausbildungsliteratur erforderlich. Wer immer von außen gezwungen werden muss, zu lernen, wird den Prüfungsanforderungen nie gerecht werden. Die AG ist Hilfe zur Selbsthilfe, der AG-Leiter ist Ratgeber auf dem Weg zum

Examen. Herausgegebene Unterlagen können nicht vollständig sein. Alles, was fachlich besprochen wird, kann immer auch anhand entsprechender Literatur erschlossen werden. Der Student muss lernen, sich Sachfragen selbst zu erarbeiten. Die AG vermag gegebenenfalls mündliche und schriftliche Lernerfolgskontrollen zu liefern und motivierend zu wirken.

3. Das Problem der juristischen Prüfungen

Schwierig ist es bereits, Fall-Klausuren zu schreiben und nicht bloß auswendig Gelerntes wörtlich oder sinngemäß wiederzugeben. Schon die souveräne Anwendung eines sauberen, aber nicht übertrieben durchgehaltenen Gutachtenstils ist eine Kunst für sich; erst recht das Erkennen und Bearbeiten von Streitständen.

Gesteigert wird die Schwierigkeit durch den nahezu unmenschlichen Umfang des Lernpensums. Der Student muss Strukturen, Definitionen und Auslegungsprobleme ohne Hilfsmittel (außer dem Gesetz) parat haben, um überhaupt Zugang zu dem zu lösenden Fall zu erhalten. Die richtige Lerntechnik muss jeder für sich selbst finden. Wichtig ist es, sich die Fülle des Stoffes selbstbestimmt anzueignen. Der Student darf sich nicht darauf verlassen, alles fürs Examen Notwendige in den Lehrveranstaltungen zu erfahren. Im juristischen Prüfungswesen ist es so, dass es keine Rolle spielt, was in den Lehrveranstaltungen gelehrt wurde. Anders als evtl. in der Schule bedeutet eine lückenhafte Vorlesung keine Rechtfertigung lückenhaften Wissens dahingehend, dass Elemente, die nicht zur Sprache kamen, nicht Prüfungsgegenstand sind. Besonders belastend ist, dass das Wissen mehrere Jahre lang nicht bloß ausgetauscht werden kann, sondern angehäuft werden muss. In anderen Studiengängen mag man für einzelne Klausuren Stoff lernen, der einem nie wieder begegnet. Die juristischen Staatsexamina fragen aber kumuliertes Wissen ab. Dies mutet dem Studenten – in seinem Leben vielleicht erstmals – zu, einmal Gewusstes auch über lange Zeit zu behalten, das Vergessen also durch zeit- und kraftraubendes Wiederholen zu bekämpfen.

4. Zeit

Manch jetziger Jurastudent mag in der Schule daran gewöhnt worden sein, dass ihm der Erfolg zufliegt. Gelernt wurde jeweils weitgehend vormittags, in der Regel durch Frontalunterricht. Da in den Arbeiten und Klausuren nichts abgefragt wurde, was nicht gesagt wurde, hielt sich der Lernaufwand in engen Grenzen, in der kurzen Unterrichtszeit kann auch nicht viel besprochen werden. Kontinuierliches Lernen war nicht erforderlich, da mit punktuellem Lernen des oft dürftigen Stoffes gute Erfolge zu erzielen waren.

Das Studium der Rechtswissenschaft lässt dies nicht zu. Dauerhaftes Lernen neben der Anwesenheit in universitären Veranstaltungen ist essentiell, weil die Stoffmenge und die Komplexität dieser Wissenschaft punktuelles Lernen nur den ganz Talentierten ermöglicht. Das Studium ist eine Vollzeittätigkeit; wer für den Lebensunterhalt arbeiten muss, wird stattdessen Freizeit opfern müssen. Wer als Schüler viel Freizeit hatte, wird, um ein akzeptables Notenniveau zu erzielen, sich daran gewöhnen müssen, auch außerhalb fremdbestimmter Strukturen zu lesen und zu lernen. Dies gilt auch bereits ab dem ersten Semester. Die Freude über die universitäre Freiheit – inklusive neuer Stadt, neuer Wohnung, neuem Leben – darf nicht dazu führen, dies als sanktionsloses Nichtstun aufzufassen, auch nicht in den ersten Semestern, und schon gar nicht, weil ältere (auch erfolgreichere?) Kommilitonen auf ihre Faulheit am Studienanfang verweisen.

II. Zur Konzeption einer Arbeitsgemeinschaft

1. Die erste Einheit

Am Anfang der Lehrveranstaltung steht Organisatorisches (z.B. Vorstellung des Dozenten inklusive Kontaktdaten, Duzen oder Siezen, Anfertigung von Namensschilder, Anfangszeit: s.t./c.t., Feststellung der Anwesenheit, Ergänzung der Teilnehmerliste, Erläuterung der Anwesenheitspflicht und der Bedeutung des AG-Scheins, Erhebung von E-Mail-Adressen, Vorstellungsrunde der Studierenden). Es folgt die Erläuterung der Ziele der AG, insbesondere in Abgrenzung zur Vorlesung und unter Betonung der Bedeutung eigenständigen Arbeitens für ein erfolgreiches Studium. Literaturhinweise werden gegeben, ein Lesepensum vorgeschlagen.

Der Plan für das Semester wird ausgeteilt und vorgestellt. Dieser sieht auszugsweise so aus:

1. Termin: Einführung: Kennenlernen, Grundlagen des strafrechtlichen Arbeitens, Prüfung eines Straftatbestandes, Gutachtenstil, Problembehandlung und Auslegung; Klausurformalien; Ausgabe der 1. Klausur (vorsätzliches Begehungsdelikt: Handlung, Kausalität, objektive Zurechnung).

2. Termin: 1. Test (vorsätzliches Begehungsdelikt: Handlung, Kausalität, objektive Zurechnung); Besprechung des 1. Tests und der 1. Klausur; mündliche Abfrage; Ausgabe der 2. Klausur (Vorsatz; Rechtfertigungsgründe I: Notwehr, Notstand).

3. Termin: 2. Test (Vorsatz; Rechtfertigungsgründe I: Notwehr, Notstand); Besprechung des 2. Tests und der 2. Klausur; mündliche Abfrage; Ausgabe der 3. Klausur (Rechtfertigungsgründe II: sonstige) Der Rest der ersten Stunde ist der Klausurentechnik gewidmet. Anhand einer Beispielsklausur werden die Formalia aufgezeigt, anhand eines einfachen Falles wird der Gutachtenstil erprobt. Der Studierende hat nun (i.V.m. Literaturhinweisen und ausgegebenen Materialien) das nötige Rüstzeug, seine Hausaufgabe, die erste Klausur zu bearbeiten, so dass er diese zur Korrektur abgeben kann, ggf. auch als Gemeinschaftsarbeit mit einem Kommilitonen.

2. Die folgenden Einheiten

a) Anfertigung des Tests

Zur exemplarischen Wiederholung des in der Vorlesung gelehrten und anhand des Lesepensums erarbeiteten Stoffs eignen sich Tests. Die Studierenden erhalten ca. 15 Minuten, um die Fragen schriftlich zu beantworten.

Z.B.: 1. Test (Handlung, Kausalität, objektive Zurechnung)

1. Wann prüft man im Gutachten, ob eine Handlung vorliegt?[1]

[1] Hierzu *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 2 Rn. 3.

2. Nenne eine Nicht-Handlung![2]
3. Wann prüft man im Gutachten die Kausalität?
4. Was besagt die Äquivalenztheorie?[3]
5. Was besagt die condicio-Formel?[4]
6. Wie werden hypothetische Ersatzursachen grundsätzlich behandelt?[5]
7. Was bedeutet überholende Kausalität?[6]

b) Besprechung des Tests

Die Tests könnte man einsammeln und bis zum nächsten Termin korrigieren, um sie zurückzugeben. Sinnvoller und einer Erwachsenenbildung eher angemessen dürfte allerdings eine mündliche Erörterung der Fragen sein, bei der die Teilnehmer ihre notierten Antworten vortragen und im Übrigen ihre Bearbeitungen mit der richtigen Antwort abgleichen können. Den Studierenden werden auch auf diese Weise einerseits ihre Lücken im erlernten Thema bewusst, andererseits erfahren sie im Termin stärker die Motivation aufgrund richtiger Antworten. Die mit dem Testbogen abgedruckten Hinweise ermöglichen eine schnelle Nachbearbeitung der Fragen.

c) Besprechung der bearbeiteten Klausur

Kern jedes Termins ist die Besprechung der bearbeiten Klausur. Der AG-Leiter hat die fristgerecht bearbeiteten und abgegebenen Klausuren korrigiert und gibt sie an die Studierenden zurück. Diese erhalten ein wenig Zeit zur Einsicht. Bei der mündlichen Besprechung geht es um alle Facetten einer erfolgreichen Klausur. Je fortgeschrittener die Studierenden in technischen Fragen sind, umso mehr Raum kann die eigentliche materielle Lösung einnehmen. Selbstverständlich können die Studierenden zu jedem Aspekt jederzeit Fragen stellen.

aa) Formalia

Was dem erfahrenen Schreiber leicht erscheint, muss zunächst mit einiger Mühe erlernt werden. Je früher dies geschieht, desto besser.
Einige Beispiele:
- handschriftliche Bearbeitung
- Benutzung eines eigenen Deckblatts mit vollständigen Angaben
- kein Abschreiben und Beifügen des Sachverhalts
- „Tackern“ der Zettel
- hinreichender Rand
- einseitiges Beschreiben der Blätter
- Nummerierung der Seiten
- Rechtschreibung.

bb) Stil

Hier steht der Gutachtenstil im Mittelpunkt. Jeder einzelne Schritt ist zunächst eine Fehlerquelle. Neben der „reinen Lehre“ sollten die Studierenden mit dem gemäßigten Gutachtenstil experimentieren, d.h. Evidentes weglassen oder stark kürzen (z.B. die Tatbestandsvoraussetzung Handlung oder Mensch). Füllsätze sind ebenso abzugewöhnen wie das Abschreiben von Gesetzestext. Die Studierenden werden daran gewöhnt, stets die Normen zu nennen, mit denen gerade gearbeitet wird und deren Begriffe gerade ausgelegt werden. Auf überzogene Formulierungen, die entweder zu naiv-pathetisch oder zu abgeklärt erscheinen, ist hinzuweisen. Einen Schwerpunkt bildet die Darstellung von Auslegungsschwierigkeiten (Streitständen) mit ihren gängigen Technizitäten und Floskeln. Studierende, die allzu sehr auf Musterformulierungen oder verbindliche Orientierung hoffen, muss man hier oft mit dem Hinweis auf Learning by Doing vertrösten.

cc) Aufbau

Hier werden Aufbauschemata eingeübt und vor allem aus dem Gesetz entwickelt. Diverse Zweckmäßigkeitsregeln zu bestimmten Beteiligungsformen oder zur Prüfung von Qualifikationen stellt man den Studierenden vor. Auch Streitstände werfen immer wieder Aufbaufragen auf, gerade bei Lehren des Allgemeinen Teils. Fragen der Klausurtaktik sollten nicht ausgespart werden.

dd) Inhalt: Fachliche Lösung

Im gegebenen Zeitrahmen wird der Klausurfall auch inhaltlich besprochen. Dies mag bisweilen ausführlich geschehen, jedenfalls in späteren Terminen genügt aber durchaus der Hinweis auf die ausgegebene Lösungsskizze mitsamt Vertiefungshinweisen. Der große Markt an fachlicher Literatur ermöglicht hier Verzicht, damit die technischen und taktischen Aspekte, die sich schlechter im Selbststudium erschließen lassen, in der knappen verfügbaren Zeit umso besser behandelt werden können.

d) Referate?

Denkbar ist, dass die Studierenden Referate halten, um Ihnen Anlass zu geben, sich als erste kleine Übung etwas tiefer in einen thematischen Teilbereich einzuarbeiten, z.B:
- Was bezweckt Strafrecht?
- Probleme der Kausalität
- Wann ist ein Erfolg nicht objektiv zurechenbar?

Allerdings kann es passieren, dass überforderte Studierende derart viele Fehler oder Missverständlichkeiten vortragen, dass der AG-Leiter ebenso lange braucht, alles auszubügeln, wie es gedauert hätte, das Referat selbst zu halten. Ich lasse daher keine Referate mehr halten.

III. Erfahrungen mit diesem Konzept: Vor- und Nachteile

1. AG-Leiter

Ich habe mich zum Konzept der AG als Klausurenkurs entschieden, nachdem ich einige Veranstaltungen anhand kleine-

[2] *Kühl* (Fn. 1), § 2 Rn. 4 ff.
[3] *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 7.
[4] *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 9.
[5] *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 11ff.
[6] *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 33.

rer Fälle und reiner mündlicher Besprechungen absolviert hatte. Bei Abschnitten der Wiederholung kam es aber immer wieder zu frustrierenden Erlebnissen mit Studierenden, die selbst ausführlich Erörtertes nicht mehr wussten. Die Dauerhaftigkeit des einmal Erlernten schien mir gering. Dies sollte nun dadurch verbessert werden, dass sich die Studierenden am heimischen Schreibtisch mit Hilfe von Literatur durch einen Sachverhalt „durchbeißen" und eben nicht nur Äußerungen des AG-Leiters konsumieren. Ferner halte ich es für sinnvoll, eine gewisse einzufordernde Ernsthaftigkeit des Studiums durch Lernerfolgskontrollen anschaulich zu machen. Das Angebot von Tests und Klausuren soll den Ehrgeiz der Teilnehmer zu guten Leistungen wecken, ihre erfolgreiche Bewältigung soll Spaß am Erwerb von Wissen und Fähigkeiten wecken.

Meine Erfahrungen sind gemischt. Die Zahl abgegebener Klausuren schwankt zwischen einem Viertel und drei Viertel der Studierenden. Ein Durchschnitt hälftiger Beteiligung dürfte angesichts der Freiwilligkeit einer Klausurbearbeitung und der Existenz anderen zu lernenden Stoffs ein Erfolg sein. Bei Bearbeitern, die eine beträchtliche Zahl von Klausuren abgegeben haben, lassen sich durchweg große Leistungssteigerungen verfolgen, die zu einer mindestens soliden Qualifikation für erfolgreiche Übungsveranstaltungen späterer Semester führen dürften. Nicht zu leugnen ist allerdings, dass ein erheblicher Teil der AG-Teilnehmer das Lesepensum nicht absolviert, keine Klausuren abgibt und zur Beantwortung der Testfragen nicht in der Lage ist.

Eine anonyme Evaluation der Veranstaltung bestätigt das geteilte Meinungsbild bei den Studierenden. Einerseits wurden die konzeptionellen Aspekte gelobt (die Vorgabe eines Lernpensums, die Wiederholung anhand Tests, die Möglichkeit, im Rahmen eines strukturierten Plans Klausuren anzufertigen, die alsbald korrigiert werden). Andererseits zeigten sich viele Studierende zum einen in ihrer Lern- und Leistungsfähigkeit überfordert, zum anderen vermissten sie die in anderen Veranstaltungen üblichen konsumierbaren Aufbereitungen des Stoffs und der Fälle. Dies kann bei Pflichtveranstaltungen zum bloßen Absitzen der Zeit, bei freiwilligen Veranstaltungen zum Fernbleiben führen.

Nicht verschwiegen werden soll schließlich der beträchtliche zusätzliche Aufwand durch die anfallenden Korrekturarbeiten außerhalb der eigentlichen Veranstaltungstermine.

2. Studierende

Eine Studierende, die meine Arbeitsgemeinschaften besucht hat und zudem mit einigen Kommilitonen gesprochen hat, gibt im Folgenden Ihre Eindrücke wieder:

„Als Erstsemester waren mir die Arbeitsgemeinschaften als solche, gleich welches Konzept sie verfolgten, neu. Dennoch taten sich schnell Unterschiede auf. So besuchte ich zum einen zivil- und öffentlich-rechtliche AGs, in denen kleine Fälle bearbeitet werden, der Gutachtenstil mündlich trainiert wurde und es ansonsten keinerlei Möglichkeiten der (Selbst-)Kontrolle gab. Zum anderen besuchte ich die strafrechtliche „Klausurenkurs-AG", deren Schwerpunkt auf dem Klausurenschreiben außerhalb der jeweiligen AG-Stunde lag. Das Lesepensum war umfangreich; um es zu erfüllen, benötigte man relativ viel Zeit, was eine zusätzliche Belastung darstellen konnte. Dennoch ist zu betonen, dass schon innerhalb der ersten Semester der zu verarbeitende Stoff stetig anwächst und das Lesepensum nur ein Minimum dessen darstellt, was es an Arbeit zu bewerkstelligen gilt. So kann das Lesepensum, das trotz allem freiwillig ist und vielmehr als eine Leseempfehlung zu verstehen ist, als gute Herausforderung gesehen werden und gibt einem die Möglichkeit, sich an den stetig wachsenden Arbeitsaufwand zu gewöhnen. Jede Woche eine Klausur zu schreiben, bedeutet Zweierlei: Zum einen müssen mehrere Stunden für das Erstellen der Lösungsskizze und das anschließende Ausformulieren aufgebracht werden, zum anderen ist dies allerdings erst dann sinnvoll, wenn man sich vorher dem Lesepensum gestellt hat, was ebenfalls mehrere Stunden in Anspruch nimmt. Das Klausurenschreiben insgesamt war also sehr zeitaufwändig Anfangs musste der zunächst ungewohnte, wenn nicht gar komisch anmutende Subsumtionsstil geübt werden, dessen Bedeutung einem als Erstsemester noch gar nicht klar ist. Dieser kann in der AG zwar mündlich vorgetragen werden, festigt sich aber nur durch kontinuierliche Übung, vor allem durch das Aufschreiben. Deshalb ist es gerade sinnvoll, von Anfang an Klausuren zu schreiben, auch wenn der Schwerpunkt dann nicht auf inhaltlicher sondern auf stilistischer Ebene liegt. Weiterhin ist das Klausurenschreiben hilfreich im Hinblick darauf, dass es in einer Anfänger-AG wohl in den seltensten Fällen möglich ist, Argumente, vor allem anhand der Auslegungsmethoden in der AG zu entwickeln. Dies bedarf des vorherigen Einlesens und einiger Zeit, die man nicht in der mündlichen Situation der AG, sondern nur bei intensiver Beschäftigung zu Hause hat. In der AG erfolgte dann die Besprechung von relevanten Aufbau-, Stil- und Inhaltsfragen. Auch in diesem Zusammenhang besprochene klausurtaktische Fragen und Hinweise waren hilfreich. Zudem hatte man die korrigierte Klausur „in der Hand" und hatte die Möglichkeit, bei Unklarheiten dort nachzuschauen. Von Nachteil war aber, dass die Fälle aufgrund des Umfangs nicht ausführlich auf inhaltlicher Ebene durchgesprochen werden konnten, sondern vielmehr nur punktuell auf Inhaltliches, Stilistisches und den Aufbau Betreffendes hingewiesen wurde.

Die Tests, die zum Anfang einer jeden AG-Stunde gestellt wurden, dienten der Selbstkontrolle und basierten auf dem zuvor Gelesenen. Dabei waren die Wiederholungsfragen hilfreich, um das Thema noch einmal aufzugreifen und besser zu verstehen. Die ausgegebene Stoffübersicht und das Lesepensum gaben einem die Möglichkeit, sich gut auf die jeweilige AG vorzubereiten. Hatte man das Lesepensum erfüllt, waren die Testfragen auch zu beantworten; hatte man es indes nicht geschafft, sich den Stoff vor der AG anzulesen, war man sowohl für den Test als auch für die Klausur unzureichend vorbereitet. Dies stellt meiner Meinung nach auch das Hauptproblem eines solchen „Klausurenkurses" dar. Die Studierenden, die einen gewissen Ehrgeiz entwickeln und motiviert sind, einen ganzen Tag für die gewissenhafte Anfertigung der Klausur aufzubringen, profitieren durchweg von dieser Art der AG-Gestaltung. Den Studierenden aber, denen es schwer fällt oder rein aus Zeitgründen nicht möglich ist,

die Klausur samt Lesepensum gründlich zu bearbeiten, nützt die Besprechung von Test und Klausur in der AG wenig. Mit der mangelnden Vorbereitung auf die AG geht dann auch mangelnde Motivation Hand in Hand, denn: Was nützt es mir, eine AG zu besuchen, von der ich allenfalls die Hälfte mitnehme? Allerdings ist zu betonen, dass einem erst durch das selbstständige Erarbeiten eines umfangreichen Falles die Möglichkeit gegeben wird, zu üben. Zu trainieren, wie man an einen Fall herangeht, wie man ihn aufbaut, nicht zu vergessen der Gutachtenstil, dies alles kann meiner Meinung nach besser am heimischen Schreibtisch mit der nötigen Konzentration und dem nötigen Engagement erfolgen als in einer AG mit 25 Kommilitonen, in der jeder zwar „irgendwie mitdenkt“, es dem einen aber zu schnell, dem anderen zu langsam geht und es schwierig für einen selber einzuschätzen ist, wie man den Fall nun „ganz alleine“ bearbeitet hätte. Wenn man sich aber intensiv mit einem Fall beschäftigt, seine eigenen Gedanken ausformuliert und zu Papier gebracht hat, ist dies meiner Meinung nach für einen selber umso nützlicher. Das selbständige Erarbeiten der Fälle als A und O des AG-Konzeptes schult den Blick fürs Wesentliche, ist ein gutes Training und nimmt die Angst vorm Klausurenschreiben. So wird ein starkes Fundament für alle folgenden Klausuren in den Übungen aber auch für Hausarbeiten (nicht nur im Strafrecht) gelegt. Als AG-Teilnehmer wird einem durch das zeitintensive Lesepensum und das gewissenhafte Klausurenschreiben der Examensbezug deutlich vor Augen geführt, was hilfreicher und nützlicher erscheint als die bloße Be- oder Abhandlung des Stoffes durch den AG-Leiter. Weiterhin sind die Kontrolle der Klausuren und die Abfrage am Anfang der Stunde für viele motivierend, wobei erneut zu betonen ist, wie wichtig die Vorbereitung zu Hause ist und dass mangelnde Vorbereitung nicht weiter führt.“

IV. Schlussbemerkung

Jeder Lehrende bemüht sich darum, im Rahmen der geringen verfügbaren Zeit (eine Arbeitsgemeinschaft im Strafrecht umfasst etwa in Kiel 11 Termine à 105 Minuten) einen möglichst großen Lernerfolg zu erzielen. Die Kernideen eines „AG-Klausurenkurses“ sind es, die Studierenden an permanente eigenständige Wissensaneignung heranzuführen und von Anfang des Studiums an die selbst erarbeite Falllösung (als erwartete Examensleistung) in den Mittelpunkt zu rücken. Das Optimum zwischen Versorgung (Überversorgung?) und Forderung (Überforderung?) der Studierenden scheint noch nicht gefunden. Die Vorstellung meines AG-Konzepts bezweckt, einen ansonsten nicht einfach zu erlangenden Einblick in die Lehrveranstaltung eines Kollegen zu geben. Vielleicht kann es der Qualität der Ausbildung und auch der Freude an ihr dienen, wenn Lehrende sich über ihre Gedanken auf der Suche nach „guter Lehre“ austauschen.