

Herausgeber: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann, Prof. Dr. Mark Zöller,

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Thomas Rotsch

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell

Redaktion Öffentliches Recht: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Uwe Kischel, Akad. Rat a.Z. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Matthias Rossi, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Redaktion Strafrecht: Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Mark Deiters, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Mark Zöller,

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner

Internetauftritt: René Grellert

Anzeigenschaltung: Dr. Anna Oehmichen

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Das endgültige Ausbleiben der Leistung als „Zauberformel“ für die Abgrenzung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung vom Schadensersatzanspruch neben der Leistung?

Von Prof. Dr. Patrick Ostendorf, LL.M. (London), Bielefeld 742

Die verloren gegangene Widerrufserklärung

Von Wiss. Mitarbeiter Jonas David Brinkmann, Bielefeld 744

Die Anspruchsberechtigung beim Pflichtteils-ergänzungsanspruch

Aufgabe einer 40-jährigen Rechtsprechung

Von Wiss. Mitarbeiter Christopher Lenz, Gießen 751

Öffentliches Recht

Normenkontrollen – Teil 1

Funktionen und Systematisierung

Von Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf 756

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Zivilrecht

Einführung: Einbeziehung Dritter in Schuldverhältnisse und Drittschadensliquidation

Von Wiss. Mitarbeiter Daniel Iden, Passau 766

Strafrecht

Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht – eine überflüssige Debatte?

Von Privatdozentin Dr. Anja Schiemann, Frankfurt a.M. 774

ÜBUNGSFÄLLE

Zivilrecht

Fortgeschrittenenklausur im Zivilrecht: Künstlerpech

Von Wiss. Mitarbeiter Florian Wilksch, Jena 778

Öffentliches Recht

Übungsfall: Störung am Volkstrauertag

Von Privatdozent Dr. Julian Krüper, Wiss. Mitarbeiterin
Hana Kühn, Freiburg/Düsseldorf 785

Strafrecht

Der praktische Fall – Strafrecht: „Von Höllen-Engeln und Banditen“

Von Prof. Dr. Georg Freund, Ref. iur. Verena Telöken,
Marburg 796

Übungsfall: Der mutige Mitarbeiter

Von Prof. Dr. Georg Steinberg, Wiss. Hilfskraft Mark Müller,
Köln 807

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Öffentliches Recht

VGH Mannheim, Urt. v. 26.7.2012 – 1 S 2603/11 (Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge)

(Stud. iur. Lucas Hartmann, Heidelberg) 812

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Zivilrecht

BGH, Urt. v. 6.7.2012 – V ZR 122/11 (Zur Sittenwidrigkeit und zeitlichen Obergrenze von schuldrechtlichen Verfügungsverboten)

(Wiss. Mitarbeiter Dr. Alexander Nefzger, Hannover) 821

Strafrecht

BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11 (Zur „Hemmschwellentheorie“ bei Tötungsdelikten)

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 826

BGH, Beschl. v. 10.1.2012 – 4 StR 632/11 (Zur Strafbarkeit des unbemerkten Tankens an Selbstbedienungstankstellen)

(Prof. Dr. Arndt Sinn, Osnabrück) 831

BGH, Beschl. v. 8.11.2011 – 3 StR 316/11 (Zum Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung)

(Wiss. Mitarbeiter Torsten Bohnhorst, Osnabrück) 835

OLG Hamm, Beschl. v. 24.5.2011 – III-2 RVs 20/11 (Anruf bei der Notrufstelle der Polizei als Spontanäußerung)

(Prof. Dr. Holm Putzke, Passau) 838

BUCHREZENSIONEN*Öffentliches Recht*

**Sönke Gerhold/Bernd Hofer/Hege Inwersen-Stück/
Sönke E. Schulz, Formulare für Referendare, 2011**

(Rechtsreferendar Dr. Armin Kockel, Hamburg)

841

**Max-Emanuel Geis, Examens-Repetitorium
Staatsrecht, 2010**

(Rechtsreferendar Florian Beck, Berlin)

843

VARIA*Zivilrecht*

**Herbstakademie für junge Juristen – ein
Tagungsbericht**

Von stud. iur. Katharina Entrup, Dipl.-Jur. Ricarda-Charlotte
Lorenz, Münster)

844

Das endgültige Ausbleiben der Leistung als „Zauberformel“ für die Abgrenzung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung vom Schadensersatzanspruch neben der Leistung?*

Von Prof. Dr. Patrick Ostendorf, LL.M. (London), Bielefeld**

Ausgangspunkt der mittlerweile wohl überwiegenden Auffassung zur Schadensabgrenzung¹ ist bekanntermaßen, dass Gegenstand des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung nur derjenige Schaden sein kann, der allein auf das endgültige Ausbleiben der Leistung zurückzuführen ist – was nach Lage der Dinge entweder die Unmöglichkeit der Leistung (§ 275 BGB), ein berechtigtes Schadensersatzverlangen statt der Leistung (§ 281 Abs. 4 BGB) oder aber den Rücktritt vom Vertrag voraussetzt.

Der durch diese Abgrenzung generierte Vorteil ist ohne Frage die trennscharfe Unterscheidungsmöglichkeit zwischen beiden Anspruchsgrundlagen, die eine Reihe von Inkonsistenzen anderer Abgrenzungstheorien vermeidet.² Gerade am Beispiel des Deckungsgeschäfts zeigen sich bei vordergründiger Betrachtung allerdings auch Defizite, die gegenüber einer Abgrenzung auf Grundlage des geltend gemachten Interesses des Gläubigers bestehen können: Nimmt der Gläubiger ein Deckungsgeschäft nämlich vor dem Schadensersatzverlangen statt der Leistung gem. § 281 Abs. 4 BGB oder sogar noch vor dem Ablauf einer gesetzten Nachfrist vor, stellen die hier anfallenden Mehraufwendungen auf dem Boden dieser Auffassung konsequenter Weise keinen Schadensersatz statt, sondern einen Schadensersatz neben der Leistung dar. Daher bestünde die Gefahr, dass die Mehrkosten für das Deckungsgeschäft entgegen der gesetzlichen Grundwertungen der §§ 280 ff. BGB bereits bei Vorliegen der geringeren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs neben der Leistung liquidiert werden könnten, weil eine Nachfristsetzung hier anders als im Fall des Schadensersatzes statt der Leistung (§ 281 Abs. 1 BGB) nach dem Gesetzeswortlaut nicht erforderlich ist.³ Einzelne Vertreter dieser Auffassung halten eine Ersatzfähigkeit der genannten Schäden im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs neben der Leistung daher auch aus übergeordneten Gründen nicht für möglich.⁴

Lorenz will diese Problematik nun über ein Instrument der Schadenszurechnungslehre in den Griff bekommen: Da

* Erwiderung auf nur Lorenz, in: Häublein/Lutz (Hrsg.), *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus*, Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag, S. 147 und zugleich Nachtrag zu Ostendorf, NJW 2010, 2833.

** Der Autor ist Prof. für Wirtschaftsrecht an der FH Bielefeld und als Of Counsel für die Sozietät Orth Kluth Rechtsanwälte, Düsseldorf, Berlin, tätig.

¹ Vgl. nur Lorenz, in: Häublein/Lutz (Hrsg.), *Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus*, Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag, S. 147 (S. 152) mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Literatur. Ebenso wohl auch BGH NJW 2010, 2426.

² Dazu Lorenz (Fn. 1), S. 148 ff.

³ So im Ausgangspunkt auch Lorenz (Fn. 1), S. 155.

⁴ So etwa Faust, in: *Festschrift für Ulrich Huber zum siebenzigsten Geburtstag*, S. 239 (S. 254); Klöhn, JZ 2010, 46 (47).

die Mehrkosten für das Deckungsgeschäft auf einer Handlung des Gläubigers beruhten und damit einen Anwendungsfall der psychisch vermittelten Kausalität darstellten, käme ein Zurechnung nur in Betracht, wenn sich der Gläubiger zur Vornahme des Deckungsgeschäfts auch legitimer Weise hätte herausgefordert sehen dürfen: Zwar verlange der Schadensersatz neben der Leistung wegen Verzögerung der Leistung gem. §§ 280, 286 BGB keine Nachfristsetzung. Vor Ablauf einer Nachfrist dürfe sich der Gläubiger zur Vornahme des Deckungsgeschäfts regelmäßig aber nicht legitimer Weise herausgefordert sehen. Dies sei vielmehr grundsätzlich erst dann der Fall, wenn die Voraussetzungen eines Rücktritts oder eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung vorlägen, weil der Gläubiger in diesem Fall die Berechtigung des Schuldners zur Erfüllung ohnehin zu Fall bringen könne.⁵

Letztlich bleiben aber auch nach dieser Weiterentwicklung der wohl herrschenden Auffassung zur Abgrenzung der Schadensarten Bedenken bestehen, die im Folgenden anhand dreier Beispiele kurz skizziert werden sollen:

I. Paradoxien

Unstreitig erlischt der Erfüllungsanspruch gem. § 281 Abs. 4 BGB nur durch ein berechtigtes Schadensersatzverlangen statt der Leistung.⁶ Dazu gehören jedenfalls die Anspruchsvoraussetzungen Schuldverhältnis, Pflichtverletzung, erfolglose Nachfristsetzung (soweit nicht im Einzelfall entbehrlich) und Vertretenmüssen. Zählt man aber zutreffender Weise auch einen entstandenen Schaden zu den Anspruchsvoraussetzungen der §§ 280, 281 BGB,⁷ entsteht auf Basis der skizzierten überwiegenden Auffassung zur Schadensabgrenzung ein Paradoxon: Denn Schadensersatzansprüche statt der Leistung erfas-

⁵ Eine psychisch hinreichend vermittelte Kausalität nimmt Lorenz zusätzlich allerdings auch bei Deckungsgeschäften vor Fristablauf an, wenn durch das vorzeitige Erfüllungsgeschäft ein sonst eintretender größerer, vom Schuldner zu ersetzender Verzögerungsschaden verhindert wird, vgl. Lorenz (Fn. 1), S. 162. Dies dürfte wohl auch gelten, wenn die Fristsetzung nach der Wertung des § 281 Abs. 2 BGB bzw. (im Mangelfall) gem. § 440 BGB entbehrlich war.

⁶ Statt vieler Otto/Schwarze, in: Staudinger, *Kommentar zum BGB*, 2009, § 281 Rn. D 8.

⁷ Dafür spricht auch, dass die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs (von den Sonderfällen der §§ 438, 634a BGB abgesehen) erst mit dem Entstehen des Schadensersatzanspruchs beginnt, zu dem nach allgemeiner Meinung auch der Schadenseintritt gehört; s. für den Anspruch auf Ersatz von Verzugsschäden etwa Grothe, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl. 2012, § 199 Rn. 21. Rechtsfolge der §§ 280 ff. BGB ist daher auch nicht etwa der Schaden, sondern die Berechtigung, den entstandenen Schaden vom Schuldner ersetzt zu verlangen.

sen nach dieser Auffassung ja von vorneherein ausschließlich Schäden, die erst *nach* dem (berechtigten) Schadensersatzverlangen eingetreten sind. Damit könnten Schadensersatzansprüche statt der Leistung in dieser Fallkonstellation im Ergebnis aber nie begründet sein.

II. Funktionslosigkeit der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen in § 281 Abs. 1 und 2 BGB

Als noch gewichtiger erweist sich vielleicht ein systematisches Argument: Wenn (neben den Fällen der Unmöglichkeit und des Rücktritts vom Vertrag) nur solche Schäden zum Schadensersatz statt der Leistung gerechnet werden können, die (unabhängig von der oben skizzierten Problematik des Schadenseintritts als Anspruchsvoraussetzung) erst nach berechtigtem Schadensersatzverlangen statt der Leistung (§ 281 Abs. 4 BGB) entstehen, entfällt neben der dadurch bewirkten Funktionslosigkeit der Nachfrist im Tatbestand von § 281 Abs. 1 BGB denklogischer Weise auch jegliche – zumindest unmittelbare – Anwendungsmöglichkeit für § 281 Abs. 2 BGB sowie § 440 BGB,⁸ weil bereits eine Qualifizierung als Schadensersatz statt der Leistung zwangsläufig voraussetzt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen seiner Geltendmachung vorliegen: Andernfalls läge ja kein berechtigtes Schadensersatzverlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB vor, nach dem in zeitlicher Hinsicht Schäden, die dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung unterfallen sollen, überhaupt erst entstehen können.

Die von *Lorenz* vorgeschlagene Berücksichtigung der Nachfristsetzung (und dann wohl konsequenter Weise auch ihrer Ausnahmen gem. §§ 281 Abs. 2, 440 BGB) im Rahmen der Schadenszurechnung beim Schadensersatz neben der Leistung führt damit auf Basis der wohl herrschenden Auffassung zur Schadensabgrenzung dazu, dass die gesetzliche Regelung in § 281 BGB zunächst weitgehend ihres Anwendungsbereichs beraubt, gleichzeitig aber durch die Hintertür der Schadenszurechnung und der Lehre von der psychisch vermittelten Kausalität bei den Anspruchsvoraussetzungen des Schadensersatzes neben der Leistung wieder fruchtbar gemacht wird. Die ausdrückliche gesetzliche Regelung der Nachfrist und ihrer Ausnahmen in § 281 Abs. 2 und § 440 BGB im Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch *statt* der Leistung dürfte demgegenüber aber doch gerade da-für sprechen, dass der Gesetzgeber bewusst davon ausgegangen ist, dass es Schadenspositionen geben muss, die einerseits als Schadensersatz *statt* der Leistung qualifiziert werden müssen, andererseits aber wegen fehlender Anspruchsvoraussetzungen im Ergebnis nicht erfolgreich geltend gemacht werden können – und zwar insbesondere dann, wenn eine erforderliche Nachfrist nicht gesetzt wurde. Das unterstreicht nicht zuletzt auch § 281 Abs. 1 S. 3 BGB.⁹

⁸ In Bezug auf Schadensersatzansprüche.

⁹ Hier heißt es: „Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.“ In beiden Fallgruppen geht der Gesetzgeber

Man mag diese Diskussion für ein juristisches Glasperlenspiel halten, weil die von *Lorenz* bewirkte Projektion der Anspruchsvoraussetzungen des § 281 BGB in die Anspruchsgrundlage des §§ 280, 286 BGB letztlich meist zum gleichen Ergebnis führen dürfte. Bedenklich bleibt aber, dass Rechtsklarheit und nicht zuletzt auch Benutzerfreundlichkeit eines Gesetzestextes leiden, wenn gesetzlich klar definierte Anspruchsvoraussetzungen nicht mehr unmittelbar angewandt, sondern statt dessen im Rahmen eines nicht kodifizierten Instruments der Schadenszurechnung bei einer anderen Anspruchsgrundlage wertungsmäßig herangezogen werden sollen.

III. Weiterbestehender Erfüllungsanspruch

Werden Mehrkosten für einen Deckungskauf *vor* dem Schadensersatzverlangen statt der Leistung als Schadensersatz neben der Leistung qualifiziert, folgt daraus auch, dass der Gläubiger neben dem Schadensersatzanspruch weiterhin Erfüllung verlangen kann, aber auch weiter zur Entgegennahme der Leistung verpflichtet bleibt. Das gilt im Übrigen selbst dann, wenn der Gläubiger – gestützt auf §§ 280, 286 BGB – die für das Deckungsgeschäft aufgewendeten Mehrkosten vom Schuldner verlangt und damit gerade zum Ausdruck gebracht hat, dass sein Erfüllungsinteresse bereits befriedigt ist. Der Käufer läuft dadurch letztlich Gefahr, den Vertragsgegenstand zweimal bezahlen zu müssen, auch wenn hierdurch erlittene Schäden dann gegebenenfalls als Schadensersatz geltend gemacht werden könnten.¹⁰ Ob das vom Gesetzgeber gewollt war, kann mit Blick auf die Grundwertung in § 281 Abs. 4 BGB aber nur schwerlich angenommen werden.

Letztlich stellt sich damit die Frage, ob die Problematik der Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung überhaupt mit Hilfe einer einheitlichen „Formel“ gelöst werden kann oder aber die Anwendung unterschiedlicher Abgrenzungskriterien unumgänglich ist.¹¹ Ohne unerfreuliche Nebenwirkungen bleibt eine einheitliche „Zauberformel“ für die Abgrenzung jedenfalls nicht.

also offenkundig davon aus, dass es als Schadensersatz statt der Leistung zu qualifizierende Schadenspositionen gibt, die (mangels Interessenfortfall oder Unerheblichkeit der Pflichtverletzung) aber gerade nicht berechtigter Weise ersetzt verlangt werden können.

¹⁰ Dazu (für das UN-Kaufrecht) etwa *Schlechtriem*, in: Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag, S. 383 (S. 387 ff.), der bei Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts entgegen der h.M. ein Deckungsgeschäft auch unabhängig von einer Vertragsaufhebung zulassen möchte und im Fall einer verspäteten Erfüllung durch den Verkäufer *nach* Vornahme eines Deckungsgeschäfts durch den Käufer die dadurch entstehenden Mehrkosten für den Käufer (Verkauf des nunmehr überflüssigen Deckungsgegenstandes) als erstattungsfähigen Schadensersatz bewertet.

¹¹ Dazu *Ostendorf*, NJW 2010, 2833.

Die verloren gegangene Widerrufserklärung

Von Wiss. Mitarbeiter **Jonas David Brinkmann**, Bielefeld

Ein alltäglicher Fall im Fernabsatz: Verbraucher V kaufte beim Onlineversandhändler X ein Hemd. Nach einigen Tagen wird das Hemd geliefert und V stellt bei genauer Betrachtung fest, dass ihm die Farbe nicht zusagt. Er will den Kaufvertrag widerrufen und schickt das Hemd deshalb ordnungsgemäß adressiert und ausreichend frankiert an X zurück. Nach einiger Zeit und einem Blick auf seine Kontoauszüge wundert sich V, warum er den Kaufpreis noch nicht erstattet bekommen hat. Als V bei X anruft um sich nach dem Geld zu erkundigen, teilt man ihm mit, dass das Päckchen mit dem Hemd leider nicht bei X angekommen sei. V fragt sich nun, ob er den Widerruf trotzdem wirksam erklärt hat, oder ob eine erneute Widerrufserklärung erforderlich bzw. überhaupt noch möglich ist.

I. Fragestellung

Will ein Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen, so muss er den Widerruf nach § 355 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB form- und fristgerecht gegenüber dem Unternehmer erklären. Dies kann gemäß § 355 Abs. 1 S. 2 1. Hs. BGB entweder in Textform, oder – als konkludente Widerrufserklärung¹ – durch die Rücksendung der Ware erfolgen. Zur Fristwahrung genügt nach § 355 Abs. 1 S. 2 2. Hs. BGB die rechtzeitige Absendung der Erklärung. Wie allerdings sind die Fälle zu beurteilen, in denen der fristgerecht abgesandte Widerruf auf dem Weg zum Unternehmer verloren geht? Wann ist hier eine erneute Widerrufserklärung ausreichend, um die Folgen des § 357 BGB auszulösen und wann notwendig? Der folgende Beitrag wird diese Fragen unter Darstellung des aktuellen Meinungsstands methodisch beantworten.

Hierzu soll zunächst die generelle Risikoverteilung bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen sowie die Risikoverteilung bei der Widerrufserklärung dargestellt werden (II.). Im Anschluss daran wird auf die Wirksamkeit des verlorengegangenen Widerrufs eingegangen (III.) und schließlich die Folgen einer erneuten Widerrufserklärung untersucht (IV.).

II. Risikoverteilung bezüglich empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Allgemeinen und beim Widerruf

1. Die generelle Risikoverteilung bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen

Bzgl. der Frage, wann eine empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam wird, hat sich der Gesetzgeber in § 130 Abs. 1 BGB für die Empfangstheorie entschieden.² Eine empfangsbedürftige Willenserklärung wird erst dann wirksam, wenn sie dem Empfänger zugegangen ist, wobei der Zeitpunkt des Zugang spätestens dann gegeben ist, wenn nach den Umstän-

den für gewöhnlich mit der Kenntnisnahme des Empfängers zu rechnen ist.³

In Bezug auf die Risikoverteilung bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen lässt sich hieraus folgendes schließen: Zunächst soll jeder Beteiligte die Risiken aus seiner Sphäre tragen.⁴ Der Absender ist für die Absendung verantwortlich; die bloße Äußerung eines Willensentschlusses reicht nach dem BGB – entgegen der Äußerungstheorie⁵ – für dessen Wirksamkeit nicht.⁶ Andererseits ist der Empfänger dafür verantwortlich, die Erklärung, sofern sie in seinen Machtbereich gelangt ist, auch zur Kenntnis zu nehmen.⁷ Unterlässt er dies, so wird die Willenserklärung – entgegen der Vernehmungstheorie⁸ – bereits zum Zeitpunkt der gewöhnlichen Kenntnisnahme wirksam.⁹ Das Risiko des Transports fällt i.d.R. in keine der beiden Sphären, muss jedoch einer Seite zugerechnet werden.¹⁰ Dieses Risiko trägt nach der gesetzlichen Regelung der Absender der Erklärung:¹¹ Nur die zugegangene Willenserklärung wird wirksam.¹² Geht die empfangsbedürftige Willenserklärung also auf dem Transportweg verloren, so löst sie nicht die vom Absender gewollten Rechtsfolgen aus.¹³ Der Absender trägt somit – anders als nach der Entäußerungstheorie¹⁴ – das *Zugangsrisiko*.¹⁵ Zudem gilt, dass die Erklärung nach § 130 Abs. 1 BGB erst zu dem Zeitpunkt wirksam wird, in welchem sie zugeht. Hat eine Erklärung innerhalb einer Frist zu erfolgen, so treten die Rechtsfolgen dieser Erklärung, sofern es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, grds. nur ein, wenn die Erklärung zu diesem Zeitpunkt auch zugegangen ist.¹⁶ Geht die Erklärung erst nach dem Ablauf der Frist zu, so ist keine wirksame Erklärung innerhalb der Frist erfolgt. Die angestrebten Rechts-

³ BGH NJW 1977, 194; BGH NJW 1998, 976; Ahrens, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 130 Rn. 8; Einsele (Fn. 2), § 130 Rn. 19; Faust, in: Nomos Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 130 Rn. 23; Singer (Fn. 2), § 130 Rn. 39.

⁴ Singer (Fn. 2), § 130 Rn. 8.

⁵ Einsele (Fn. 2), § 130 Rn. 7; Singer (Fn. 2), § 130 Rn. 2.

⁶ Vgl. Ahrens (Fn. 3), § 130 Rn. 6; Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 130 Rn. 2.

⁷ Einsele (Fn. 2), § 130 Rn. 11; Faust (Fn. 3), § 130 Rn. 1.

⁸ Einsele (Fn. 2), § 130 Rn. 10; Singer (Fn. 2), § 130 Rn. 5.

⁹ S.o. Rn. 3.

¹⁰ Singer (Fn. 2), § 130 Rn. 8.

¹¹ Medicus (Fn. 4) Rn. 273; Faust (Fn. 3), § 130 Rn. 1; Einsele (Fn. 2), § 130 Rn. 3, 11.

¹² S.o. Rn. 3.

¹³ So z.B. bei der Kündigung eines Mietvertrags, vgl. z.B.: Hinz, in: Nomos Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2012, § 568 Rn. 23; Elzer, in: Elzer/Riecke, Mietrechtskommentar, 2009, § 568 Rn. 5.

¹⁴ Einsele (Fn. 2), § 130 Rn. 8; Singer (Fn. 2), § 130 Rn. 3.

¹⁵ Vgl. Einsele (Fn. 2), § 130 Rn. 10.

¹⁶ Einsele (Fn. 2), § 130 Rn. 9.

¹ Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 355 Rn. 8; Masuch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 355 Rn. 41; Ring, in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 7. Aufl. 2012, § 355 Rn. 48.

² Einsele, in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 130 Rn. 11; Singer, in: Staudinger Kommentar zum BGB, 2011, § 130 Rn. 8.

folgen werden nicht ausgelöst. Der Absender trägt demnach also grds. auch das *Verzögerungsrisiko*.¹⁷

2. Die Risikoverteilung beim Widerruf

Nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Verbraucher den Widerruf innerhalb der Widerrufsfrist gegenüber dem Unternehmer zu erklären, jedoch genügt zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung. Aus der Formulierung „gegenüber dem Unternehmer zu erklären“ lässt sich zunächst schließen, dass es sich auch bei der Widerrufserklärung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt.¹⁸ Dementsprechend findet auf die Widerrufserklärung § 130 Abs. 1 BGB (und mit ihm grds. auch die oben beschriebene Risikoverteilung) Anwendung. Aus § 355 Abs. 1 S. 2 2. Hs. BGB, demnach die rechtzeitige Absendung zur Fristwahrung reichen soll, lässt sich jedoch entnehmen, dass Verzögerungen auf dem Transportweg nicht den Verbraucher treffen sollen. Anders als im Regelfall hat der Gesetzgeber dem Absender im Widerrufsfall folglich nicht das Verzögerungsrisiko auferlegt.¹⁹ In Bezug auf das Zugangsrisiko enthält § 355 Abs. 1 S. 2 2. Hs. BGB hingegen nach ganz herrschender Meinung keine Modifikation.²⁰ Dementsprechend trägt der Verbraucher grds. die Gefahr, dass seine Widerrufserklärung auf dem Transportweg verloren geht.

III. Die Wirksamkeit der verlorengegangenen Widerrufserklärung

1. Widerruf in Textform

Hat der Verbraucher seine erste Widerrufserklärung in Textform auf den Weg gebracht und geht diese auf dem Transportweg verloren, so gilt folgendes: Auch beim Widerruf trägt der Absender, wie oben erläutert, die Zugangsgefahr.²¹ Die Wirksamkeit des Widerrufs hängt gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 BGB vom Zugang beim Empfänger ab.²² Wenn also die Wi-

derrufserklärung nicht zugeht, so werden auch die mit ihr angestrebten Rechtsfolgen nicht ausgelöst.²³ Geht also der in Textform erklärte Widerruf auf dem Transportweg verloren, so bleibt der Verbraucher weiterhin an seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung gebunden.

2. Widerruf durch Sachrücksendung

Etwas anderes könnte jedoch gelten, wenn zum Zwecke des Widerrufs die Sache selbst zurückgeschickt wurde und diese dann auf dem Transportweg verloren geht. Nach § 357 Abs. 2 S. 1 BGB ist der Verbraucher im Falle des Widerrufs dazu verpflichtet, die Sache, sofern sie sich für die Rücksendung durch Paket eignet, zurückzusenden. Hierfür soll der Unternehmer gem. § 357 Abs. 2 S. 2 BGB jedoch die Kosten und die Gefahr tragen. Aus der Regelung, dass der Unternehmer die Gefahr für die Rücksendung trägt, könnte sich ergeben, dass die Wirksamkeit der Widerrufserklärung durch Sachrücksendung vom Zugang unabhängig sein soll.²⁴

§ 357 BGB regelt, wie sich bereits aus der Überschrift ergibt, die Rechtsfolgen²⁵ des Widerrufs: § 357 Abs. 1 BGB verweist diesbezüglich auf die Vorschriften zum gesetzlichen Rücktritt, welche durch § 357 Abs. 1-4 BGB für den Widerruf und die Rückgabe entsprechend modifiziert werden.²⁶ § 357 Abs. 2 S. 2 BGB bezieht sich auf die Rücksendung in § 357 Abs. 2 S. 1 BGB. § 357 Abs. 2 S. 1 BGB wiederum verpflichtet den Verbraucher „bei Ausübung des Widerrufsrechts“, also auch als Rechtsfolge des Widerrufs, zur Rücksendung der Sache.²⁷

Eine Rechtsfolgenregelung setzt jedoch denklogisch zunächst die wirksame Rechtsausübung voraus. Anwendungsvoraussetzung des § 357 BGB ist also, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht wirksam ausgeübt hat.²⁸ Auch der konkludente Widerruf durch Sachrücksendung muss nach § 355 Abs. 1 S. 2 1. Hs. a.E. BGB „gegenüber dem Unternehmer“ erklärt werden. Mithin handelt es sich ebenfalls um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, womit auch hier § 130 Abs. 1 S. 1 BGB einschlägig ist. Wenn die Widerrufserklärung mangels Zugang nicht wirksam geworden ist, so kann dementsprechend auch die Rechtsfolgenanordnung samt Ge-

¹⁷ Vgl. *Einsele* (Fn. 2), § 130 Rn. 11.

¹⁸ So auch *Grüneberg* (Fn. 1), § 355 Rn. 10; *Masuch* (Fn. 1), § 355 Rn. 34; *Wildemann*, in: *Juris Praxiskommentar zum BGB*, Bd. 2.1, 5. Aufl. 2010, § 355 Rn. 23; *Ring* (Fn. 1), § 355 Rn. 36; *Rott*, in: *Tonner/Willingmann/Tamm, Vertragsrecht Kommentar*, 2010, § 355 Rn. 5; *Saenger*, in: *Erman Kommentar zum BGB*, 13. Aufl. 2011, § 355 Rn. 7.

¹⁹ *Bülow*, in: *Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht*, 7. Aufl. 2011, § 495 Rn. 140; *Faust* (Fn. 3), § 130 Rn. 5; *Grothe*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, Ed. 24, Stand: 1.11.2011, § 355 Rn. 13; *Kaiser*, in: *Staudinger, Kommentar zum BGB*, 2012, § 355 Rn. 39; *Ring* (Fn. 1), § 355 Rn. 36; *Wildemann* (Fn. 18), § 355 Rn. 36.

²⁰ Vgl. *Bülow* (Fn. 19), § 495 Rn. 140; *Grothe* (Fn. 19), § 355 Rn. 13; *Kaiser* (Fn. 19), § 355 Rn. 39; *Masuch* (Fn. 1), § 355 Rn. 56; *Ring* (Fn. 1), § 355 Rn. 36; *Saenger* (Fn. 18), § 355 Rn. 7; so auch *Löwe* bereits zum zweiten Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, NJW 1974, 2257 (2259).

²¹ S.o. II. 2.

²² *S. Ellenberger* (Fn. 6), § 130 Rn. 5; *Faust* (Fn. 3), § 130 Rn. 20; *Grüneberg* (Fn. 1), § 355 Rn. 10; *Jauernig*, in: *Jauer-*

nig, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011 § 130 BGB Rn. 4; *Wildemann* (Fn. 18), § 355 Rn. 23.

²³ *Grothe* (Fn. 19), § 355 Rn. 13; *Ring* (Fn. 1), § 355 Rn. 36; *Wildemann* (Fn. 18), § 355 Rn. 36; *Saenger* (Fn. 18), § 355 Rn. 7.

²⁴ So z.B.: *Grothe* (Fn. 19), § 355 Rn. 13; *Grüneberg* (Fn. 1), § 355 Rn. 10; *Ring* (Fn. 1), § 355 Rn. 36.

²⁵ Vgl. *Grothe* (Fn. 19), § 357 Rn. 1; *Masuch* (Fn. 1), § 357 Rn. 1; *Medicus/Stürmer*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2012, § 355 Rn. 1; *Pfeiffer*, in: *Soergel, Kommentar zum BGB*, 13. Aufl. 2010, § 357 Rn. 2, 5; *Ring* (Fn. 1), § 357 Rn. 1.

²⁶ *Kaiser* (Fn. 19), § 357 Rn. 4; *Ring* (Fn. 1), § 357 Rn. 3; *Wildemann* (Fn. 18), § 357 Rn. 10.

²⁷ Vgl. auch *Saenger* (Fn. 18), § 357 Rn. 2.

²⁸ *Wildemann* (Fn. 18), § 357 Rn. 6; *Pfeiffer* (Fn. 25), § 357 Rn. 29; *Saenger* (Fn. 18), § 357 Rn. 1.

fahrtragungsregel nicht zur Anwendung kommen.²⁹ Zudem ist der Zweck der Gefahrtragungsregelung in § 357 Abs. 2 S. 2 BGB ein anderer:³⁰ Etwaige Schadensersatzansprüche wegen des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Beschädigung der Sache auf dem Wege der – nach § 357 Abs. 2 S. 1 BGB vom Verbraucher geschuldeten – Rücksendung sollen ausgeschlossen werden.³¹

Demnach kann der Regelung in § 357 Abs. 2 S. 2 BGB keine Modifikation in Bezug auf das Zugangserfordernis beim Widerruf durch Sachrücksendung entnommen werden. Auch in diesen Fällen ist folglich der Zugang der mit der Sachrücksendung verbundenen konkludenten Widerrufserklärung für die Wirksamkeit des Widerrufs erforderlich.

3. Ergebnis bezüglich der Wirksamkeit der verlorengegangenen Widerrufserklärung

Es lässt sich also folgendes festhalten: sofern eine Widerrufserklärung auf dem Transportweg verloren geht, wird diese – ob in Textform oder als Sachrücksendung – mangels Zugang beim Empfänger nicht wirksam. Die Rechtsfolgen des Widerrufs werden nicht ausgelöst, der Verbraucher bleibt weiterhin an seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung gebunden obwohl die Widerrufsfrist gewahrt wurde.

IV. Wirksamkeit einer erneuten Widerrufserklärung

1. Die Situation vor Fristablauf

Bevor die Widerrufsfrist abgelaufen ist, steht der Wirksamkeit einer erneuten Widerrufserklärung, sofern diese dem Unternehmer zugeht, nichts entgegen. Die rechtzeitige Absendung ist nach § 355 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BGB fristwährend. Der Verbraucher könnte noch innerhalb der Widerrufsfrist eine erneute Widerrufserklärung auf den Weg bringen. Damit er nicht mehr an seine Willenserklärung gebunden ist, wäre diese erneute Widerrufserklärung wie oben ausgeführt auch erforderlich.

2. Die Situation nach Fristablauf

Nach Ablauf der Widerrufsfrist erscheint jedoch fraglich, ob eine weitere Widerrufserklärung, selbst wenn sie ordnungsgemäß zugeht, überhaupt noch zu einem wirksamen Widerruf führen kann: Während die erste Widerrufserklärung mangels Zugang nicht wirksam geworden ist, wäre eine zweite Widerrufserklärung zwar zugegangen, für sich betrachtet aber verfristet. Auf die zweite, nach Ablauf der Widerrufsfrist abgeschickte Widerrufserklärung ist auch § 355 Abs. 1 S. 2 2. Hs. BGB nicht anwendbar, denn sie ist gerade nicht innerhalb der Frist abgeschickt und lediglich auf dem Transportweg verzögert worden. Als verspätete Erklärung führt sie, nach den allgemeinen Grundsätzen, nicht die mit ihr erstrebten Rechtswirkungen herbei.³²

a) Auslegung des § 355 BGB

Dass mit Zugang einer verspätet abgesendeten Widerrufserklärung der Widerruf wirksam wird, wenn zuvor eine fristgerechte Widerrufserklärung auf dem Transportweg verlorengegangen ist, könnte sich jedoch aus § 355 Abs. 1 BGB ergeben. Dies wäre der Fall, wenn sich aus der Vorschrift folgern ließe, dass es ausreicht, wenn lediglich *eine* zugegangene Widerrufserklärung vorliegt und eine *andere* Widerrufserklärung fristwährend abgeschickt wurde. Diese Frage ist im Wege der Auslegung zu beantworten.

aa) Grammatische Auslegung

Das Auslegungsergebnis ist von vornherein auf den möglichen Wortsinn des Gesetzestextes beschränkt.³³ Dementsprechend müsste der Inhalt des § 355 Abs. 1 BGB zumindest dahingehend verstanden werden können, dass die fristwährend abgeschickte Widerrufserklärung nicht mit der zugegangenen Widerrufserklärung identisch zu sein hat. Gemäß § 355 Abs. 1 BGB ist ein Verbraucher an seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat. Der Widerruf ist innerhalb der Widerrufsfrist gegenüber dem Unternehmer zu erklären; zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung. Während § 355 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Formulierung „fristgerecht widerrufen“ wohl eher dahingehend zu verstehen ist, dass der zugegangene Widerruf selbst fristgerecht gewesen sein muss, teilt der § 355 Abs. 1 S. 2 BGB durch die beiden Halbsätze das Zugangserfordernis und die rechtzeitige Absendung bereits sprachlich auf. Hieraus lässt sich schließen, dass Zugang und fristgerechte Erklärung nicht notwendigerweise durch eine Widerrufserklärung zu erfolgen haben. Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass der Wortlaut zwar nicht ausschließt, dass der Zugang und die fristwährende Absendung durch verschiedene Erklärungen erfolgen, jedoch andererseits auch nicht zwingend vorgibt, dass eine fristwährende Widerrufserklärung und eine andere, zugegangene Widerrufserklärung für einen wirksamen Widerruf ausreichen. Diesbezüglich ist der Wortlaut also nicht eindeutig in die eine oder andere Richtung zu verstehen.

bb) Historische Auslegung

Die Bestimmung, nach der die rechtzeitige Absendung des Widerrufs genügt, geht auf den Entwurf des Bundestages zum zweiten Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes aus dem Jahre 1969³⁴ zurück. Mit der Problematik der auf dem Transportweg verloren gegangenen Widerrufserklärung haben sich jedoch weder dieser Entwurf noch die darauf aufbauenden, nachfolgenden Materialien befasst, sodass aus der historischen Entwicklung des Widerrufsrechts keine Anhaltspunkte für die in Frage stehende Problematik entnommen werden kann.

²⁹ Bülow, in: Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 83.

³⁰ Kaiser (Fn. 19), § 355 Rn. 39.

³¹ Hierzu ausführlich: Kaiser (Fn. 19), § 357 Rn. 54, 56.

³² S.o. II. 1.

³³ S. Coing/Honsell, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, Einl. Rn. 125.

³⁴ BR-Drs. 548/1/69.

cc) Systematische Auslegung

Auch in anderen Normen im Zivilrecht wird eine dem § 355 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechende Risikozuweisung vorgenommen. In diesen Fällen wird die Wirksamkeit einer verspäteten Erklärung, sofern eine vorangegangene, fristgerechte Erklärung auf dem Transportweg abhandengekommen ist, bejaht. Aus den dabei entwickelten Grundsätzen könnten im Wege einer systematischen Auslegung auch Anhaltspunkte für die hier behandelte Frage entwickelt werden.

(1) Rechtsgedanke in § 121 Abs. 1 S. 2 BGB

§ 121 Abs. 1 S. 2 BGB regelt die Frist bei Anfechtung gegenüber Abwesenden wegen Irrtums gem. § 119 BGB sowie wegen falscher Übermittlung gem. § 120 BGB. Die Anfechtung gilt als rechtzeitig, wenn die Erklärung unverzüglich abgesendet worden ist. Auch die Anfechtungserklärung ist, wie die Widerrufserklärung, eine empfangsbedürftige Willenserklärung³⁵. Dementsprechend ist für die Wirksamkeit der Anfechtung ebenso ein Zugang nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich.³⁶ Fehlt der Zugang, weil die Anfechtungserklärung auf dem Transportweg abhandengekommen ist, so ist eine wirksame Anfechtung nicht gegeben. Nach ganz herrschender Ansicht ist jedoch eine zweite Anfechtungserklärung, sofern diese unverzüglich nach Kenntnis des Verlustes der ersten abgeschickt wurde, wirksam.³⁷

Dieses Ergebnis ist für die Anfechtung nach § 121 Abs. 1 BGB auch überzeugend. Nach § 121 Abs. 1 S. 1 BGB hat die Anfechtung ab Kenntnis des Anfechtungsgrundes unverzüglich zu erfolgen. Nach der Legaldefinition in § 121 Abs. 1 S. 1 BGB bedeutet unverzüglich ohne schuldhaftes Zögern. Der Anfechtende ist also verpflichtet, die Anfechtung ohne schuldhaftes Verzögerung zu erklären. Bei Verzögerungen auf dem Transportweg, so lässt sich § 121 Abs. 1 S. 2 BGB entnehmen, trifft den Anfechtenden kein Verschulden. Wenn der Anfechtende die Erklärung unverzüglich absendet, diese jedoch auf dem Transportweg verloren geht, so trifft ihn hierfür ebenfalls kein Verschulden. Erhält der Anfechtende jedoch Kenntnis davon, dass seine Willenserklärung nicht angekommen ist, so wäre es schuldhaft, wenn er nicht umgehend eine weitere Erklärung auf den Weg bringt. Erklärt er hingegen nach Kenntnis des Verlustes der ersten Erklärung unverzüglich erneut die Anfechtung, so hat er insgesamt ohne schuldhaftes Zögern gehandelt. Die Anfechtungsfrist wäre dementsprechend gewahrt.

Dieses Ergebnis lässt sich jedoch nicht ohne weiteres auf die Widerrufsfrist übertragen.³⁸ Im Gegensatz zur Anfechtungserklärung muss die Widerrufserklärung nicht unverzüglich, sondern innerhalb der Widerrufsfrist erfolgen. Während das schuldhaftes Zögern eine subjektive Komponente beinhaltet, durch die die Belange beider Parteien zu berücksichtigen sind,³⁹ handelt es sich bei der Widerrufsfrist um eine rein objektive, starre Frist. Ob der Verbraucher den Widerruf verschuldet oder unverschuldet bei Ablauf der Widerrufsfrist nicht erklärt hat, ist somit grds. unerheblich. Wenn der Verbraucher also nach der Kenntnis vom Verlust der ersten Widerrufserklärung eine erneute Widerrufserklärung absendet, ist diese, weil die starre und nicht von den Umständen des Einzelfalls abhängende Widerrufsfrist abgelaufen ist, anders als im Anfechtungsfall oben, nicht mehr fristgerecht. Bei dem verlorengegangenen Widerruf ist die Frage betroffen, ob die Voraussetzungen einer fristgerechten, zugegangenen Widerrufserklärung auch durch zwei verschiedene Erklärungen erfolgen kann. Im Anfechtungsfall werden jedoch nicht zwei Erklärungen zusammengezogen, um einen Tatbestand zu erfüllen, sondern es wird lediglich die zweite Erklärung gewertet, die ohne schuldhaftes Zögern (wegen des Verlustes der ersten Anfechtungserklärung konnte die Anfechtung schließlich nicht schneller erklärt werden) abgeschickt wird und zugeht. Dies wird auch bereits durch einen Vergleich des Wortlauts von § 121 Abs. 1 S. 2 BGB und § 355 Abs. 1 S. 2 BGB belegt: Während § 121 Abs. 1 S. 2 BGB aussagt, dass die *erfolgte* Anfechtung rechtzeitig ist, wenn *die* Anfechtungserklärung rechtzeitig abgeschickt wurde, sich also nur auf die zugehende Erklärung bezieht, wird bei § 355 Abs. 1 S. 2 BGB durch die beiden Halbsätze sprachlich gerade zwischen Zugang und rechtzeitig abgeschickter Erklärung differenziert. Nach alledem können die Überlegungen in Bezug auf § 121 Abs. 1 S. 2 BGB nicht auf den Widerruf nach § 355 BGB angewandt werden.

(2) Rechtsgedanke in § 377 HGB

§ 377 HGB betrifft die Anzeige von Mängeln beim Handelskauf.⁴⁰ Diese hat nach § 377 Abs. 1, 3 HGB unverzüglich nach der Entdeckung zu erfolgen. Gem. § 377 Abs. 2 und 3 HGB führt der Verstoß gegen diese Rügepflicht dazu, dass die Ware als genehmigt gilt und die Gewährleistungsrechte somit ausgeschlossen sind. § 377 Abs. 4 HGB lässt jedoch eine rechtzeitige Absendung der Mängelrüge zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügen.

Wie die Widerrufserklärung des Verbrauchers kann auch die Mängelrüge des Käufers auf dem Transportweg zum Empfänger verloren gehen. Auch in diesen Fällen besteht also auf den ersten Blick eine mit der in diesem Beitrag behandelten

³⁵ Vgl. *Schiemann*, in: Staudinger-Eckpfeiler, 2012/2013, C. Rn. 183.

³⁶ Vgl. *Ahrens* (Rn. 3), § 121 Rn. 5.

³⁷ *S. Ahrens* (Rn. 3), § 121 Rn. 5; *Ellenberger* (Fn. 6), § 121 Rn. 4; *Feuerborn*, in: Nomos Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 121 Rn. 16; *Hefermehl*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 121 Rn. 10; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 121 Rn. 9.

³⁸ A.A. wohl: *Masuch* (Fn. 1), § 355 Rn. 38; *Kaiser* (Fn. 19), § 121 Rn. 39.

³⁹ Vgl. *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 121 Rn. 7; *Hefermehl* (Fn. 37), § 121, Rn. 7; *Singer* (Fn. 2), § 121 Rn. 9.

⁴⁰ Vgl. hierzu: *R. Koch*, in: Oetker, Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 2011, § 377 Rn. 3; *Müller*, in: Ebenroth/Boujong/Strohn, Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 2009, § 377 Rn. 1 ff.

vergleichbare Problematik. Bei genauerer Betrachtung hingegen zeigen sich wesentliche Unterschiede: Die Rügepflicht, welche – weil sie lediglich der Erhaltung bereits erworbener Rechte dient⁴¹ – eigentlich eine Rügeobliegenheit ist, ist somit auch keine empfangsbedürftige Willenserklärung.⁴² Dementsprechend ist auch § 130 BGB nicht direkt anwendbar. Ob eine analoge Anwendbarkeit bezüglich des Zugangserfordernisses in Betracht kommt, ist umstritten.⁴³ Lehnt man die analoge Anwendbarkeit des § 130 BGB ab, so wäre der Zugang der Mängelrüge ohnehin entbehrlich. Auch die auf dem Transportweg verlorengegangene Mängelrüge wäre wirksam. Nimmt man hingegen mit dem BGH⁴⁴ eine Empfangsbedürftigkeit analog § 130 BGB an, so gilt auch hier, was bereits in Bezug auf § 121 Abs. 1 S. 2 BGB gesagt wurde: Nach § 377 Abs. 1, 3 HGB hat die Mangelanzeige unverzüglich zu erfolgen, was der Legaldefinition in § 121 Abs. 1 S. 1 BGB entsprechend ohne schuldhaftes Zögern bedeutet. Wie bei der Anfechtung gilt auch bei der Mängelrüge – wie sich dort aus § 377 Abs. 4 HGB ergibt – dass der Absender für Verzögerungen auf dem Transportweg nicht einzustehen hat. Somit wäre eine unverzüglich nach Kenntnis des Verlustes der ersten Rüge abgeschickte zweite Rüge noch immer ohne schuldhaftige Verzögerung auf den Weg gebracht und entsprechend fristgerecht. Wie allerdings bereits erläutert, gilt für den Widerruf eine rein objektive Frist, sodass auch das für § 377 HGB gefundene Ergebnis nicht auf § 355 BGB übertragbar ist: Auch bei § 377 HGB wird in Bezug auf die Fristgemäßheit ausschließlich auf die zweite Erklärung abgestellt und nicht – wie im fraglichen Fall – zwei unterschiedliche Erklärungen zusammengezogen, um einen Tatbestand zu erfüllen.

(3) Rechtsgedanke in § 149 S. 1 BGB

Im Rahmen des § 149 S. 1 BGB, der sich mit der verspätet zugewandenen Annahmeerklärung zum Vertrag befasst, sind zwei Situationen zu unterscheiden.⁴⁵

Zunächst regelt die Norm Fälle, in denen eine Annahmeerklärung, wegen Verzögerungen auf dem Transportweg, nicht rechtzeitig beim Empfänger ankommt.⁴⁶ Hier soll der Empfänger, sofern es für ihn erkennbar war, dass die Annahmeerklärung rechtzeitig abgeschickt wurde und lediglich verspätet angekommen ist, die Verspätung beim Absender unverzüglich anzeigen, um den Vertragsschluss zu verhindern. Was geschieht, wenn die rechtzeitig abgeschickte Annahmeerklärung den Empfänger überhaupt nicht erreicht, wird durch § 149 S. 1 BGB nicht bestimmt. Nach den allgemeinen Grundsät-

zen gilt hier, dass die nicht zugestellte Annahme, mangels Zugang, als empfangsbedürftige Willenserklärung gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB nicht wirksam wird. Eine nach Kenntnis des fehlenden Zugangs durch den Annehmenden erfolgte Erklärung wäre, sofern die Annahmefrist abgelaufen ist, verspätet und dementsprechend lediglich ein neuer Antrag nach § 150 Abs. 1 BGB.⁴⁷ Eine § 355 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechende Bestimmung, aus der man schließen könnte, dass bereits eine rechtzeitig abgeschickte und eine andere, zugegangene Erklärung die gewollten Rechtsfolgen herbeiführen, enthält die Norm gerade nicht. Vielmehr legt § 149 S. 1 BGB auch das Verzögerungsrisiko dem Annehmenden auf, und schützt lediglich sein Vertrauen⁴⁸ auf den rechtzeitigen Zugang seiner Annahmeerklärung, indem es den Empfänger verpflichtet, einen etwaigen verspäteten Zugang anzuzeigen.⁴⁹ Jedoch beschränkt sich die Norm auf die Fälle, in denen der Zugang der rechtzeitig abgeschickten Erklärung tatsächlich erfolgt ist. Sofern die rechtzeitige Erklärung überhaupt nicht zugeht, ist § 149 S. 1 BGB auch kein Schutzgedanke zu entnehmen.

Eine weitere Regelung trifft § 149 BGB in Bezug auf die Verspätungsanzeige. Hier wird in § 149 S. 1 BGB bestimmt, dass diese unverzüglich durch den Empfänger der Annahmeerklärung zu erfolgen hat. § 149 S. 2 BGB wiederum lässt sich entnehmen, dass es für die Rechtzeitigkeit der Verspätungsanzeige lediglich auf die Absendung ankommt. Wenn also die rechtzeitig abgeschickte Verspätungsanzeige nicht zugeht, so gilt das, was auch in Bezug auf die Mängelrüge nach § 377 HGB bereits gesagt wurde. Die Verspätungsanzeige stellt, wie auch die Mängelrüge,⁵⁰ eine Obliegenheit⁵¹ des Erklärenden (hier des Annahmempfängers) dar. Sie ist dementsprechend keine empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern eine Mitteilung, bei der die analoge Anwendbarkeit von § 130 Abs. 1 S. 1 BGB bereits umstritten⁵² ist. Und auch hier gilt, sofern man die Empfangsbedürftigkeit der Erklärung bejaht, dass die unverzügliche Nachholung einer rechtzeitig abgeschickten, auf dem Transportweg verlorenen Erklärung selbst noch fristgerecht wäre, weil sie ohne schuldhaftes Zögern erfolgt wäre. Wie oben erläutert lässt sich dieses Ergebnis aber nicht auf den mit starren Fristen versehenen Widerruf übertragen.

(4) Ergebnis der systematischen Auslegung

Zwischen den Fällen, in denen nach Verlust einer rechtzeitigen Widerrufserklärung eine weitere, verspätet zugewandene Widerrufserklärung erfolgte und den übrigen Fällen, in denen angenommen wird, dass eine unverzüglich nach Kenntnis des

⁴¹ Müller (Fn. 40), § 377 Rn. 131.

⁴² Vgl. R. Koch (Fn. 40), § 377 Rn. 95, der von einer Wissenserklärung spricht; Müller (Fn. 40), § 377 Rn. 131, der von einer geschäftsähnlichen Handlung spricht.

⁴³ Dafür: BGH NJW 1987, 2235; R. Koch (Fn. 40), § 377 Rn. 95; a.A.: Müller (Fn. 40), § 377 Rn. 131.

⁴⁴ BGH NJW 1987, 2235.

⁴⁵ Vgl. zu § 149 BGB ausführlich: Volp/Schimmel, JuS 2007, 899.

⁴⁶ Bork, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2010, § 149 Rn. 1; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 149 Rn. 1.

⁴⁷ Volp/Schimmel, JuS 2007, 899 (900).

⁴⁸ Vgl. Bork (Fn. 46), § 149 Rn. 2; Ellenberger (Fn. 6), § 149 Rn. 1.

⁴⁹ G. Schulze, in: Nomos Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 149 Rn. 1 spricht diesbezüglich von einem „reduzierten Verspätungsrisiko“.

⁵⁰ S.o. unter IV. 2. a) cc) (2).

⁵¹ G. Schulze (Fn. 49), § 149 Rn. 1; Volp/Schimmel, JuS 2007, 899 (903).

⁵² Bork (Fn. 46), § 149 Rn. 8; dafür z.B. G. Schulze (Fn. 49), § 149 Rn. 2; dagegen z.B. Ellenberger (Fn. 6), § 149 Rn. 3.

Verlusts der ersten Erklärung abgeschickte, weitere Erklärung die gewünschten Rechtsfolgen herbeiführt, bestehen beträchtliche Unterschiede. Die systematische Auslegung führt somit nicht dazu, dass es, aufgrund von Wertungswidersprüchen mit anderen Regelungen geboten wäre, den § 355 Abs. 1 BGB dahingehend zu interpretieren, dass eine verspätet abgeschickte Widerrufserklärung einen wirksamen Widerruf herbeiführt, sofern eine vorangegangene, rechtzeitige Widerrufserklärung auf dem Transportweg abhanden gekommen ist.

dd) Teleologische Auslegung

Der Gedanke der Privatautonomie im Zivilrecht basiert auf der Vorstellung, dass die beteiligten Personen sich ebenbürtig gegenüberstehen und Verträge dementsprechend, als Kompromiss zwischen den Parteien, eine ausgeglichene Lösung darstellen.⁵³ Erfolgt der Vertragsschluss jedoch zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer, so geht der Gesetzgeber, beim Vorliegen weiterer situativer Umstände, davon aus, dass die Vertragsparität zuungunsten des Verbrauchers gestört ist.⁵⁴ Um dieses Ungleichgewicht der Kräfte auszugleichen, räumt das Gesetz dem Verbraucher in diesen Fällen, als Ausnahme vom Grundsatz „pacta sunt servanda“,⁵⁵ die Möglichkeit ein, sich durch einseitige Willenserklärung vom Vertrag zu lösen.⁵⁶

Eine ausgeglichene Regelung gebietet jedoch, dass der Verbraucher nicht weiter bevorteilt wird als notwendig. Der durch das Widerrufsrecht entstehende Schwebezustand muss (im Interesse des Unternehmers) ein Ende haben.⁵⁷ Insbesondere wenn der Unternehmer den Verbraucher ordnungsgemäß belehrt hat, gebietet ein angemessener Interessenausgleich, dass der Unternehmer zeitig Rechtsklarheit über die endgültige Wirksamkeit des, bis zum Ablauf der Widerrufsfrist schwebend wirksamen, Vertrags erlangt. Hierzu hat der Gesetzgeber die Möglichkeit zur Ausübung des Widerrufsrechts im Regelfall zeitlich auf 14 Tage beschränkt. Nach Ablauf der Widerrufsfrist soll der Unternehmer Klarheit über die endgültige Wirksamkeit des Vertrages haben. Kann der Verbraucher auch nach Ablauf der Widerrufsfrist wirksam den Widerruf erklären, so widerspricht dies dem Interesse des Unternehmers an zeitiger Rechtsklarheit. Hieraus könnte man schließen, dass die gesetzliche Interessenabwägung gebietet, dass der Verbraucher durch eine nach Fristablauf abgeschickte Erklärung nicht wirksam widerrufen kann. Jedoch trägt der Unternehmer gemäß § 355 Abs. 1 S. 2 2. Hs. BGB ohnehin bereits das Verzögerungsrisiko.⁵⁸ Dementsprechend kann ein Unternehmer auch nach Ablauf der Widerrufsfrist nicht automatisch davon ausgehen, dass ein Widerruf nicht erfolgt ist. Viel-

mehr besteht weiterhin das Risiko, dass der erfolgte Widerruf sich noch auf dem Weg zum Unternehmer befindet. Der Gesetzgeber hat also nicht beabsichtigt, dass der Unternehmer unmittelbar mit Ablauf der Widerrufsfrist Rechtsklarheit bekommen soll. Die gesetzgeberische Interessenabwägung gebietet es also nicht, dass eine nach Ablauf der Widerrufsfrist abgeschickte Widerrufserklärung in jedem Fall unwirksam sein muss.

Ferner liegt der Sinn des § 355 Abs. 1 S. 2 2. Hs. BGB darin, dass dem Verbraucher die volle Ausschöpfung seiner Überlegungsfrist ermöglicht werden soll.⁵⁹ Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn der Verbraucher bei einer rechtzeitig abgeschickten, auf dem Transportweg verlorengegangenen Widerrufserklärung nicht die Möglichkeit hätte, bei Kenntnis des Abhandenkommens nach Fristablauf, die Wirksamkeit des Widerrufs durch eine zweite, nunmehr verfristete Erklärung zu bewirken. In diesem Falle wäre nämlich der Verbraucher, um die Wirksamkeit des Widerrufs sicherzustellen, verpflichtet, den Widerruf so zeitig abzusenden, dass er, sofern der erste Widerruf nicht innerhalb einer angemessenen Zeit zugeht, einen weiteren, fristgerechten Widerruf absenden könnte. So müsste der Verbraucher bei einem auf dem Postweg erklärten Widerruf die erste Erklärung mindestens ein paar Tage vor Fristablauf absenden, sich am letzten Tag der Widerrufsfrist über den Eingang der Erklärung beim Unternehmer erkundigen und ggf. eine weitere Widerrufserklärung auf den Weg bringen. Statt der vollen 14 Tage würden dem Verbraucher nunmehr weniger Tage zur Entscheidung über den Widerruf bleiben. Folglich müsste der Verbraucher, um eine volle Ausschöpfung der Widerrufsfrist zu gewährleisten, auch nach Fristablauf die Möglichkeit zur Nachholung der Widerrufserklärung haben, wenn eine vorangegangene, fristgerechte Erklärung auf dem Transportweg verlorengegangen ist.

Ein weiteres Argument für die Wirksamkeit der zweiten Widerrufserklärung in den hier beschriebenen Fällen ergibt sich aus der Risikozuweisung, nach welcher der Verbraucher beim Widerruf zwar das Zugangsrisiko trägt, der Unternehmer jedoch, wie oben festgestellt, das Verspätungsrisiko übernimmt.⁶⁰ Der Verbraucher wird in der Widerrufsbelehrung darauf hingewiesen, dass die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung genügt. Hierdurch, so stellt das OLG Dresden⁶¹ fest, werde der Verbraucher oftmals veranlasst, sich ausschließlich um die rechtzeitige Absendung zu kümmern, aber nicht auch für die Nachweisbarkeit des Zugangs zu sorgen. Aufgrund der dem Verbraucher obliegenden Beweislast sei in diesen Fällen die effektive Wahrnehmung des Widerrufsrechts gefährdet und die unlautere Leugnung des Zugangs nicht zu verhindern.⁶²

Aus den oben ausgeführten Argumenten ergibt sich, dass der Sinn und Zweck der Regelung in § 355 Abs. 1 S. 1, 2

⁵³ S. Busche in: Staudinger-Eckpfeiler, 2012/2013, F. Rn. 3, 103.

⁵⁴ Vgl. Bülow (Fn. 29), Rn. 72; Schiemann (Fn. 35), C. Rn. 3, 103 f.

⁵⁵ S. Coing/Honsell, in: Staudinger-Eckpfeiler, 2012/2012, B. Rn. 41; Wildemann (Fn. 18), § 355 Rn. 1.

⁵⁶ Eidenmüller, AcP 210 (2010), 67 (71).

⁵⁷ Vgl. Bülow (Fn. 29), Rn. 86.

⁵⁸ S.o. II. 2.

⁵⁹ Vgl. die Begründung zu § 2 HWiG-Entwurf in BT-Drs. 10/2876, S. 3.

⁶⁰ S.o. II. 2.

⁶¹ OLG Dresden NJW-RR 2000, 354 = EWiR 2000, 505 m. Anm. Pfeiffer.

⁶² OLG Dresden NJW-RR 2000, 354.

BGB gebietet, dass mit Zugang einer verspätet abgesendeten Widerrufserklärung der Widerruf wirksam wird, wenn zuvor eine fristgerechte Widerrufserklärung auf dem Transportweg verlorengegangen ist.

ee) Ergebnis der Auslegung des § 355 Abs. 1 S. 1, 2 BGB

Während der Wortlaut des § 355 Abs. 1 S. 1, 2 BGB weder dafür noch dagegen spricht, dass ein wirksamer Widerruf durch die fristwahrende Absendung einer und den Zugang einer anderen Widerrufserklärungen erfolgen kann, sind die historische und die systematische Auslegung in dieser Frage unergiebig. Ausschlaggebend ist somit die teleologische Auslegung, nach der der Widerruf beim Verlust einer fristgerechten Widerrufserklärung nachgeholt werden können muss. Also ist § 355 Abs. 1 S. 1, 2 BGB dahingehend auszulegen, dass es für die Wirksamkeit des Widerrufs genügt, wenn der Zugang und die fristgerechte Absendung durch zwei verschiedene Widerrufserklärungen erfolgt. Somit wird ein Widerruf auch mit Zugang einer verspätet abgesendeten Widerrufserklärung wirksam, wenn zuvor eine fristgerechte Widerrufserklärung auf dem Transportweg verlorengegangen ist.

b) Begrenzung der Nachholbarkeit

Sofern der Verbraucher bei Verlust der ersten Widerrufserklärung nach Ablauf der Widerrufsfrist trotzdem wirksam widerrufen will, wird angenommen, dass der nachgeholt Widerruf unverzüglich zu erfolgen hat.⁶³

Zur Begründung wird teilweise auf die „Parallelprobleme“ in § 121 Abs. 1 BGB bzw. § 377 HGB verwiesen.⁶⁴ Diese Ansicht verkennt jedoch die oben bereits festgestellten strukturellen Unterschiede. Bei § 121 Abs. 1 BGB, § 149 Abs. 1 S. 2 BGB, § 377 BGB wird lediglich auf die zweite Erklärung abgestellt. Ist dort eine vorangegangene Erklärung verlorengegangen, so trifft den Absender hierfür kein Verschulden. Er handelt nur ohne schuldhaftes Zögern, wenn er die Erklärung nach Kenntnis des Verlustes der ersten Erklärung unverzüglich wiederholt. Nach der oben gefundenen Auslegung ist es für einen wirksamen Widerruf hingegen ausreichend, wenn eine fristgerecht abgeschickte Widerrufserklärung gegeben ist und zudem eine andere Widerrufserklärung zugegangen ist. Hier werden also zwei Erklärungen zusammengezogen, um einen einheitlichen Tatbestand zu erfüllen. Dem Wortlaut des § 355 Abs. 1 BGB lässt sich jedoch weder das Unverzüglichkeitsgebot noch überhaupt eine Beschränkung für die Absendung des zweiten Widerrufs entnehmen.

Gleichwohl erscheint eine zeitliche Begrenzung der Frist für die nachträgliche Widerrufserklärung vor dem Hintergrund des Interesses des Unternehmers an Rechtsklarheit erforderlich. Auch entspricht es einer angemessenen Lösung, zu

fordern, dass der Verbraucher unverzüglich tätig werden muss: Wenn schon der Verbraucher trotz Ablauf der Widerrufsfrist noch wirksam den Widerruf erklären kann, so sollte er dies auch ohne zu zögern tun. Das gebietet auch der Gedanke der Vertragsparität, nach der der Verbraucher nicht mehr bevorzugt werden soll als zur Zielerreichung notwendig. Dass der Verbraucher nach Kenntnis des Verlustes seiner ersten Widerrufserklärung für den wirksamen Widerruf unverzüglich eine zweite Widerrufserklärung abgeben muss, entspricht also Treu und Glauben. Erklärt der Verbraucher, nachdem er Kenntnis davon erlangt, dass seine erste, fristgerechte Widerrufserklärung auf dem Transportweg verlorengegangen ist, nicht unverzüglich ein zweites Mal den Widerruf, so wäre die Berufung auf die zweite Widerrufserklärung (sofern diese beim Unternehmer zugeht) somit nach § 242 BGB treuwidrig. In anderen Worten bedeutet dies, dass ein Verbraucher, der in den hier behandelten Fällen nicht unverzüglich tätig wird, nach § 242 BGB an der Berufung auf den Widerruf gehindert ist. Im Ergebnis ist der Ansicht, nach der die Nachholbarkeit der Widerrufserklärung bei Verlust auf dem Transportweg zeitlich auf die Unverzüglichkeit ab Kenntnis des Verlustes beschränkt ist, also zuzustimmen.

V. Zusammenfassung

Geht eine fristgerechte Widerrufserklärung auf dem Transportweg verloren, so lässt sich zusammenfassend festhalten, dass in jedem Fall eine erneute Widerrufserklärung zur Lösung von der auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung erforderlich ist. Die Rechtsfolgen des § 357 BGB treten auch nach Ablauf der Widerrufsfrist noch ein, wenn der Verbraucher unverzüglich nach Kenntnis vom Verlust der ersten Widerrufserklärung auf dem Transportweg eine zweite Widerrufserklärung abgibt und diese dem Unternehmer zugeht. Handelt der Verbraucher hingegen nach Kenntnis nicht unverzüglich, so kann er sich nach § 242 BGB nicht auf seine Widerrufserklärung berufen.

⁶³ OLG Dresden NJW-RR 2000, 354; *Martis*, Verbraucherschutz, 1998, S. 77; *Martis/Meinhof*, MDR 2004, 4 (5); *Bülow* (Fn. 19), § 495 Rn. 140; *Grothe* (Fn. 19), § 355 Rn.13; *Kaiser* (Fn. 19), § 355 Rn. 39; *Masuch* (Fn. 1), § 355 Rn. 38; *Wildemann* (Fn. 18), § 355 Rn. 36.

⁶⁴ S. *Pfeiffer*, EWiR 2000, 505 (506); *Kaiser* (Fn. 19), § 355 Rn. 39; *Masuch* (Fn. 1), § 355 Rn. 38.

Die Anspruchsberechtigung beim Pflichtteilsergänzungsanspruch

Aufgabe einer 40-jährigen höchstrichterlichen Rechtsprechung

Von Wiss. Mitarbeiter **Christopher Lenz**, Gießen

I. Einführung

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch (§ 2325 BGB) soll verhindern, dass der Erblasser durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden den Pflichtteilsanspruch aushöhlt.¹ Für die Berechnung des Pflichtteils ist gemäß § 2311 Abs. 1 BGB der Bestand und Wert des Nachlasses zum Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend. Die verfassungsrechtlich garantierte Mindestteilhabe am Vermögen des Erblassers liefe deshalb praktisch ins Leere, wenn dieser sich kurz vor seinem Tod vermögenslos stellen könnte.

Die Vorschrift des § 2325 BGB ist Gegenstand zahlreicher juristischer Streitfragen. Vor allem war bislang in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob für die Bemessung eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs auch dann unentgeltliche Verfügungen des Erblassers innerhalb der Zehn-Jahres-Frist (§ 2325 Abs. 3 BGB) heranzuziehen sind, wenn der Pflichtteilberechtigte zum Zeitpunkt der Verfügung noch nicht zum Kreis der Pflichtteilberechtigten gehört hat. Der BGH hat sich in dieser Angelegenheit nunmehr der nahezu einhelligen Auffassung in der Literatur angeschlossen, nachdem seine Rechtsprechung 40 Jahre Bestand hatte.

II. Die Theorie der Doppelberechtigung

Der BGH hatte in zwei Entscheidungen² die Auffassung vertreten, dass auf der Gläubigerseite des Pflichtteilsergänzungsanspruchs eine sogenannte Doppelberechtigung erforderlich sei. Der Gläubiger musste demnach sowohl zum Zeitpunkt der Schenkung als auch zum Zeitpunkt des Erbfalls pflichtteilberechtigt sein. Einen Anspruch auf Pflichtteilsergänzung hatte danach nicht, wer erst nach der Schenkung, beispielsweise durch Eheschließung oder Zeugung,³ pflichtteilberechtigt geworden war.

In beiden vom BGH entschiedenen Fällen ging es um die Auseinandersetzung zwischen den Kindern des Erblassers aus erster Ehe und der Ehefrau aus einer nachfolgenden Ehe.

Die Heirat zwischen dem späterem Erblasser und seiner neuen Ehefrau fand statt, nachdem der Erblasser den Kindern aus erster Ehe bereits große Teile seines Vermögens geschenkt hatte. Der Erblasser verstarb nach kurzer Ehedauer und die überlebende zweite Ehefrau forderte als Pflichtteilberechtigte nun im Wege der Pflichtteilsergänzung Berücksichtigung der Zuwendungen, die ihre Stiefkinder bereits vor der Eheschließung erhalten hatten.

Der BGH entschied, dass der neuen Ehefrau keine Pflichtteilsergänzungsansprüche hinsichtlich der vor der Eheschließung getätigten Schenkungen zustünden. Man dürfe, so der BGH, den „nicht eindeutigen“ Wortlaut des § 2325 Abs. 1

BGB nicht alleine betrachten. § 2325 Abs. 1 BGB gewähre den Pflichtteilberechtigten Bestandsschutz und beziehe sich auf diejenigen Verhältnisse zurück, die im Zeitpunkt der Schenkung maßgeblich gewesen seien. Die in diesem Moment bestehende Erberwartung werde geschützt, indem der Ergänzungsanspruch für die Pflichtteilberechtigten die Situation vor der Schenkung zugrunde lege. Wer jedoch erst nach der Schenkung pflichtteilberechtigt werde, habe diesen Status nie eingenommen und kenne keine anderen Vermögensverhältnisse als die nach der Schenkung. Bestandsschutz könne aber nur gewährt werden für eine Position, die der Betroffene tatsächlich inne hatte und von der auszugehen er berechtigt gewesen sei.

Auch spreche § 2325 Abs. 3 BGB für den Bestandsschutzgedanken. Die Pflichtteilberechtigten müssten trotz grundsätzlicher Anerkennung ihres Interesses an der Erhaltung des Nachlassvolumens die durch die Schenkung veränderten Vermögensverhältnisse nach dem Ablauf einer bestimmten Frist hinnehmen. Wenn jedoch selbst das Bestandsschutzinteresse derjenigen, die schon im Zeitpunkt der Schenkung pflichtteilberechtigt waren, auf zehn Jahre beschränkt ist, könnten erst recht nicht diejenigen irgendeinen Bestandsschutz erwarten, die im Zeitpunkt der Schenkung überhaupt noch nicht als Pflichtteilberechtigte vorhanden seien. Der Schutzzweck des § 2325 BGB erstreckte sich nur auf die bei der Schenkung schon Pflichtteilberechtigten.

In der Literatur ist die Rechtsauffassung des BGH zwar vereinzelt begrüßt worden,⁴ ganz überwiegend jedoch auf massive Kritik gestoßen.⁵ Eine derartige Einschränkung der Anspruchsberechtigung wird insbesondere als unvereinbar mit Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck des Pflichtteilsergänzungsanspruchs angesehen. Zudem ergaben sich nach der Rechtsprechung des BGH mehrere Folgeprobleme. So war beispielsweise fraglich, ob bei Abkömmlingen die Ergänzungsquote nach den Verhältnissen zur Zeit der Schenkung⁶ oder nach den Verhältnissen zur Zeit des Erbfalls⁷ zu bestimmen

⁴ Vgl. *Johanssen*, in: BGB-RGRK, 12. Aufl., § 2325 Rn. 5; *Weidlich*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 2325 Rn. 4; *Bestelmeyer*, FamRZ 1998, 1152 (1155 ff.); *Kühne*, JR 1973, 289 (290).

⁵ *Lange* (Fn. 1), § 2325 Rn. 8; *Dieckmann*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2002, § 2325 Rn. 3; *Olshausen*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, § 2325 Rn. 66; *Martin-Ehlers*, JA 1998, 268 (269 f.); *Otte*, ZEV 1997, 375 (376); *Reimann*, MittBayNot 1997, 299; *Reinicke*, NJW 1973, 597; *Schlüter*, in: Festschrift 50 Jahre BGH, S. 1060 (S. 1061 f.); *Siebert*, NJW 2006, 2948 (2949 f.); *Tiedtke*, DNotZ 1998, 85 (86 ff.); vermittelnd u.a. *Pentz*, MDR 1997, 717 (719), der darauf abstellt, ob für den Erblasser im Zeitpunkt der Schenkung absehbar war, ob mit weiteren Pflichtteilberechtigten zu rechnen sei.

⁶ So wohl *Pentz*, MDR 1997, 717 (719); *Otte*, ZEV 1999, 31.

⁷ *Bestelmeyer*, FamRZ 1998, 1152 (1153).

¹ Vgl. *Lange*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, § 2325 Rn. 1.

² BGHZ 59, 210; BGH NJW 1997, 2676.

³ Vgl. BGH NJW 1997, 2676 (2677); *Lange* ([Fn. 1], § 2325 Rn. 7) will § 1923 Abs. 2 BGB analog anwenden.

sei und ob der Anspruchsteller im Zeitpunkt der Schenkung konkret⁸ oder lediglich abstrakt⁹ zum pflichtteilsberechtigten Personenkreis des § 2303 BGB gehören musste. Ferner war ungeklärt, ob Abkömmlinge, die zum Zeitpunkt der Schenkung zwar vorhanden, aber beim Erbfall bereits vorverstorben waren, ihren später geborenen Abkömmlingen die Ergänzungsberechtigung wahrten, wenn sonst kein ergänzungsberechtigter Abkömmling aus einem anderen Stamm lebte.¹⁰

III. Das Urteil vom 23.5.2012: Aufgabe der Theorie der Doppelberechtigung

Zum dritten Mal nach 1972 und 1997 entschied der BGH am 23.5.2012¹¹ über die Frage, ob auch derjenige pflichtteilsergänzungsberechtigt ist, der im Zeitpunkt der Schenkung noch nicht pflichtteilsberechtigt war. Im Gegensatz zu den vorausgegangenen Entscheidungen betraf der jetzige Fall Pflichtteilsergänzungsansprüche von Abkömmlingen des Erblassers.

In der Entscheidung ging es um die Frage, ob die beiden 1976 und 1978 geborenen Kläger im Wege der Stufenklage gegen ihre Großmutter Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach ihrem 2006 verstorbenen Großvater geltend machen können. Die Großeltern hatten vier Kinder, darunter die 1984 vorverstorbene Mutter der Kläger. In einem gemeinschaftlichen privatschriftlichen Testament hatten sich die Großeltern gegenseitig zu alleinigen und befreiten Vorerben und ihre noch lebenden Kinder zu Nacherben des Erstversterbenden und Erben des Längstlebenden eingesetzt.

Der BGH hält nunmehr an der Theorie der Doppelberechtigung nicht mehr fest. Er vertritt jetzt die Ansicht, dass der Pflichtteilsergänzungsanspruch des § 2325 Abs. 1 BGB keine Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt der Schenkung zur Voraussetzung habe.

Der BGH begründet seine Entscheidung zunächst mit dem Wortlaut des § 2325 Abs. 1 BGB. Diesem lasse sich nicht entnehmen, dass es für die Pflichtteilsberechtigung auch auf den Zeitpunkt der Schenkung ankomme. Allein die Pflichtteilsberechtigung zum Zeitpunkt des Erbfalls sei ausreichend und maßgebend.

Auch die Entstehungsgeschichte spreche für diese Ansicht. Obwohl § 2009 des Ersten Entwurfs zum BGB noch ausdrücklich vorsah, dass der Pflichtteilsberechtigte bereits zur Zeit der Schenkung vorhanden und pflichtteilsberechtigt sein musste,¹² lehnte die Mehrheit der Kommission nach intensiver Erörterung diese zunächst vorgesehene Einschränkung ausdrücklich ab.

Dafür seien jedoch keineswegs die damaligen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse entscheidend gewesen. Es sei auch nicht ersichtlich, warum sich die Änderung weg von einer Gesellschaft, die im Wesentlichen noch von der Land-

wirtschaft und der bäuerlichen Wirtschaft geprägt gewesen ist, auf die Frage auswirken soll, ob die Pflichtteilsberechtigung schon im Zeitpunkt der Schenkung bestanden haben muss.

Für den Sinn und Zweck des Pflichtteilsergänzungsanspruchs, nämlich die Mindestteilhabe naher Angehöriger am Vermögen des Erblassers, sei es unerheblich, ob der im Erbfall Pflichtteilsberechtigte schon im Zeitpunkt der Schenkung pflichtteilsberechtigt war oder nicht.

Speziell für den Pflichtteilsergänzungsanspruch von Abkömmlingen sei es bedeutungslos, dass der erst nach der Schenkung pflichtteilsberechtigt Gewordene beim Erblasser nie andere Vermögensverhältnisse kennen gelernt habe als diejenigen, die nach der Schenkung vorhanden gewesen seien. Auch für nichteheliche Kinder, Kinder geschiedener oder getrennt lebender Eltern und allgemein für junge Kinder könne im Einzelfall gelten, dass sie möglicherweise nie in der Lage waren, sich eine Vorstellung von den Vermögensverhältnissen des Erblassers zu machen. Derartige subjektive Elemente, wie auch eine etwaige Benachteiligungsabsicht, seien der Vorschrift fremd.

Bei Abkömmlingen führe das Erfordernis der Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt der Schenkung ferner mangels sachlicher Rechtfertigung zu einer mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Ungleichbehandlung. Die dadurch bedingte Diskriminierung der nach der Schenkung geborenen Abkömmlinge, deren Pflichtteilsberechtigung nur auf ihrer Geburt und nicht auf einem eigenen Dispositionsakt beruhe, verstoße auch gegen den Grundsatz des § 1924 Abs. 4 BGB, wonach Kinder zu gleichen Teilen erben.

Die Zufälligkeit der Ergebnisse auf der Grundlage der Theorie der Doppelberechtigung zeige anschaulich der vorliegende Fall: Wäre die Mutter der Kläger nicht vor dem Erblasser verstorben, hätte ihr ein Pflichtteilsergänzungsanspruch zugestanden. An diesem hätten die Kläger, wäre die Mutter anschließend verstorben, partizipiert, sei es als Erben oder ihrerseits als Pflichtteilsberechtigte. Darauf, ob die Mutter vor oder nach dem Erbfall verstorben sei, könne es aber nicht ankommen, da dies zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des Stammes der Kläger und ihrer Mutter gegenüber den anderen Kindern des Erblassers führe. Dadurch würde das Eintrittsrecht der Kläger nach § 1924 Abs. 2 BGB sowie die dort geregelte Erbfolge nach Stämmen unterlaufen.

Auch auf den Rechtsgedanken des § 2325 Abs. 3 BGB, der eine Schutzvorschrift für den Beschenkten sei und sich nicht mit der Pflichtteilsberechtigung dem Grunde nach befasse, lasse sich die Theorie der Doppelberechtigung nicht stützen.

IV. Rechtliche Bewertung

Der BGH schließt sich in seiner neuen Entscheidung der Argumentation der bisherigen Kritik an und gibt die Theorie der Doppelberechtigung damit insgesamt auf. Im Rahmen der Urteilsbegründung verwundert es, dass wiederum auf die Erwägungen zu der Veränderung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse eingegangen wird, obwohl der BGH diese

⁸ LG Dortmund ZEV 1999, 30 (31); *Pentz*, FamRZ 1999, 488 (489).

⁹ *Bestelmeyer*, FamRZ 1998, 1152 (1154); *Keller*, ZEV 2000, 268 (270); *Otte*, ZEV 1999, 31.

¹⁰ Dagegen *Bestelmeyer*, FamRZ 1998, 1152 (1155 ff.); dafür *Dieckmann* (Fn. 5), Rn. 3 Fn. 21.

¹¹ BGH NJW 2012, 2730.

¹² Protokolle V, S. 585 ff.

Aspekte bereits 1997 als nicht maßgeblich angesehen hat.¹³ Anders als noch in der vorangegangenen Entscheidung¹⁴ weist der BGH hingegen nicht mehr darauf hin, dass Rechtssicherheit und Vertrauensschutz ein Festhalten an der einmal eingeschlagenen Rechtsentwicklung verlangen und eine Abkehr von einer ständigen Rechtsprechung nur ausnahmsweise bei deutlich überwiegenden oder schlechthin zwingenden Gründen hingenommen werden könne. Offenbar sieht sich der BGH dieses Mal zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage gezwungen.

Möglicherweise hat auch die jüngste Reform im Pflichtteilsrecht aus dem Jahre 2010¹⁵ den BGH zu einem Umdenken veranlasst. Der BGH stützte seine Theorie der Doppelberechtigung maßgeblich auf den Bestandsschutzgedanken. Durch die Einführung der sogenannten Abschmelzungslösung in § 2325 Abs. 3 BGB, wonach dem Ergänzungsberechtigten jährlich ein Zehntel des Wertes des verschenkten Gegenstands verloren geht, hat der Gesetzgeber selbst einen etwaigen Bestandsschutz in Frage gestellt, womit auch ein wesentliches Argument des BGH für den Grundsatz der Doppelberechtigung an Bedeutung verliert.¹⁶

1. Doppelberechtigung und Kinder des Erblassers

Nachdem der BGH 1997¹⁷ noch anmerkte, dass nachgeborene oder nachadoptierte Kinder bis dato nicht geklagt hätten, sah er nun bezüglich pflichtteilsberechtigter Abkömmlinge seine Rechtsprechung als nicht haltbar an. Die Theorie der Doppelberechtigung bewirkt im Ergebnis eine pflichtteilsergänzungsrechtliche Ungleichbehandlung von Abkömmlingen des Erblassers. Dass der Tatbestand des Pflichtteilsergänzungsanspruchs an eine lebzeitige Schenkung des Erblassers aus der Vergangenheit anknüpft, rechtfertigt jedenfalls keine unterschiedliche Behandlung von Abkömmlingen, die vor dieser Zuwendung gezeugt waren, und den nachgeborenen Abkömmlingen.¹⁸ Ein sachlich gerechtfertigtes Differenzierungskriterium kann in diesem Zusammenhang nicht in dem unter Umständen zufällig eintretenden Ereignis einer Geburt beziehungsweise Zeugung erblickt werden.¹⁹ In der Entscheidung des BGH von 1972 kann man den Versuch erahnen, diese Konsequenz zumindest für eheliche Abkömmlinge abzumildern, indem der BGH bezüglich deren Ergänzungsansprüchen nur verlangte, dass die Ehe, aus der das Kind stammt, vor der

Schenkung geschlossen sein müsse²⁰. Dies führte zwar zu einer Gleichbehandlung von Kindern aus derselben Ehe, nicht aber notwendigerweise von Kindern aus verschiedenen Ehen und vor allem nicht zu einer solchen von ehelichen und nicht-ehelichen Kindern. Insoweit hätte fraglos ein Verstoß gegen den besonderen Gleichheitssatz des Art. 6 Abs. 5 GG vorgelegen,²¹ weshalb der BGH diesen Ansatz im Jahre 1997 auch wieder verworfen hat.²²

Eine Ungleichbehandlung zulasten nachadoptierter Kinder vermied das OLG Köln mit Urteil vom 13.10.2004, indem es feststellte, dass die Vaterschaftsanerkennung nach allgemeiner Auffassung nicht nur ex nunc wirke, sondern ihre Rechtswirkungen rückwirkend (ex tunc) eintreten.²³

2. Doppelberechtigung und Ehegatten

Trotz der Unvereinbarkeit der Theorie der Doppelberechtigung mit Art. 3 Abs. 1 GG in Bezug auf Abkömmlinge halten Teile der Literatur die Argumentation des BGH zumindest für den Fall einer Pflichtteilsergänzung eines Ehegatten überzeugend, den der BGH bei seinen beiden ersten Entscheidungen vorliegen hatte. Die zweite Ehefrau erscheine hinsichtlich Schenkungen an die erstehelichen Kinder, die vor der Eheschließung getätigt wurden, nicht schutzwürdig.²⁴ Zusätzlich wird der Rechtsprechung zugestanden, dass die Argumentation des BGH in bestimmten Fällen der Adoption überzeugen kann. Insbesondere bei Erwachsenenadoptionen sei die wirtschaftliche und rechtliche Situation mit dem Ausgangsfall der BGH-Entscheidung vergleichbar.²⁵

Zugegebenermaßen erscheint es zunächst unverständlich, warum der hinterbliebene Ehegatte im Wege der Pflichtteilsergänzung an Schenkungen partizipieren soll, die der Erblasser bereits vor der Eheschließung und sogar beispielsweise während einer vorangegangenen Ehe getätigt hat, soweit diese Schenkungen jedenfalls noch keine zehn Jahre zurückliegen. Es drängt sich die Frage auf, weshalb ein verwitweter Ehepartner erwarten darf, deshalb besser gestellt zu werden, weil

²⁰ BGHZ 59, 210 (216).

²¹ Vgl. *Reinicke*, NJW 1973, 597 (600); *von Lübtow*, in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch, S. 604 f.

²² BGH NJW 1997, 2676.

²³ OLG Köln ZEV 2005, 398 (399), obwohl sich das Gericht ausdrücklich auf die Theorie der Doppelberechtigung beruft, kann in diesem Fall eigentlich nicht davon gesprochen werden, dass das nachadoptierte Kind irgendeinen Bestandsschutz erwarten konnte.

²⁴ *S. Müller*, in: Burandt/Rojahn, Kommentar zum Erbrecht, § 2325 Rn. 15; *Riedel*, in: Damrau, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2010, § 2325 Rn. 5.

²⁵ *S. Müller* (Fn. 24), § 2325 Rn. 16; *Riedel* (Fn. 24), § 2325 Rn. 6; eine pauschale Unterscheidung zwischen der Pflichtteilsberechtigung, die infolge einer entsprechenden Disposition der Beteiligten entsteht (Eheschließung, Adoption) und der Pflichtteilsberechtigung, die kraft Gesetz entsteht (Geburt von Abkömmlingen), liefe jedenfalls der Gleichstellung adoptierter und leiblicher Kinder zuwider, so aber wohl *Pawlytta*, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 8.

¹³ Vgl. BGH NJW 1997, 2676; auch wird nochmals hervorgehoben, dass § 2325 Abs. 1 BGB keine subjektiven Elemente voraussetze und der Anspruch unabhängig von einer etwaigen Benachteiligungsabsicht des Erblassers bestehe.

¹⁴ BGH NJW 1997, 2676.

¹⁵ Vgl. Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts v. 24.9.2009.

¹⁶ *Zintl*, Reform und Reformbedarf im Rahmen des § 2325 BGB, 2011, Rn. 139.

¹⁷ BGH NJW 1997, 2676.

¹⁸ So aber *Keller*, ZEV 2000, 268 (269).

¹⁹ *Bosch*, FamRZ 1973, 90 weist darauf hin, dass es sich als schwierig herausstellen könnte, den genauen Zeitpunkt der Zeugung nach vielen Jahren festzustellen.

der Erblasser vor der Ehe einmal vermöglicher war. Möglich wäre es auch, allein auf den Lebensstandard während der Ehe abzustellen.

In einer seiner früheren Entscheidungen weist der BGH darauf hin, dass der ausgleichsberechtigte Ehegatte im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gegen Schenkungen seines Ehegatten gemäß § 1375 Abs. 2 BGB nur geschützt werde, wenn sie nach Eintritt des Güterstandes gemacht worden seien. Die Rechtslage könne beim Pflichtteilsberechtigten nicht anders sein.²⁶ Das geltende Pflichtteilsergänzungsrecht kann jedoch nicht mit der Rechtslage bei der Zugewinnngemeinschaft verglichen werden. Die Zugewinnngemeinschaft stellt eine schuldrechtliche „Errungenschaftsgemeinschaft“²⁷ dar, nicht aber eine schuldrechtliche Gütergemeinschaft. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Pflichtteilsberechtigte hingegen durch die Gewährung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs an dem gesamten Vermögen des Erblassers beteiligt werden, also nicht nur an dem, was der Erblasser nach dem Zeitpunkt erwirbt, in dem der Anspruchsteller pflichtteilsberechtigt geworden ist. Es geht hierbei, anders als in der Zugewinnngemeinschaft, nicht um die Frage, welches Vermögen die Ehegatten gemeinsam erwirtschaftet haben. Unerheblich ist im „starrten und formalen“ Pflichtteilsrecht demnach auch, ob der letzte Ehepartner zu dem zuvor verschenkten Vermögen etwas beigetragen hat. In diesem Zusammenhang beschreibt *Reimann* die Urteile des BGH zur Doppelberechtigung auch als den gutgemeinten Versuch, die egalitären Schranken des Erbrechts teilweise aufzuheben.²⁸ Allerdings hat der BGH dabei die Grenzen verfassungsmäßig zulässiger Rechtsfortbildung überschritten, indem er den nicht auslegungsfähigen Wortlaut entgegen der eindeutigen Gesetzgebungsgeschichte eingeschränkt hat.²⁹ Der jetzige Gesetzeswortlaut des § 2325 Abs. 1 BGB lässt grundsätzlich auch keine Differenzierung zwischen den Ergänzungsansprüchen von Ehegatten, Kindern und Eltern des Erblassers zu. Die Voraussetzungen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs sind vielmehr für alle Pflichtteilsberechtigten gleich geregelt. Der BGH hat somit richtigerweise seine Theorie der Doppelberechtigung insgesamt (und nicht nur in Bezug auf Abkömmlinge) aufgegeben.

Offen bleibt aber die rechtspolitisch durchaus erörterungswürdige Erwägung, beim Ehegatten die Vermögensverhältnisse des Erblassers im Zeitpunkt der Eheschließung als Obergrenze für die Berechnung von Pflichtteilsansprüchen gesetzlich festzulegen.³⁰

3. Regelungsbedarf *de lege ferenda*?

Bereits im Jahre 1972 machte der 49. Deutsche Juristentag einen Vorschlag zur gesetzlichen Verankerung der Theorie der Doppelberechtigung.³¹ Dieser Gesetzgebungsvorschlag be-

rücksichtigt jedoch nicht, dass allenfalls eine Gesetzgebung in Betracht käme, die eine Ungleichbehandlung von Abkömmlingen ausschließt, weil eine solche mit Art. 3 Abs. 1 GG kollidiert. Ein rechtsvergleichender Blick auf das österreichische Zivilrecht zeigt, wie dies zu realisieren wäre. Gemäß § 785 Abs. 2 ABGB³² können Ehegatten nur dann von der Anrechnung profitieren, wenn sie bereits im Zeitpunkt der Schenkung mit dem Erblasser verheiratet waren. Abkömmlinge des Erblassers sind nur in dem Fall ergänzungsberechtigt, wenn zum Zeitpunkt der Schenkung mindestens ein Kind des Erblassers bereits vorhanden war.

Mit einer dementsprechenden Gesetzesänderung wäre eine Gleichbehandlung von Abkömmlingen sichergestellt und zugleich der Zugriff des Ehegatten auf voreheliche Schenkungen versperrt. Es stellt sich daher die Frage, ob der Gesetzgeber das Erfordernis der Doppelberechtigung in der Vorschrift des § 2325 Abs. 1 BGB gesetzlich normieren sollte beziehungsweise ob ein gesetzgeberisches Tätigwerden notwendig ist.

Insoweit wird in der Literatur zum Teil die Befürchtung erhoben, dass ohne das Erfordernis einer Doppelberechtigung die güterrechtliche Abwicklung einer vorangegangenen Ehe durch den Rückgriff auf voreheliche Schenkungen durcheinandergeraten kann.³³

Da der Zugewinnausgleich von der Behandlung ehelicher Zuwendungen berührt wird (vgl. § 1380 BGB), kann der nachträgliche Zugriff auf Schenkungen an Ehegatten aus einer vorherigen Ehe in der Tat zu Problemen führen. Wird der Ehegatte während einer vorausgegangenen Ehe vom späteren Erblasser beschenkt, so muss er sich diese Schenkung gegebenenfalls wegen § 1380 BGB auf die Ausgleichsforderung anrechnen lassen und kann darüber hinaus im Wege der Pflichtteilsergänzung (§ 2329 BGB) in Anspruch genommen werden. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch sollte jedoch keine Anwendung finden, wenn durch dessen Rückgriff die güterrechtlichen Ausgleichsregeln unterlaufen werden.

Eine derartige Problematik kann allerdings auch nicht mit dem Erfordernis der Doppelberechtigung gänzlich vermieden werden. Selbst wenn der Zugriff des pflichtteilsberechtigten Ehegatten auf voreheliche Schenkungen versperrt wäre, blieben damit die Fälle offen, in denen beispielsweise Abkömmlinge des Erblassers (die bereits während einer vorangegangenen Ehe pflichtteilsberechtigt sein können) einen Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend machen und damit wiederum die güterrechtlichen Ausgleichsregeln nachträglich beeinflus-

sprünge wegen Schenkungen, die der Erblasser gemacht hat, bevor er die Ehe mit dem hinterbliebenen Ehegatten geschlossen hat, aus der auch die pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge hervorgegangen sind.“

³² § 785 Abs. 2 ABGB: „Das Recht nach Abs. 1 steht einem Kind nur hinsichtlich solcher Schenkungen zu, die der Erblasser zu einer Zeit gemacht hat, zu der er ein pflichtteilsberechtigtes Kind gehabt hat, dem Ehegatten nur hinsichtlich solcher Schenkungen, die während seiner Ehe mit dem Erblasser gemacht worden sind.“

³³ Vgl. *Kühne*, JR 1973, 289 (290); *Michalski*, BGB Erbrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 589.

²⁶ BGH NJW 1997, 2676 (2677).

²⁷ *Tiedtke*, DNotZ 1998, 85 (93).

²⁸ *Reimann*, MittBayNot 1997, 299 (300).

²⁹ S. *Tiedtke*, DNotZ 1998, 85 (90 ff.); von *Lübtow* (Fn. 21), S. 582.

³⁰ *Otte*, ZEV 1997, 375.

³¹ These 19 des 49. DJT (FamRZ 1972, 556): „Der Ehegatte und die Abkömmlinge haben keine Pflichtteilsergänzungsan-

sen. Auch mit dem Erfordernis der Doppelberechtigung lassen sich also etwaige Ungereimtheiten im Spannungsfeld zwischen Pflichtteilsrecht und gesetzlichem Güterrecht nicht generell verhindern.

Von einer gesetzlichen Normierung der Theorie der Doppelberechtigung sollte daher abgesehen werden. Die Belange des Erblassers beziehungsweise des Beschenkten sind durch die Befristung der Pflichtteilsergänzung auf zehn Jahre und die sogenannte Abschmelzungslösung in § 2325 Abs. 3 BGB ausreichend berücksichtigt, ohne dass es einer weiteren Einschränkung der Anspruchsberechtigung in personeller Hinsicht bedarf.³⁴ Der Gesetzgeber des BGB hat im Jahre 1900 eine Wertentscheidung getroffen, wonach die Einführung einer zehnjährigen Ausschlussfrist die Belange der Beteiligten am besten miteinander in Einklang bringt.

V. Auswirkungen für die Praxis

Bei der anwaltlichen Beratung sind künftig auch Schenkungen in den Blick zu nehmen, die vor der Eheschließung und Zeugung von Abkömmlingen getätigt wurden. Wenn die Schenkung unangetastet bleiben soll, bietet sich die Möglichkeit, einen Pflichtteilsverzicht zu vereinbaren, der auf etwaige Pflichtteilsergänzungsansprüche beschränkt werden kann. Die betroffenen Personen werden einem solchen Verzicht jedoch in aller Regel nur zustimmen, wenn sie als Gegenleistung entsprechend hohe Abfindungen erhalten. Ein Pflichtteilsverzicht muss also gegebenenfalls vom Erblasser teuer erkaufte werden. Zudem sollte man bezüglich des Abschlusses eines Pflichtteilsverzichtvertrages mit dem misstrauischen Blick der Judikatur rechnen, welche zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten den Vertragsschluss als sittenwidrig ansehen könnte.³⁵

Der Weg über eine ergänzungsfreie Anstandsschenkung gemäß § 2330 BGB dürfte in den seltensten Fällen eröffnet sein, zumal die Vorschrift von der Rechtsprechung zugunsten des Pflichtteilsberechtigten restriktiv ausgelegt wird. So versteht man unter Anstandsschenkungen im Sinne des § 2330 BGB nur kleinere Zuwendungen zu besonderen Tagen oder Anlässen (Geburtstag, Hochzeit etc.).³⁶ Auch an eine Schenkung aus sittlicher Pflicht sind strenge Anforderungen zu stellen. Es genügt nicht, dass der Schenkende aus Nächstenliebe handelt, sondern die Schenkung muss geradezu sittlich geboten sein.³⁷

VI. Schlussbetrachtung

Es bleibt zu hoffen, dass sich der Streit um das Erfordernis der Doppelberechtigung durch das neue Urteil des BGH endgültig erledigt hat. Das Gesetz kann nun wieder wortlautgetreu angewendet werden. Von einer gesetzlichen Verankerung der Theorie der Doppelberechtigung nach dem Vorbild des ABGB sollte abgesehen werden, zumal keine zwingenden

Gründe ersichtlich sind, die ein gesetzgeberisches Tätigwerden erforderlich machen. Auch nach jetzigem Gesetzesstand sind die Belange aller Beteiligten ausreichend berücksichtigt, ohne dass es einer weiteren Einschränkung des § 2325 BGB bedarf.

Abzuwarten bleibt, wie die Rechtsprechung diejenigen Fälle entscheiden wird, in denen durch den pflichtteilsergänzungsrechtlichen Rückgriff auf Schenkungen des Erblassers Spannungen zwischen dem Pflichtteilsrecht und den Grundsätzen des gesetzlichen Güterrechts auftreten können. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch kann jedenfalls keine Anwendung finden, wenn dadurch die Ausgleichsregelungen der Zugewinnungsgemeinschaft unterlaufen werden.

Die Praxis hat sich auf die Änderung der Rechtsprechung einzustellen, wobei schon vor dem aktuellen Urteil des BGH nicht sicher davon ausgegangen werden konnte, dass der BGH seine Theorie der Doppelberechtigung in Bezug auf Abkömmlinge aufrechterhält.

³⁴ Zintl (Fn. 16), Rn. 142.

³⁵ Olshausen, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2006, Vorbem. zu §§ 2325-2330 Rn. 3.

³⁶ BGH NJW 1981, 111; OLG Koblenz FamRZ 2006, 1789 (1790).

³⁷ BGH NJW 1984, 2939 (2940).

Normenkontrollen – Teil 1

Funktionen und Systematisierung

Von Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf*

I. Einleitung: Normenkontrollen als Konsequenz eines Rechts-, Gesetzes-, Justiz- und Verfassungsstaats

Der *Rechtsstaat* ist ein Staat, der nicht nur Recht schafft, sondern der auch sein eigenes Handeln Rechtsnormen unterwirft. Nach dem rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes bedarf jeder Freiheitseingriff der Verwaltung einer gesetzlichen Grundlage. Und auch die umfangreiche Leistungsverwaltung ist heute weitgehend normgeprägt. Im kontinentaleuropäischen Recht ist der Rechtsstaat ein *Gesetzesstaat*.¹ Das bedeutet, dass er von geschriebenen Rechtsnormen geprägt wird. Geschriebene Rechtsnormen sind nicht nur die Parlamentsgesetze (Gesetze „im formellen Sinne“), sondern auch das von der Verwaltung geschaffene Verordnungs- und Satzungsrecht (Gesetze „im materiellen Sinne“).

Deutschland als das „Ursprungsland“ des Rechtsstaatsprinzips ist vor allem auch ein *Justizstaat*. Nicht zufällig lautet der Titel des grundlegenden Buches von *Rudolf v. Gneist* „Der Rechtsstaat“ (1872) seit seiner 2. Auflage „Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland“ (1879). Das Recht soll nicht nur auf dem Papier stehen. Es soll vielmehr auch wirksam durchgesetzt werden können. Der Bürger soll nicht nur „Recht haben“, sondern auch „Recht bekommen“ – auch und vor allem gegen den Staat. Der Rechtsschutz auch hinsichtlich der Abwehrrechte gegen den Staat war eine Forderung, die sich in der Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert erst mühsam durchgesetzt hat² und die dann im Grundgesetz in Art. 19 Abs. 4 GG unmittelbar geltendes Verfassungsrecht geworden ist. Gegen Eingriffe des Staates ist danach der Rechtsweg nicht nur objektiv-rechtsstaatlich³ geboten, sondern sogar grundrechtlich garantiert. Was Art. 19 Abs. 4 GG für das öffentliche Recht explizit garantiert, das

wird aus dem Rechtsstaatsprinzip auch für die Zivilgerichtsbarkeit umfassend hergeleitet (so genannter „allgemeiner Justizgewährleistungsanspruch“⁴).

Aus der Bedeutung der Rechtsnormen einerseits und der Gerichte andererseits ergibt sich eine wesentliche Funktion der Rechtsprechungsgewalt. Die Gerichte ermöglichen die wirksame Durchsetzung der Rechtsnormen und entscheiden nach diesen Maßstäben Rechtsstreitigkeiten. Sie legen Rechtsnormen aus und wenden sie auf den Einzelfall an. Die Rechtsprechung ist nach Art. 20 Abs. 3 GG „an Gesetz und Recht gebunden“. Die Richter sind nach Art. 97 Abs. 1 GG in ihrer Tätigkeit „unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen“.

Was hat in diesem System eine Normenkontrolle durch die Gerichte zu suchen? Passt eine richterliche Normenkontrolle überhaupt zur Gesetzesbindung bzw. Gesetzesunterwerfung der Richter? Überschreitet ein Gericht seine Kompetenz, wenn es Gesetze überprüft und gegebenenfalls verwirft? Diese Fragen waren in der Tat am Anfang des 20. Jahrhunderts noch höchst umstritten und Gegenstand von Grundsatzbewegungen der Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit. Dass Gesetze und Verordnungen nicht nur die formale Grundlage des Rechtsstaates sind, sondern dass ihr Inhalt den Rechtsstaat gegebenenfalls auch pervertieren kann, ist eine Erkenntnis aus der Zeit des Nationalsozialismus. Das Diktum von *Hans Kelsen*, jeder Staat sei ein Rechtsstaat,⁵ war den Müttern und Vätern des Grundgesetzes zu formal. Das Grundgesetz folgt einer materiellen Konzeption des Rechtsstaatsprinzips. Der Geltungsanspruch des geschriebenen Gesetzes ist zwar ein Kern des Rechtsstaatsprinzips, wird aber zugleich relativiert. Diese Ambivalenz wird greifbar in der Formulierung des Art. 20 Abs. 3 GG, der vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ und den Gesetzgeber „an die verfassungsmäßige Ordnung“ bindet. Gesetze dürfen also nicht gegen das höherrangige Verfassungsrecht verstoßen. Das Grundgesetz sorgt schließlich auch für die Durchsetzbarkeit dieser Verfassungsbindung des Gesetzgebers. Verfahren zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen sind im Grundgesetz explizit geregelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 2a, 4a GG): Das Dilemma zwischen der Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung einerseits und der Bindung der Rechtsprechung an die Gesetze und die Verfassung andererseits wird dahin aufgelöst, dass das BVerfG als besondere Gerichtsbarkeit dazu berufen ist, gegebenenfalls auch Parlamentsgesetze als verfassungswidrig zu verwerfen. Verfassungsgerichtliche Normenkontrollen können einen Zu-

* Der *Verf.* ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Vgl. *Stahl*, Die Philosophie des Rechts, Bd. 2, Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 2. Aufl. 1846, S. 446: „Die Regierung des Staates greift mit ihrer Funktion überall in die Rechtssphäre des Unterthanen, in sein Vermögen, in seine Freiheit, in sonst ihm besonders zugestandene Befugnisse, und muss hierbei [...] innerhalb der Gesetze verfahren; sonst büßt der Staat seinen Charakter als Rechtsstaat ein [...]“.

² Das war lange bestritten worden, z.B. von *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, 1852, S. 500: „Die Hoheitsrechte des Staates selbst sind nicht der gerichtlichen Kompetenz unterworfen.“

³ Zur objektiven und subjektiven Bedeutung des Rechtsschutzes v. *Gneist*, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl. 1879, S. 270: „Es handelt sich im Verwaltungsrecht also um eine objective Rechtsordnung, welche auch unabhängig von Parteianträgen um des öffentlichen Rechts und Wohles willen zu handhaben ist. Folgeweise sind alle Controllen der Staatsverwaltung gleichzeitig zum Schutz der Gesamtheit wie des Einzelnen bestimmt.“

⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 (Kleinbetriebsklausel I) = NJW 1998, 1475 (1478): „Justizgewährleistungsanspruch“, terminologisch leicht variiert seit BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 (Rechtsschutz gegen den Richter I) = E 107, 395 (396): „Justizgewährungsanspruch“; zur Dogmatik s. *Michael/Morlok*, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn. 890 f.

⁵ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 91.

stand der Rechtsunsicherheit bezüglich der Geltung von Normen beenden. Sie dienen zudem der effektiven Beschränkung der ersten Gewalt. Die Möglichkeiten der Normenkontrolle durch das BVerfG schützen aber andererseits auch alle Hoheitsträger einschließlich der Gerichte und die Bürger vor einem Zwang zur Hinnahme verfassungswidriger Gesetze. Soweit die Verwerfung von Gesetzen der Verfassungsgerichtsbarkeit vorbehalten ist, sprechen wir von einem Verwerfungsmonopol. Dieses schützt die Parlamente – nämlich davor, dass sich einzelne Fachgerichte von ihrer Unterwerfung unter demokratisch legitimierte Gesetze unter dem Vorwand der Verfassungswidrigkeit lösen.

Damit sind Normenkontrollen nichts weniger als die Konsequenz eines hochentwickelten Rechts- und *Verfassungsstaats*. Schaut man ins Detail, zeigen sich allerdings viele Probleme, die sich nur befriedigend lösen lassen, wenn man die Funktionen (dazu II.) der Normenkontrolle erfasst und verschiedene Typen von Normenkontrollen systematisch unterscheidet (dazu III.). Dabei wird z.B. zwischen Parlamentsgesetzen und untergesetzlichen Normen zu unterscheiden sein, zwischen verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollen, zwischen abstrakten und konkreten Normenkontrollen, zwischen prinzipalen und inzidenten Normenkontrollen sowie zwischen Normenkontrollen nach nationalem und europäischem Recht. Die Konsequenzen aus dieser systematischen Grundlegung sind dann auf die verschiedenen Normenkontrollverfahren und ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen differenziert herunter zu brechen (dazu IV.). Diese Verfahren haben je unterschiedliche Funktionen und Voraussetzungen, die sich am besten verstehen lassen, wenn man sie einander gegenüberstellt. Nach den Zulässigkeitsfragen werden die Maßstäbe der Begründetheit für die verschiedenen Normenkontrollverfahren erörtert und gegenübergestellt (dazu V.). Gerichtliche Kontrolle über die Rechtsetzung muss sensibel mit den Bindungsmaßstäben umgehen. Die Rechtsprechung darf nicht darüber hinweggehen, dass die Rechtsetzung politische Spielräume hat und braucht. Normenkontrollen dürfen ihre Kontrolldichte nicht so verschärfen, dass das Verfassungsrecht unangemessen politisiert und die Politik unangemessen verrechtlicht wird. Schließlich stellt sich in Fällen des Verstoßes einer Norm gegen höherrangiges Recht, also der Begründetheit von Normenkontrollen die Anschlussfrage der Entscheidungsfolgen (dazu VI.). Vom Grundsatz der Nichtigkeit verfassungswidriger Normen wird in der Praxis keineswegs nur in wenigen Ausnahmefällen abgewichen. Der Beitrag ist als Fortsetzungsbeitrag konzipiert und beschränkt sich im ersten Teil auf die Abschnitte I.-III.

II. Drei Hauptfunktionen der Normenkontrollen

Normenkontrollen können verschiedene und gegebenenfalls auch mehrere Funktionen haben. Drei Funktionen stehen im Vordergrund.

1. Objektive Rechtssicherheit über die Gültigkeit abstrakter Normen

Ziel von Normenkontrollverfahren ist es, bestehende Zweifel, ob die Norm mit höherrangigem Recht vereinbar ist oder nicht, objektiv zu klären. Sie schaffen normative Rechtssicherheit.

Das spielt vor allem auch bei den (differenzierten) Rechtsfolgen eine Rolle (s.u. V.). Während Rechtsschutz regelmäßig im Einzelfall gewährleistet und von dessen Umständen abhängig ist, haben Normenkontrollen per se Bedeutung über einen Einzelfall hinaus. Das gilt nicht nur aber vor allem für die so genannten prinzipalen Normenkontrollen (zum Begriff s.u. III. 1. b), bei denen die Norm selbst unmittelbar angegriffen wird. Das liegt schon am Gegenstand solcher Verfahren: Denn Normen gelten allgemein und abstrakt und regeln – im Gegensatz zum Verwaltungsakt oder zum Vertrag – gerade nicht nur den Einzelfall. Nicht nur die Begründung einer Normverwerfung kann grundsätzliche Bedeutung haben und – wie andere obergerichtliche oder verfassungsgerichtliche Entscheidungen – zur prägenden Leitentscheidung für die Praxis werden. Vielmehr ist bereits der Tenor solcher Entscheidungen von Bedeutung für jeden (potentiellen) Adressaten oder Begünstigten der betreffenden Norm. Entscheidungen des BVerfG über die Gültigkeit von Normen haben nach § 31 Abs. 2 BVerfGG sogar Gesetzeskraft und sind gegebenenfalls im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Entscheidungen in Normenkontrollverfahren können einen Zustand der Rechtsunsicherheit und gegebenenfalls auch der Aussetzung bzw. Verzögerung subjektiver Rechtsschutzverfahren (das gilt nicht nur für die konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG) wirksam beenden.

Man beachte, dass objektiv-rechtliche Normenkontrollen eine Sonderstellung in unserem vom subjektiven Rechtsschutz geprägten Gerichtssystem einnehmen. Dass die Gerichte vor allem der Durchsetzung subjektiver Rechte zu dienen haben, folgt verfassungsrechtlich aus Art. 19 Abs. 4 GG und den Grundrechten, die effektiven Rechtsschutz durch die Gerichte gebieten. Diese Anforderungen werden – auch in der Praxis durchaus relevant – durch die Garantien eines fairen und angemessen zügigen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verschärft. Das stets überlastete BVerfG steht dadurch vor dem Dilemma, dass es einerseits abstrakte Normenkontrollen wegen ihrer besonderen allgemeinen Bedeutung (man denke etwa an die Nichtigkeitsklärungen der Regelungen zur Strafbarkeit der Abtreibung) zu Recht als besonders dringlich betrachtet, andererseits aber vom EGMR ohne Rücksicht hierauf wegen Verzögerungen in Verfahren des subjektiven Rechtsschutzes zur Beschleunigung gedrängt wird.⁶

Der Ausnahmecharakter der objektiv-rechtlichen Funktion der Normenkontrolle zeigt sich an verschiedenen Detailfragen und wird auch für die Auslegung von zentraler Bedeutung sein. Rechtspolitisch unbefriedigend erscheinen aus objektiv-rechtlicher Sicht Fristen für Normenkontrollverfahren, wie § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO und § 93 Abs. 3 BVerfGG, die damit zu erklären sind, dass es sich eben nicht bzw. nicht nur um objektiv-rechtliche Verfahren handelt. Ob man z.B. die Zulässigkeitsvoraussetzungen für konkrete Normenkontrollen

⁶ S. exemplarisch zur Rüge überlanger Verfahrensdauer auch bei der Verfassungsbeschwerde: EGMR, Urt. v. 13.1.2011 – 397/07 und 2322/07 (H. und A. v. Deutschland) = NJW 2011, 3353.

eher streng (wie das BVerfG)⁷ oder eher großzügig (wie in der Literatur⁸ gefordert) auslegt, hängt wesentlich davon ab, in welchem Maße man in solchen Verfahren ein wünschenswertes Instrument zur Herstellung von objektiver Rechtssicherheit sieht.

2. Subjektiver Rechtsschutz des Einzelnen gegen Normen, die gegen höherrangiges Recht verstoßen

Es gibt auch Normenkontrollverfahren, die unmittelbar dem subjektiven Rechtsschutz dienen. Das gilt für die verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollen nach § 47 VwGO, soweit sie von Privaten beantragt werden. Denn private Antragsteller müssen nach § 47 Abs. 2 VwGO die Verletzung subjektiver Rechte geltend machen. Die verwaltungsrechtliche Normenkontrolle ist keine Popularklage. Das gilt auch für die Verfassungsbeschwerden zum BVerfG, die ja als Rechtssatzverfassungsbeschwerden oder auch inzident Normenkontrollen sein können. Verfassungsbeschwerden können nur dann als Normenkontrollen instrumentalisiert werden, wenn der Beschwerdeführer nach § 90 BVerfGG die Verletzung seiner Grundrechte geltend machen kann.

In vielen Fällen dienen auch konkrete Normenkontrollen nach Art. 100 Abs. 1 GG zumindest mittelbar dem subjektiven Rechtsschutz. Wenn nämlich die vorgelegte Normen in die Rechte des Klägers des Ausgangsverfahrens eingreift, der sich seinerseits auf diese subjektiven Rechte beruft, ist die konkrete Normenkontrolle gleichsam eine vorgezogene Verfahrensvariante zu der anderenfalls nach Erschöpfung des Rechtswegs denkbaren Verfassungsbeschwerde. Mittelbar bzw. potentiell dienen freilich auch alle abstrakten Normenkontrollen dem Schutz subjektiver Rechte dann, wenn die zur Prüfung gestellte Norm zumindest auch subjektive Rechte verletzt.

Aber es gibt freilich auch Normen, die rein objektiven Charakter haben und Normenkontrollen, die eine rein objektive Funktion haben. Zu denken ist hier z.B. an die abstrakten Normenkontrollen gegen Haushaltsgesetze oder jene mit dem Ziel der Verschärfung des Abtreibungsstrafrechts. Der Schutz des ungeborenen Lebens ist – mangels eines bereits rechtsfähigen Grundrechtsträgers – rein objektiv-rechtlicher Natur.

3. Wechselseitige Gewaltbeschränkung der Normsetzer und der Fachgerichte

Nur auf den ersten Blick scheinen gerichtliche Normenkontrollen die Gewaltenteilung zu durchbrechen: Tatsächlich sollen die Gerichte als die „dritte Gewalt“ Normen anwenden. Sie sind an Gesetz und Recht gebunden und sollen sich nicht über die Gesetzgebung als die „erste Gewalt“ stellen. Richter sind dem Gesetz unterworfen. Dürfen sie dann also darüber befinden, welche Normen sie anwenden?

Auf den zweiten Blick ist es aber gar nicht das Wesen oder die Konsequenz der Normenkontrollen, die Gewalten zugun-

ten der Gerichte zu verschieben. Aus Gründen der Gewaltenteilung dürfen Gerichte Normen nicht politisch, sondern allenfalls rechtlich auf den Prüfstand stellen. Das gilt auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit. Es geht also nicht darum, ob eine Norm mehr oder weniger gelungen erscheint, sondern ausschließlich darum, ob sie gegen höherrangiges Recht verstößt. Der Maßstab gerichtlicher Normenkontrollen ist ein rein rechtlicher.

Normenkontrollen dienen also der Disziplinierung der Normsetzer und der Durchsetzung des jeweils höherrangigen Rechts. Dass die Gerichte das Recht und insbesondere das gegebenenfalls höherrangige Recht durchsetzen, gehört zu ihren Funktionen. Versteht man die Gewaltenteilung als ein Prinzip wechselseitiger Machtbeschränkung, ist es nur konsequent, dass die Rechtsetzung an höherrangiges Recht gebunden und hierin von der Rechtsprechung kontrolliert wird.

Die Gewaltenteilung wird dadurch noch differenzierter verwirklicht, dass eine spezifische Verfassungsgerichtsbarkeit existiert. Eine solche Verfassungsgerichtsbarkeit beansprucht eine herausgehobene verfassungsrechtliche Legitimation für die Kontrolle der ersten Gewalt. Der Verfassungsgerichtsbarkeit ist es vorbehalten, Parlamentsgesetze zu verwerfen: Die Fachgerichte müssen diese entweder anwenden oder dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen. Während gegen Parlamentsgesetze auch kein Rechtsweg zu den Fachgerichten eröffnet ist (Art. 19 Abs. 4 GG greift nicht), eröffnet sich gegebenenfalls die Möglichkeit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde zum BVerfG nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Beide Wege führen also zum BVerfG.

Dass untergesetzliche Normen, also Akte exekutiver Rechtsetzung, auch von den Verwaltungsgerichten verworfen werden können, entspricht ebenfalls der Gewaltenteilung. Die Bindung der Exekutive an die Gesetze und an die Verfassung wird auf diese Weise gerichtlich kontrolliert. Auch hier sind die Kontrollmaßstäbe rein rechtlicher Natur. Die Fachgerichte dürfen untergesetzliche Normen verwerfen, wenn diese gegen höherrangiges Recht verstoßen. Wenn untergesetzliche Normen mit höherrangigem Recht vereinbar sind, bleibt die Rechtsprechung selbstverständlich auch an untergesetzliche Normen gebunden.

Freilich sei auch nicht verschwiegen, dass die Grenze zwischen verfassungsrechtlichen und politischen Maßstäben fließend und bisweilen schwer zu ziehen ist. Die Rechtsprechung soll die Rechtsetzungsgewalt kontrollieren und sie gegebenenfalls in ihre rechtlichen Schranken weisen. Die Gerichte dürfen dabei aber nicht in deren Kernaufgabe politischer Gestaltung eingreifen. Darauf wird bei der Frage der Kontrolldichte zurückzukommen sein (s.u. V.). Normenkontrollen sollen also ein Korrektiv gegen die Überschreitung der an sich rechtlich gewollten Spielräume für die Politik sein. Selbst wenn es zu solchen Korrekturen kommt, sollen die Gerichte und auch Verfassungsgerichte aber nicht – gleichsam kompensatorisch – solche Spielräume selbst ausfüllen. Die politischen Entscheidungen, die notwendig mit Normsetzung verbunden sind, müssen also stets an den Gesetzgeber zurückgegeben werden. Hier kollidiert bisweilen die Funktion subjektiven Rechtsschutzes mit der Gewaltbeschränkung. Das

⁷ Ein Bsp. aus jüngerer Zeit: BVerfG, Beschl. v. 21.6.2011 – 2 BvL 15/08 = BeckRS 2011, 52630 Abs. 34 ff. Vgl. zu dieser Tendenz auch *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 146 ff.

⁸ *Schlaich/Korioth* (Fn. 7), Rn. 136 ff., 141; dazu ausf. u. IV.

Problem stellt sich bei den Rechtsfolgen von Normenkontrollen (s.u. VI.).

III. Systematisierung: Verfahrensarten, Normtypen, und Maßstäbe verschiedener Normenkontrollen

1. Verschiedene Typen von Normkontrollverfahren

a) Spezifische Normenkontrollen i.e.S. und unspezifische Normenkontrollverfahren i.w.S.

aa) Bei Normenkontrollverfahren denkt man primär an diejenigen Verfahren, die spezifisch die Überprüfung von Normen zum Gegenstand haben. „Spezifische Normenkontrollen“ sind zunächst die *abstrakte Normenkontrolle* nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, die *konkrete Normenkontrolle* nach Art. 100 Abs. 1 GG vor dem BVerfG sowie entsprechende Verfahren vor den Landesverfassungsgerichten. Außerdem gehören hierher die *verwaltungsrechtlichen Normenkontrollen* vor den Oberverwaltungsgerichten nach § 47 VwGO.

Während diese Verfahren in Gesetzesüberschriften und im Schrifttum explizit als Normenkontrollen bezeichnet werden, gibt es noch weitere Verfahren, die der Sache nach ebenfalls ausschließlich Normen zum Gegenstand haben: Das ist das *Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG*, bei dem es um einen besonderen Aspekt der formellen Verfassungsmäßigkeit von Bundesgesetzen geht, nämlich die Erforderlichkeit des Gebrauchs einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund nach Art. 72 Abs. 2 GG.⁹ Weiter ist die *Kommunalverfassungsbeschwerde* nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG zum BVerfG bzw. das entsprechende landesverfassungsgerichtliche Verfahren (z.B. nach § 52 Verfassungsgerichtshofgesetz NRW) ausschließlich gegen Rechtsnormen gerichtet, also eine Art Rechtssatzverfassungsbeschwerde (dazu sogleich). Auch der Sonderfall der *Popularklage zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof* nach Art. 98 S. 4 Bayerische Verfassung ist der Sache nach eine Normenkontrolle, da sie nur gegen bayerische Gesetze oder Verordnungen gerichtet ist. Auch dieses Verfahren ähnelt stark einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde, zumal der Maßstab die Verletzung eines bayerischen Grundrechts ist, während die Verfassungsbeschwerde zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof (Art. 120 Bayerische Verfassung) nur gegen Einzelakte statthaft ist. Der wesentliche Unterschied zur Rechtssatzverfassungsbeschwerde zum BVerfG und damit auch ein große Ausnahme im deutschen Prozessrecht besteht freilich darin, dass bei der Popularklage jedermann ohne eigene Beschwer klagen kann.

bb) Neben diesen „spezifischen Normenkontrollen i.e.S.“ gibt es zahlreiche weitere Verfahren, die nicht notwendigerweise Normen zum Prüfgegenstand haben, die aber der Sache nach dennoch Normenkontrollen sein können. Solche „un-

spezifischen Normenkontrollverfahren i.w.S.“ müssen nicht, können aber jedenfalls auch Normen zum Gegenstand haben oder können dann auf eine Normenkontrolle hinauslaufen. Zu denken ist hier vor allem an die *Individualverfassungsbeschwerde* zum BVerfG nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Sie hat „Akte der öffentlichen Gewalt“ zum Gegenstand und damit sowohl Einzelakte als auch Normen. Im letzteren Fall wird die Verfassungsbeschwerde auch als *Rechtssatzverfassungsbeschwerde* bezeichnet und ist als solche sogar spezifisch gegen Normen gerichtet. Da die Rechtssatzverfassungsbeschwerde aber nach der Systematik des Grundgesetzes kein eigenständiges Verfahren, sondern nur eine Variante der Individualverfassungsbeschwerde, handelt es sich um eine unspezifische Normenkontrolle. Auch die *Urteilsverfassungsbeschwerde* kann auf eine Normenkontrolle hinauslaufen, wenn es nämlich im zu entscheidenden Einzelfall auf die Gültigkeit einer Norm ankommt und diese inzident zu prüfen ist. Letzteres gilt auch für alle fachgerichtlichen inzidenten Normenkontrollverfahren, auf die sogleich unter III. 1. b) einzugehen ist. Auch die *Nichtigkeitsklage* zum EuGH nach Art. 263 AEUV¹⁰ („Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte sowie der Handlungen [...]“) und das *Vorabentscheidungsverfahren* nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV¹¹ („Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Organe“) gehören zu den Verfahren, in denen gegebenenfalls auch eine Norm zum direkten Gegenstand der Überprüfung am Maßstab des Unionsrechts gemacht werden kann.

Zwischenfazit: Der Blick auf Normenkontrollen auch i.w.S. eröffnet die Möglichkeit einer umfassenderen systematischen Betrachtung solcher Verfahren. Gerade weil sich Normenkontrollen i.e.S. in besonderem Maße von anderen Verfahren unterscheiden, ist die Erkenntnis wichtig, dass sie nicht die einzigen Verfahrensarten sind, in denen Normen auf den Prüfstand gestellt werden.

b) Prinzipale und inzidente Normenkontrollverfahren

Als „prinzipale“ Normenkontrollen bezeichnet werden vor allem die verwaltungsrechtlichen Normenkontrollen nach § 47 VwGO, um sie von „inzidenten“ Normenkontrollen der Verwaltungsgerichte abzugrenzen. Die Unterscheidung kann verallgemeinert werden. Danach wäre eine „prinzipale Normenkontrolle“ ein Verfahren, das eine Norm zum unmittelbaren Verfahrensgegenstand hat und auf dessen Verwerfung gerichtet ist. Das sind nach der unter III. 1. a) vorgenommenen Systematisierung vor allem alle spezifischen Normenkontrollen i.e.S. Aber auch die unspezifischen Normenkontrollen können „prinzipal“ sein, wenn die Norm unmittelbarer Verfahrensgegenstand ist und nicht nur „inzident“ geprüft wird. Prinzipale Normenkontrollen sind der Sache nach also neben den Verfahren nach § 47 VwGO auch die verfassungsgerichtlichen *abstrakten* und die *konkreten Normenkontrollen*, aber auch alle *Rechtssatzverfassungsbeschwerden* einschließlich

⁹ Nach *Schlaich/Koriath* (Fn. 7), Rn. 132a), handelt es sich nur um eine modifizierte Variante der abstrakten Normenkontrolle, bei deren Zulässigkeit die Antragsteller um die Landesparlamente erweitert sind und deren Begründetheit der Prüfungsmaßstab beschränkt ist. Die Regelungssystematik des Grundgesetzes und des § 31 Abs. 2 BVerfGG (der inzwischen das Verfahren eigenständig erwähnt) spricht allerdings dafür, dass es sich um eine eigene Verfahrensart handelt.

¹⁰ Dazu etwa *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 630 ff.; *Michael/Morlok* (Fn. 4), Rn. 942 ff.

¹¹ Dazu etwa *Streinz* (Fn. 10), Rn. 678 ff.; *Michael/Morlok* (Fn. 4), Rn. 947 ff.

der *Kommunalverfassungsbeschwerde* und der *bayerischen Popularklage* und gegebenenfalls (!) auch die Nichtigkeitsklage oder das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH.

„Inzidente Normenkontrollen“ hingegen sind Verfahren, die an sich keine Norm zum unmittelbaren Gegenstand haben, sondern etwa einen Einzelakt, der aber seinerseits auf eine Norm gestützt ist, auf deren Gültigkeit es also ankommt und die deshalb „inzident“, d.h. als Vorfrage der Rechtmäßigkeit des Einzelaktes, geprüft wird. So können z.B. *Anfechtungsklagen* vor den Verwaltungsgerichten nach § 42 Abs. 1 VwGO zu inzidenten Normenkontrollen werden, wenn der angefochtene Bescheid zwar einer Satzung entspricht, diese aber ihrerseits rechtswidrig ist. Die Rechtswidrigkeit der Satzung wird dann inzident geprüft. Prozessuales Ergebnis ist dann aber nicht eine allgemein verbindliche Nichtigkeitsklärung der Satzung, sondern – gemäß dem Antrag und den beteiligten Prozessparteien – die Aufhebung des konkreten Verwaltungsaktes, die gegebenenfalls auch nur für den Einzelfall und zwischen den Parteien Rechtskraft entfaltet.

Derartige inzidente Normenkontrollen können auch im Rahmen der anderen verwaltungsgerichtlichen Klagearten stattfinden, also bei Leistungsklagen und insbesondere auch bei *Feststellungsklagen* nach § 43 VwGO. Letzteres hat eine besondere Bedeutung für die Zulässigkeit einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde vor dem BVerfG. Es stellt sich nämlich die Frage, ob das BVerfG wegen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde erst nach einer erfolglosen Feststellungsklage angerufen werden kann (dazu s.u. IV.).

Inzidente Normenkontrollen spielen aber nicht nur in der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Rolle. Auch straf- oder zivilrechtliche Verfahren beruhen auf Normen, die gegebenenfalls inzident zu prüfen sind. Bei allen inzidenten Normenkontrollen vor den Fachgerichten stellt sich freilich die Frage der Reichweite der Verwerfungskompetenz.

Besondere Beachtung verdient der Typus der inzidenten Normenkontrolle im Rahmen einer *Urteilsverfassungsbeschwerde* vor dem BVerfG. Das BVerfG kann auch anlässlich einer lediglich inzidenten Normenkontrolle – gleichsam über den Einzelfall hinausreichend – eine Norm mit allgemein verbindlicher Wirkung für ungültig erklären. Das regelt für die Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG ausdrücklich § 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG: Hat eine Verfassungsbeschwerde gegen einen Einzelakt schon deshalb Erfolg, „weil die aufgehobene Entscheidung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht“, wird nicht nur der Einzelakt aufgehoben, sondern auch das Gesetz für nichtig erklärt. Die Entscheidung hat auch in diesen Fällen Gesetzeskraft nach § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG. Obwohl es sich also dem Verfahrensgegenstand nach um eine inzidente Normenkontrolle handelt, kommen hier deren Wirkungen jenen einer prinzipialen Normenkontrolle gleich. Anders als bei den fachgerichtlichen inzidenten Normenkontrollen wird hier der objektiv-rechtlichen Bedeutung einer solchen inzidenten Normenkontrolle umfassend Rechnung getragen. In anderen Verfahren, z.B. einem Bund-Länder-Streit, kann es auch vor dem BVerfG zu einer inzidenten

Normenkontrolle kommen, deren Wirkungen nur zwischen den Parteien gelten.¹²

Zusammenfassend lässt sich also folgender Zusammenhang zwischen Verfahrensgegenstand und Verfahrenswirkungen herstellen: Bei allen prinzipialen Normenkontrollen wirkt eine Normverwerfung allgemein verbindlich („erga omnes“). Bei inzidenten Normenkontrollen binden die Entscheidungsergebnisse hingegen regelmäßig lediglich die Prozessparteien für den Einzelfall („inter partes“). Eine Ausnahme stellt insoweit die Verfassungsbeschwerde gegen einen Einzelakt dar. Kommt es hier inzident zu einer Normverwerfung, wirkt auch diese „erga omnes“.

c) Abstrakte und konkrete Normenkontrollen

Die Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten Normenkontrollen hat sich in (nichtamtlichen) Gesetzesüberschriften und der Literatur eingebürgert, um den Unterschied zwischen den Normenkontrollen nach Art. 93 Abs. Nr. 2 GG einerseits und der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zu bezeichnen. Erstere wird als *abstrakte Normenkontrolle* bezeichnet, weil das Verfahren losgelöst von einem Einzelfall stattfindet. Demgegenüber soll die Richtervorlage insofern eine *konkrete Normenkontrolle* sein, als sie anlässlich eines konkreten Rechtsstreits stattfindet und auch nur dann, wenn es auf die Gültigkeit der Norm in dem konkreten Einzelfall zwingend ankommt.

Die Bezeichnung „konkrete Normenkontrolle“ ist freilich leicht missverständlich. Denn die Normenkontrolle selbst bezieht sich – wie bei der abstrakten Normenkontrolle oder bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde oder auch bei der inzidenten Normenkontrolle innerhalb einer Urteilsverfassungsbeschwerde – auf die abstrakte Gültigkeit einer abstrakten Norm. Insofern würde es sachlich näher liegen, nur inzidente Normenkontrollen der Fachgerichte, deren Rechtskraft nicht über den Einzelfall hinausgeht, als konkrete Normenkontrollen zu bezeichnen. Das ist aber in der Juristensprache nicht üblich, deren Gebrauch an dieser Stelle auch nicht in Frage gestellt werden soll. Die überkommene Fachterminologie sollte vielmehr als gegeben hingenommen werden. Zur Vermeidung von Verwechslungen sollte die Bezeichnung „konkrete Normenkontrolle“ auch nicht jenseits der üblichen Terminologie zu Art. 100 Abs. 1 GG auf andere Verfahren übertragen werden. In gewisser Weise sind zwar Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, die auf Vorlage eines nationalen Gerichts auf die Ungültigkeit einer europäischen Norm gerichtet sind, dem Verfahren der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG vergleichbar. Der Begriff „Vorabentscheidungsverfahren“ ist aber nicht nur üblich, sondern auch viel treffender.

¹² BVerfG, Urt. v. 26.3.1957 – 2 BvG 1/55 (Reichskonkordat) = NJW 1957, 705.

d) *Normverwerfungsverfahren, Normbestätigungsverfahren, Normprüfungen und Verfahren mit mittelbaren Auswirkung auf Normverwerfungen*

aa) Zur systematischen Ab- und Eingrenzung der Normenkontrollen sollte man sich klar machen, dass in all diesen Verfahren das entscheidende Gericht über die Gültigkeit einer Rechtsnorm befindet. Das gilt auch für die inzidenten Normenkontrollen der Fachgerichte, in denen die Frage der Gültigkeit zwar eine abstrakte Norm betrifft, die Entscheidung aber nur für den konkreten Rechtsstreit verbindlich beantwortet wird. Auch bei solchen inzidenten Normenkontrollen wird die Anwendung der Norm zumindest von dem jeweiligen Gericht verweigert, die Norm also im Einzelfall als ungültig verworfen. Zumindest dasselbe Gericht wird sich daran im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes über den Einzelfall hinaus regelmäßig festhalten lassen. Handelt es sich um ein Obergericht, wird die Wirkung sogar über eine Selbstbindung hinaus ausstrahlen und mindestens praktischen Vorbildcharakter entfalten. Wenn man so will, könnte man die Normenkontrollen insoweit auch als „*Normverwerfungsverfahren*“ bezeichnen. Sie haben ein „destruktives“ Element, das auch in der Funktion der Gerichtsbarkeit verankert ist: Die Gerichte können Normen verwerfen, soweit ihre Kontrollfunktion reicht. Sie sollen aber nicht „konstruktiv“ Recht setzen. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch die Verwerfung der Norm keineswegs zu einem „normativen Nichts“ führt. Gegebenenfalls gelten bei der Verwerfung einer einzelnen Norm alternative oder allgemeinere Normen, auf die zurückzugreifen ist. In letzter Konsequenz bleiben die Grundrechte einschließlich der Privatautonomie, auf die – vorbehaltlich gültiger Normen – zurückzugreifen ist. Wenn die „destruktiven“ Wirkungen einer Normverwerfung zu verfassungsrechtlich problematischen Konsequenzen führen würden, sind auch Modifizierungen der Rechtsfolgen von Normenkontrollen zu erwägen, die z.T. „erhaltender“ (übergangsweise Fortgeltung), z.T. auch „konstruktiver“ (richterrechtliche Übergangsregelung) Natur sind. Also ist Destruktion zwar ein Element, keinesfalls aber die Konsequenz oder das Wesen von Normverwerfungen.

bb) Im Übrigen kann das Ergebnis der Normenkontrolle auch die positive *Bestätigung* der Norm sein. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn eine Normenkontrolle im Ergebnis erfolglos bleibt. Vielmehr gibt es auch Normenkontrollverfahren, mit denen die Antragsteller die Bestätigung der Norm bezwecken. So besteht bei Uneinigkeiten über die Gültigkeit einer Norm die Möglichkeit der abstrakten Normenkontrolle zum BVerfG, die nach § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG von der Bundesregierung, einer Landesregierung oder einem Viertel des Bundestages auch mit dem Ziel der Feststellung der Gültigkeit der Norm beantragt werden kann. Im Gegensatz zu anderen Normenkontrollverfahren ist ein solches Verfahren also nicht „destruktiv“ auf Verwerfung, sondern „konstruktiv“ auf Normbestätigung gerichtet. Ähnliches gilt für die Verfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG, in denen das BVerfG gegebenenfalls völkerrechtliche Normen als Bestandteile des Bundesrechts bestätigt.

Als Variante gleichsam „zwischen“ Normverwerfung und Normbestätigung kann eine verfassungskonforme Auslegung

einer Norm in Betracht kommen. Dabei handelt es sich meist um eine restriktive Auslegung der überprüften Norm, die im Ergebnis einer Teilverwerfung durchaus nahekommen kann. Allerdings wird die Norm formal gerade vor der Verwerfung bewahrt und letztlich also doch bestätigt, sodass formal eine Normbestätigung erfolgt.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass Normenkontrollverfahren im hier verstandenen Sinne im Ergebnis entweder Normverwerfungs- oder Normbestätigungsverfahren sind. Weiter zu differenzieren ist dann bei den Rechtsfolgen in Fällen der Unvereinbarkeit der Norm mit höherrangigem Recht.

cc) Begrenzt man Normenkontrollverfahren mit dem gängigen Sprachgebrauch auf diese Funktionen, bleiben Verfahren außer Betracht, in denen Normen zwar auf ihre Gültigkeit geprüft werden, in denen aber der prüfenden Instanz die Entscheidung darüber entzogen ist, selbst verbindlich darüber zu befinden, ob die Norm zu verwerfen ist. Auch solche *Normprüfungen* sind keineswegs rein theoretischer Natur, sondern ergänzen vielmehr das System der Normenkontrollen um einen wesentlichen Teil. Mehr noch: Die Systematik der Normenkontrollen setzt sogar voraus, dass solche Normprüfungen jenseits der Normenkontrollverfahren stattfinden. Das lässt sich am besten an der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG zeigen. Dem Verfahren vor dem BVerfG geht notwendig ein Vorlagebeschluss eines Fachgerichts voraus. Dieser Vorlagebeschluss ist nach der insoweit sehr strengen Rechtsprechung des BVerfG¹³ nur dann zulässig, wenn nicht nur die Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Norm dargelegt wird, sondern auch die Überzeugung des vorlegenden Gerichts von der Verfassungswidrigkeit der Norm. Das Gericht muss darüber hinaus auch begründen, warum eine verfassungskonforme Auslegung der Norm nicht in Betracht kommt, die eine Vorlage entbehrlich machen würde. Das bedeutet, dass Art. 100 Abs. 1 GG zwar ein Verwerfungsmonopol des BVerfG für Parlamentsgesetze begründet, aber eine *Normprüfungskompetenz* aller Fachgerichte voraussetzt. Das ist wiederum eine Konsequenz des materiellen Verfassungsrechts. Wegen der unmittelbaren Grundrechts- und Verfassungsbindung aller Staatsgewalt nach Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG liegt dieser Normprüfungskompetenz sogar eine *Normprüfungspflicht* zugrunde. Jedes Fachgericht muss danach – von Amts wegen – Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit einer entscheidungserheblichen Norm nachgehen. Das gilt für Normen aller Art. Der Rang der Norm entscheidet lediglich darüber, welche prozessualen Konsequenzen es gegebenenfalls hat, wenn sich diese Zweifel zu einer Überzeugung verhärten. Im Falle nachkonstitutioneller Parlamentsgesetze muss das Fachgericht dieses wegen des Verwerfungsmonopols des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen. Während eine inzidente Normenverwerfung durch die Fachgerichte bei vorkonstitutionellem Recht oder untergesetzlichen Normen möglich ist, fallen bei den nachkonstitutionellen Parlamentsgesetzen Normprüfungspflicht und *Normverwerfungsverbot* der Fachgerichte zusammen. Ähnliches gilt auch für das Vorlageverfahren zum EuGH nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV, soweit die Frage der Gültigkeit einer unions-

¹³ S.o. Fn. 7.

rechtlichen Norm aufgeworfen wird. Auch einem solchen Verfahren vor dem EuGH geht eine Normprüfung durch das vorliegende nationale Gericht voraus, dem die Verwerfungskompetenz entzogen ist.

Die materielle Verfassungsbindung nach Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG gilt freilich nicht nur für alle Gerichte, sondern auch für die Exekutive und die Legislative. Auch innerhalb dieser Staatsgewalten können Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer Norm – freilich unter qualifizierten Voraussetzungen – letztlich in ein Normenkontrollverfahren münden. Zum einen ist hier die Antragsberechtigung der Behörden nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO für prinzipale Normenkontrollen zu den Oberverwaltungsgerichten zu nennen. Zum anderen ist an die abstrakten Normenkontrollen vor den Verfassungsgerichten zu denken, in denen jedenfalls die Bundesregierung bzw. die Landesregierungen als Verwaltungsspitze sowie eine qualifizierte Minderheit der Legislative antragsberechtigt sind. Erwähnt sei, dass Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes durch entsprechende Eingaben bzw. im Rahmen beamtenrechtlicher Remonstrationen auch hierarchisch „von unten nach oben“ an die Verwaltungsspitze gelangen können. Bemerkenswert ist auch, dass § 76 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG ausdrücklich den Fall regelt, dass eine Verwaltungsbehörde eine Norm „als unvereinbar mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht angewendet hat“. Auch die Gesetzesbindung der Verwaltung ist somit verfassungsstaatlich relativiert und an die zumindest theoretische Chance der Normenkontrollen angeschlossen. Auch die Antragsberechtigung für die Kommunalverfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zum BVerfG bzw. zu den Landesverfassungsgerichten liegt bei der Exekutive und setzt entsprechende Normprüfung voraus. Schließlich könnten auch Zweifel an der Gültigkeit einer unionsrechtlichen Norm in einer Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 263 Abs. 2 AEUV gipfeln. Freilich sei nicht verschwiegen, dass abstrakte Normenkontrollen zu den Verfassungsgerichten bzw. Nichtigkeitsklagen zum EuGH in der Praxis primär ein demokratisches Instrument politischer Opposition darstellen und kaum je ein rechtsstaatliches Ventil für Bedenken an der Verwaltungsbasis. Sie spiegeln deshalb eher Diskussionen auf der hochpolitischen Ebene als Konflikte zwischen der vollziehenden Verwaltung einerseits und der Rechtsetzung andererseits.

dd) Abschließend sei noch eine gleichsam umgekehrte Perspektive eingenommen, um eine weitere Grenze gerichtlicher Normenkontrollverfahren deutlich zu machen. In der Praxis hat das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV weniger die Bedeutung, dass ein nationales Gericht die Frage der Gültigkeit einer unionsrechtlichen Norm dem EuGH vorlegen kann. Vielmehr geht es meist um die Auslegung einer unionsrechtlichen Norm, die gegebenenfalls ihrerseits mit nationalem Recht kollidiert. Wird eine entsprechende Auslegung des Unionsrechts vom EuGH bestätigt, muss das nationale Gericht die Konsequenzen für das deutsche Recht ziehen. Wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts¹⁴ muss

dann das nationale Recht zurücktreten, d.h. die entgegenstehende Norm des nationalen Rechts darf im konkreten Fall nicht angewendet werden (bleibt freilich gültig und anwendbar in Fällen, auf die sich das Unionsrecht nicht erstreckt bzw. im Ergebnis nicht entgegensteht). Wichtig für den vorliegenden Kontext ist, dass der EuGH seinerseits keine Verwerfungskompetenz gegenüber nationalem Recht hat. Seine Entscheidung hat zwar gegebenenfalls zwingende Konsequenzen, es handelt sich aber eben nur um *mittelbare Auswirkungen auf die inzidente Normverwerfung* durch das vorliegende Gericht. Eine solche inzidente Normverwerfung erschöpft sich in der Nichtanwendung der nationalen Norm im unionsrechtlichen Kontext. Wenn man so will, findet hier ein kooperatives, ineinander greifendes, mehraktiges Normenkontrollverfahren zweier Gerichte, nämlich des EuGH und des nationalen Gerichts, statt. Die mehreren Verfahrensakte bestehen darin, dass zunächst das nationale Gericht die nationale und die europäische Norm prüft und dann das Vorabentscheidungsverfahren einleitet, dass dann der EuGH über die unionsrechtlichen Fragen entscheidet und schließlich das nationale Gericht die Konsequenzen für das deutsche Recht zieht.

Einen anderen Mechanismus lösen Entscheidungen des EGMR aus, wenn sich aus solchen eine Kollision eines deutschen Gesetzes mit der EMRK ergibt. Anders als das Unionsrecht beansprucht die EMRK keinen Anwendungsvorrang.¹⁵ Das deutsche Gesetz bleibt also nicht ohne weiteres schlicht unangewendet. Vielmehr müssen die nationalen Gerichte versuchen, das nationale Recht unter Berücksichtigung der EMRK (die ihrerseits ein Bundesgesetz ist) und der Rechtsprechung des EGMR auszulegen.¹⁶ Gegebenenfalls wirft eine Kollision zwischen nationalen Gesetzen und der EMRK dabei die parallele Frage auf, ob das nationale Gesetz nicht auch gegen nationale Grundrechte verstößt. Das gilt umso mehr deshalb, weil das Grundgesetz seinerseits im Lichte der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR, d.h. völkerrechtsfreundlich und zu interpretieren ist. Wenn insofern eine verfassungskonforme Auslegung des nationalen Gesetzes nicht möglich erscheint, kommt auch eine Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG¹⁷ in Betracht.

In einem noch weiteren Sinne können freilich auch andere, vor allem verfassungsgerichtliche Entscheidungen mittelbare Auswirkungen auf Normenkontrollen haben. So kann z.B. die Verwerfung einer landesrechtlichen Norm durch das BVerfG Auswirkungen auf eine gleichlautende Norm eines anderen Landes haben, die jedoch nicht Gegenstand des Verfahrens war, aber z.B. vor einem Landesverfassungsgericht angefochten wurde. Konsequenzen einer Rechtsprechung für parallel gelagerte Konstellationen sind indes keine Besonderheit von Normenkontrollen und sollen deshalb hier nicht weiter vertieft werden.

(Fn. 10), Rn. 194 ff., sowie *Sauer*, Staatsrecht III, 2011, § 8 Rn. 25 ff.

¹⁵ Zu den Unterschieden vgl. *Michael/Morlok* (Fn. 4), Rn. 96.

¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (Görgülü) = BeckRS 2004, 25112; dazu im zweiten Teil u. V.

¹⁷ Zum Verhältnis zwischen Art. 100 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG sogleich unter III. 3.

¹⁴ Grundlegend EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – Rs. C-6/64 (*Costa v. ENEL*) = Slg. 1964, 1253 (1269 f.); vgl. dazu etwa *Streinz*

Zwischenfazit: Normenkontrollen haben keinen rein destruktiven Charakter. Die Möglichkeit der Normverwerfung ist nur eine ihrer vielen Funktionen und selbst dann lassen sich die Konsequenzen nicht als destruktiv charakterisieren. Je mehr man andererseits die konstruktiven Elemente von Normenkontrollen in den Blick nimmt, desto dringlicher stellt sich die Frage der funktionalen Beschränkung der Gerichtsbarkeit. Richterlich geschaffene Übergangsregelungen und kreative, verfassungskonforme Auslegungen reichen an die Grenze der Rechtsetzung.

2. Verschiedene Normen als Gegenstände unterschiedlicher Normkontrollverfahren

Welches Normkontrollverfahren vor welchem Gericht in Betracht kommt, hängt zunächst davon ab, was für eine Art von Norm überprüft werden soll.

a) Differenzierungen nach der Normebene: Bundesrecht, Landesrecht und Unionsrecht

Vor allem für die Zuständigkeit der verschiedenen Gerichte ist von Bedeutung, ob es sich bei der zu überprüfenden Norm um eine Norm des Bundes- oder Landesrechts oder aber überhaupt nicht um eine des nationalen Rechts, sondern des Unionsrechts handelt.

Grundsätzlich gelten für alle prinzipialen Normenkontrollen bestimmte Grenzen der Verwerfungskompetenz: Die Landesverfassungsgerichte und nach § 47 VwGO die Oberverwaltungsgerichte können ausschließlich Landesrecht verwerfen; die nationalen Gerichte können ausschließlich nationales Recht verwerfen und der EuGH kann ausschließlich Unionsrecht verwerfen. Das BVerfG kann im Rahmen abstrakter und konkreter Normenkontrollen und Individualverfassungsbeschwerden sowohl Bundes- als auch Landesrecht verwerfen. Das gilt theoretisch auch für Kommunalverfassungsbeschwerden, wobei hier allerdings die Verfahren vor dem BVerfG subsidiär gegenüber entsprechenden landesverfassungsgerichtlichen Verfahren sind. Erwähnt sei hier auch der Sonderfall des Art. 100 Abs. 2 GG, bei dem es um die Bestätigung völkerrechtlicher Normen als Bestandteile des Bundesrechts geht.

Bei den inzidenten Normenkontrollen sind die Zuständigkeiten weniger klar getrennt, sondern greifen ineinander. So kann die Fachgerichtsbarkeit der Länder (also auch jedes erstinstanzliche Gericht) untergesetzliches bzw. vorkonstitutionelles Bundesrecht unangewendet lassen, wenn es gegen höherrangiges Recht verstößt. Das ist also keineswegs den obersten Bundesgerichten vorbehalten.

b) Differenzierungen nach dem Rang und Wesen der Norm: Untergesetzliche Normen, Parlamentsgesetze und Verfassungsnormen als Gegenstände von Normenkontrollen

Weiter ist zwischen Parlamentsgesetzen und untergesetzlichen Normen zu unterscheiden: *Parlamentsgesetze* können Gegenstand einer abstrakten oder konkreten Normenkontrolle oder einer Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG sein. Daneben kommen auch bei anderen Verfahren vor dem BVerfG inzidente Normenkontrollen und Normverwerfungen in Betracht. Die Fachgerichte hingegen dürfen Parlamentsgesetze nicht

verwerfen. Davon unberührt bleibt freilich die Möglichkeit, ja sogar die rechtsstaatliche Pflicht aller Fachgerichte, gegebenenfalls auch Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit von Parlamentsgesetzen nachzugehen (Normprüfungskompetenz im Gegensatz zur Normverwerfungskompetenz). Verdichten sich die Zweifel zur Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit, muss das Fachgericht die Norm nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG bzw. einem Landesverfassungsgericht vorlegen. Ähnliches gilt für Zweifel der Vereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Unionsrecht.

Eine Besonderheit gilt für so genannte „*vorkonstitutionelle Parlamentsgesetze*“. Das in Art. 100 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende Verwerfungsmonopol des BVerfG soll nämlich nur für „*nachkonstitutionelle Parlamentsgesetze*“ gelten, d.h. die Gesetze, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes bzw. der Landesverfassungen seit 1946 unterworfen sind und denen die formale Legitimation der Parlamente der Nachkriegszeit zugrunde liegt.¹⁸ Gesetze aus der Zeit davor (z.B. der Weimarer Republik) gelten zwar nach Art. 123 GG fort, soweit sie den (inhaltlichen!) Anforderungen des Grundgesetzes nicht widersprechen (das gilt auch für die nicht wenigen heute noch anwendbaren Normen aus der Zeit des Nationalsozialismus). Über die Verfassungswidrigkeit entscheidet jedes Fachgericht und darf die Norm gegebenenfalls nicht anwenden – und zwar ohne die Norm dem BVerfG vorzulegen. Die Fachgerichte entscheiden hierüber inzident (dazu unter III. 1. b) – also z.B. im Rahmen einer verwaltungs-, straf- oder zivilgerichtlichen Einzelfallstreitigkeit.

Im Gegensatz zu den nachkonstitutionellen Parlamentsgesetzen haben die Fachgerichte eine Verwerfungskompetenz für *untergesetzliche Normen* (Verordnungen und Satzungen).¹⁹ Hierfür existiert mit § 47 VwGO ein eigenes Verfahren einer prinzipialen Normenkontrolle vor den Oberverwaltungsgerichten. Nach § 47 Abs. 4 S. 2 VwGO erklärt das Oberverwaltungsgericht gegebenenfalls die Norm mit allgemein verbindlicher Wirkung für unwirksam. Dieses Verfahren existiert allerdings nur für einen relativ kleinen Teilausschnitt untergesetzlicher Normen: Nach § 47 Abs. 1 VwGO gilt das nämlich nur für bestimmte Normen des Baurechts, insbesondere die Bebauungspläne und für weitere Normen des Landesrechts nur i.V.m. einer entsprechenden landesgesetzlichen Regelung, die es z.B. in Nordrhein-Westfalen nicht gibt. Alle anderen untergesetzlichen Normen, insbesondere auch die des Bundesrechts, sind also nicht erfasst. Für sie – im Übrigen auch für alle Normen, die auch unter § 47 VwGO fallen – besteht aber die Möglichkeit einer inzidenten Normenkontrolle und Verwerfung durch die Fachgerichte.

Erwähnt seien hier auch die *Verfassungsnormen*, insbesondere verfassungsändernde Gesetze. Sie sind regelmäßig Maßstäbe von Normenkontrollen, können aber ausnahmsweise auch deren Gegenstand sein. Auf den ersten Blick erscheint es widersprüchlich, Verfassungsnormen am Verfassungsrecht

¹⁸ So schon BVerfG, Urt. v. 24.2.1953 – 1 BvL 21/51 (Normenkontrolle II) = BVerfGE 2, 124 (128 ff.); s.a. *Gersdorf*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 168 f.

¹⁹ Vgl. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 38. Lfg., § 90 Rn. 392.

zu messen. Genauer betrachtet ist dies aber in zwei Konstellationen denkbar: Zum einen bindet Art. 79 GG auch den verfassungsändernden Gesetzgeber. Ob ein verfassungsänderndes Gesetz in einem korrekten Gesetzgebungsverfahren einschließlich der Anforderungen des Art. 79 Abs. 2 GG (also mit Zweidrittel-Mehrheiten) verabschiedet wurde und ob es den inhaltlichen Anforderungen des Art. 79 Abs. 3 GG (also der so genannten „Ewigkeitsklausel“) genügt, ist eine verfassungsrechtliche Frage. Das BVerfG kann diese auch prüfen und die Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers durchsetzen. Zum anderen kann Landesverfassungsrecht gegen das Grundgesetz verstoßen. Zwar genießen die Länder im Bundesstaat kraft ihrer Staatsqualität Verfassungsautonomie. Aber Letztere wird durch die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 GG beschränkt. Auch dies kann das BVerfG überprüfen: Landesrecht als Gegenstand einer Normenkontrolle i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG kann also auch Landesverfassungsrecht sein.

Schließlich sei noch ein Wort zu *ungeschriebenem Recht* gesagt. Normenkontrollen nach deutschem Recht beziehen sich grundsätzlich nur auf geschriebene Normen und also nicht auf Gewohnheits- oder Richterrecht. Sie sind also ein spezifisches Phänomen eines kontinentaleuropäischen Gesetzesstaats. Ihr Wesen liegt gerade darin, dass die geschriebenen Normen dieses Rechtssystems durch die Gerichte auf den Prüfstand kommen. Ungeschriebene Normen hingegen werden von der Rechtsprechung erst festgestellt bzw. sind als Richterrecht von der Rechtsprechung selbst kreiert. Soweit man hier überhaupt von Normen sprechen mag und also Normsetzung durch die Rechtsprechung anerkennt, bedeutet das für die Terminologie der Normenkontrolle: Wird solche Rechtsprechung durch Gerichte später in Frage gestellt, handelt es sich gleichsam um einen Akt der Normänderung bzw. -ergänzung und nicht der Normenkontrolle.

3. Verschiedene Maßstäbe unterschiedlicher Normenkontrollverfahren

Normenkontrollen unterscheiden sich nicht nur durch verschiedene Normen als Gegenstand der Kontrolle, sondern auch durch verschiedene Maßstäbe, an denen die Normen gemessen werden – wiederum mit Konsequenzen auch für die Zuständigkeit unterschiedlicher Gerichte.

Je nach Rang der zu überprüfenden Norm kommen verschiedene höherrangige Normen als Maßstab in Betracht. Das hängt mit dem Stufenbau der Rechtsordnung zusammen. Parlamentsgesetze werden nur am Verfassungsrecht gemessen, Verordnungen und Satzungen hingegen auch an den Parlamentsgesetzen. Hinzu kommt, dass Landesrecht auch an Bundesrecht (nicht aber umgekehrt) gemessen werden kann. Während sich die Gegenstände der Normenkontrollverfahren auf geschriebenes Recht beschränken, kommen als Maßstab auch ungeschriebene Normen in Betracht.

Umstritten ist, wie Kollisionen von Landesrecht mit der EMRK zu lösen sind. Formal ließe sich argumentieren, dass die EMRK ein Bundesgesetz ist und das Landesrecht nach

Art. 31 GG nachrangig.²⁰ Während indes Art. 31 GG die rigide Rechtsfolge anordnet, dass Landesrecht gebrochen wird, verfolgt das BVerfG einen „weichen“ Ansatz der Integration der EMRK in die deutsche Rechtsordnung.²¹ Obwohl die EMRK formal „nur“ den Rang eines „einfachen“ Bundesgesetzes hat, strahlt sie auf die Auslegung des Grundgesetzes aus. Die Integration erfolgt nicht regelhaft, sondern prinzipiengeleitet. Das sollte auch „zugunsten“ des Landesrechts gelten: Obwohl die EMRK formal als Bundesgesetz dem Landesrecht vorgeht, ist hier nicht der rigide Art. 31 GG anzuwenden, der nur für echte Normwidersprüche, nicht aber für Gewichtsverlagerungen bei den Grundrechten konzipiert ist.²² Letzteres zeigt Art. 142 GG als Sonderregelung gegenüber Art. 31 GG. Daraus ergibt sich, dass hier Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG in seiner ersten Variante (Verstoß eines Landesgesetzes gegen das Grundgesetz) und nicht in seiner zweiten Variante (Verstoß eines Landesgesetzes gegen ein Bundesgesetz) anzuwenden ist.

Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG ist auch ein Beispiel dafür, dass die jeweils anzuwendenden Maßstäbe nicht nur davon abhängen, welche Rechtsnormen von ihrem Rang her überhaupt als höherrangiges Recht in Frage kommen. Vielmehr ist für die einzelnen Verfahrensarten jedenfalls bei den spezifischen Normenkontrollen z.T. geregelt, welche Maßstäbe das Gericht anzulegen hat. Das führt z.T. allerdings wiederum zu Differenzierungen, die durch Auslegung wiederum korrigiert werden, um Lücken zu vermeiden. So ist nach dem Wortlaut des Grundgesetzes der Maßstab der Überprüfung von Landesrecht unterschiedlich geregelt für abstrakte Normenkontrollen einerseits und für konkrete Normenkontrollen andererseits. Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG kommt als Maßstab neben dem Grundgesetz auch „sonstiges Bundesrecht“ in Betracht, nach Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG hingegen neben dem Grundgesetz nur „Bundesgesetze“. Parallel unterscheidet der Wortlaut des Grundgesetzes auch beim Gegenstand dieser Verfahren zwischen „Bundesrecht oder Landesrecht“ (bei der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) und „Gesetz“ (bei der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG) bzw. „Landesgesetz“ (vgl. Art. 100 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG). Während das BVerfG diesen Unterschied hinsichtlich des Verfahrensgegenstandes beim Wort nimmt (dazu ausführlich unter IV.), nivelliert es ihn hinsichtlich des Verfahrensmaßstabs. Danach ist Maßstab für die Überprüfung von Landesgesetzen bei beiden Verfahrensarten jeweils das gesamte (gegebenenfalls also auch untergesetzliche) Bundesrecht.²³ Das BVerfG stellt dabei ausdrücklich auf den „Sinn des Art. 100 Abs. 1 GG“ ab und schließt seine Argumente mit dem be-

²⁰ So März, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, zu Art. 31 Rn. 33 und Walter, in: Grote/Maruhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 31 Rn. 17.

²¹ S.o. Fn. 16.

²² Koriath, in: Maunz/Dürig, GG, 50. Lfg., zu Art. 31 Rn. 13 (zur EMRK allerdings ebd. Rn. 19; hierzu speziell Michael/Morlok [Fn. 4], Rn. 116).

²³ BVerfG, Urt. v. 20.5.1952 – 1 BvL 4/51 (Ladenschlussgesetze) = NJW 1952, 737; zust. Wieland, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 100 Rn. 28.

merkwürdigen Satz: „Der Wortlaut des Art. 100 Abs. 1 Satz 2, zweite Alternative GG kann demgegenüber nicht ins Gewicht fallen.“²⁴

Mit diesem (beispielhaften) Zitat lässt sich auch ein Zwischenfazit für den ersten Teil dieses Beitrags ziehen. Es kommt also auf den Sinn der jeweiligen prozessrechtlichen Vorschriften an, der freilich differenziert zu betrachten ist. Deshalb lohnt eine vertiefte Beschäftigung mit den Funktionen der Normenkontrollen und deren Systematik. Die Konsequenzen werden im zweiten Teil zu ziehen sein, wenn es um die Einzelfragen der Zulässigkeit, der Begründetheit und der Konsequenzen der einzelnen Normenkontrollverfahren gehen wird.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 20.5.1952 – 1 BvL 4/51 (Ladenschlussgesetze) = BVerfGE 1, 283 (292).

Einführung: Einbeziehung Dritter in Schuldverhältnisse und Drittschadensliquidation

Von Wiss. Mitarbeiter **Daniel Iden**, Passau

Dieser Beitrag richtet sich an Studenten der ersten Semester und dient insbesondere zur Vorbereitung der Zwischenprüfungsklausuren. Er soll einen Überblick über die Möglichkeit der Einbeziehung Dritter in Schuldverhältnisse geben. Zum besseren Verständnis wird die Abgrenzung zur Drittschadensliquidation erläutert.

I. Einführung

Ansprüche können auf verschiedene Arten entstehen. Am häufigsten werden Ansprüche durch den Abschluss eines Vertrags oder durch deliktisches Verhalten begründet. Doch gerade deliktische Ansprüche (§§ 823 ff. BGB) haben den Nachteil, dass sie oft an den hohen tatbestandlichen Anforderungen oder Beweislastfragen scheitern und damit nur schwer begründet, bzw. geltend gemacht werden können. Es wird daher, im Gegensatz zu den vertraglich begründeten Ansprüchen, auch vom schwachen, lückenhaften Deliktsrecht gesprochen.¹ Um diese Nachteile auszugleichen, wurden durch Literatur und Rechtsprechung Rechtsinstitute, wie etwa die „Drittschadensliquidation“ oder das nachträgliche „Einbeziehen Dritter in Schuldverhältnisse“ geschaffen.²

Das Einbeziehen Dritter in Schuldverhältnisse kann zum einen durch das Rechtsinstitut *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* und zum anderen durch § 311 Abs. 3 BGB geschehen. Durch diese vertragsähnlichen Sonderverbindungen sollen die immanenten Nachteile des Deliktsrechts ausgeglichen werden.³ Ein ähnliches Ziel wird mit der Drittschadensliquidation verfolgt, welche aber eine Sonderrolle einnimmt und keine klassische Einbeziehung Dritter in Schuldverhältnisse darstellt. Auch sie hat ihren Ursprung in der „Schwäche des Deliktsrechts“ und soll einen entstandenen Schaden interessengerecht ausgleichen.

II. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Ausgangspunkt für die Entwicklung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist die Grundüberlegung, dass als Folge der vertraglichen Verbindung zwischen Gläubiger und Schuldner ein „gesteigerter sozialer Kontakt“ entsteht.⁴ Dies hat zur Folge, dass für die Vertragsparteien eine größere, schützenswerte Rechtssphäre entsteht, die sie zu beachten haben, was etwa § 241 Abs. 2 BGB zeigt.⁵ Durch diese Er-

weiterung erhöht sich aber auch das Risiko einer Schädigung der jeweils anderen Vertragspartei. Die erhöhte Gefahr erstreckt sich aber nicht nur direkt auf die andere Vertragspartei, sondern auch auf alle Personen, die für diese tätig werden und mit der Leistungshandlung oder dem Leistungserfolg in Berührung kommen, denn sie sind dem Risiko einer Schädigung oftmals in gleicher Weise ausgesetzt.⁶ Im Gegensatz zu den eigentlichen Vertragsparteien wäre dieser Dritte aber nicht durch vertragliche Schadensersatzansprüche geschützt, sondern nur durch das schwache Deliktsrecht.⁷

Um dieser Problematik zu begegnen, hat das damalige Reichsgericht schon früh über eine Analogie zu § 328 BGB versucht, eine vertragliche Anspruchsgrundlage für solche Fälle zu konstruieren.⁸ Der BGH hat sich diesem Modell angeschlossen und die Grundsätze dieser Rechtsprechung übernommen. Ein vertraglicher Anspruch wird nunmehr aber nach den Prinzipien der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB abgeleitet.⁹ Die Literatur hingegen geht in erster Linie von Gewohnheitsrecht, bzw. auf § 242 BGB beruhender richterlicher Rechtsfortbildung aus.¹⁰

Auf den mit der Schuldrechtsmodernisierung im Jahre 2002 eingeführten § 311 Abs. 3 S. 1 BGB lässt sich der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entgegen einiger Stimmen der Literatur¹¹ jedoch nicht stützen. Der Gesetzgeber möchte diese Vorschrift nur in Konstellationen anwenden, die mit der in § 311 Abs. 3 S. 2 BGB genannten vergleichbar sind.¹² Hiernach ist nur die Haftung des Verhandlungsgehilfen, bzw. des Vertreters im Zusammenhang mit culpa in contrahendo vom Anwendungsbereich erfasst.¹³

Hinweis: In der Fallprüfung müsste nicht in diesem Umfang auf die Herleitung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eingegangen werden. Zu beachten ist jedoch, dass sich der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht einfach aus dem Gesetz ergibt und daher zumindest auf eine der genannten Herleitungen gestützt werden muss.

¹ Musielak, Grundkurs BGB, 9. Aufl. 2005, Rn. 896, der von den Nachteilen des Deliktsrecht spricht; Jagmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 328 Rn. 84 m.w.N.

² Hierzu zählt auch die Haftung bei Vertragsschluss „culpa in contrahendo“, welche durch die Schuldrechtsmodernisierung im Jahre 2002 mittlerweile in § 311 Abs. 2 BGB gesetzlich normiert wurde.

³ Jagmann (Fn. 1), § 328 Rn. 84.

⁴ BGH NJW 1968, 885 (887); Looschelders, Schuldrecht AT, 5. Aufl. 2007, Rn. 198; Jagman (Fn. 1), § 328 Rn. 83.

⁵ Deutlich wird dies durch die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Verletzung von Schutz- oder Rücksichtnahmepflichten zu verlangen, etwa nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

⁶ Jagmann (Fn. 1), § 328 Rn. 83.

⁷ Diese grundlegend schlechtere Stellung wird etwa durch die Möglichkeit einer Exkulpation im Rahmen von § 831 BGB bestätigt.

⁸ Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter, S. 183, mit ausführlichen Erläuterungen zu den Reichsgerichtsentscheidungen.

⁹ U.a. BGHZ 56, 269; Jagmann (Fn. 1), § 328 Rn. 85 m.w.N.

¹⁰ So etwa Musielak (Fn. 1), Rn. 896; Jagmann (Fn. 1), § 328 Rn. 91; Bayer (Fn. 8), S. 191.

¹¹ U.a. Looschelders (Fn. 4), Rn. 202.

¹² BT-Drs. 16/6040, S. 163; so auch etwa Heinrichs, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 65. Aufl. 2006, § 311 Rn. 60 a.E.; Jagmann (Fn. 1), § 328 Rn. 92; s.a. Musielak (Fn. 1), Rn. 896 a.E.

¹³ A.A. Olzen, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, Einleitung zum Schuldrecht, Rn. 217.

Die Grundkonstellation beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter setzt sich somit neben dem Gläubiger und Schuldner auch aus einer dritten, schützenswerten Person zusammen, die eigentlich nicht Partei des ursprünglichen Vertrags sein sollte. Daher ist der „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ von Verträgen abzugrenzen, bei denen von vornherein mehrere Personen beteiligt sind, die jeweils in den Genuss der Haupt- und Nebenpflichten kommen sollen. Dies ist zum Beispiel bei einem Mietvertrag zwischen einem Vermieter und mehreren, gleichberechtigten Mietern gegeben.

Um den Kreis der Anspruchsberechtigten nicht uferlos auszuweiten und die Grenze zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung nicht zu verwischen,¹⁴ sind an die Haftung weitere Kriterien geknüpft.¹⁵

1. Schutzbedürftigkeit

Zunächst ist zu klären, ob der in Frage kommende Dritte nicht schon einen direkten vertraglichen Anspruch gegen den Schuldner hat. Nur wenn der Dritte keinen vertraglichen Anspruch hat, ist der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter notwendig (sog. Schutzbedürftigkeit).¹⁶ Ein deliktischer Anspruch ist nicht ausreichend, um die Schutzbedürftigkeit zu verneinen, da die Schwäche des Deliktsrechts durch den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gerade ausgeglichen werden soll.

2. Leistungsnähe

Darüber hinaus muss grundsätzlich ein Bezug zur vertraglichen Leistung gegeben sein (sog. Leistungsnähe). Der Dritte muss mit der Leistung *bestimmungsgemäß* in Berührung gekommen sein, mit der Folge, dass sich dieser in gleicher Weise wie der eigentliche Vertragspartner den Gefahren der Leistung ausgesetzt hat.¹⁷ Diese Leistungsnähe liegt etwa bei einem Arbeiter in einem Warenannahmelager vor, der durch eine Lieferung an seinen Arbeitgeber verletzt wird. Weitere Beispiele für gegebene Leistungsnähe: Partner oder Hausangestellte des Mieters bei einem Mietvertrag; Kind, welches ein Elternteil beim Einkauf begleitet; Eigentümer des eines PKWs, der von einem Abschleppdienst auf polizeiliche Anordnung abgeschleppt wird.

Ein zufälliger und somit nicht bestimmungsgemäßer Kontakt mit der Leistung kann keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter begründen.¹⁸

3. Gläubignähe

Ein zusätzliches Kriterium ist, dass der Gläubiger der Leistung (Leistungsempfänger) ein Interesse daran haben muss, dass auch gegenüber dem Dritten sorgfältig geleistet wird (sog. Gläubignähe). Der Gläubiger hat ein Interesse am Schutz des Dritten, wenn er gegenüber dem Dritten zu Schutz und

Fürsorge verpflichtet ist oder sich aus einem anderen Rechtsgrund (etwa Vertrag) besondere Schutzpflichten ergeben.

Dies ist in der Regel entweder für Erfüllungsgehilfen gegeben (§ 278 BGB) oder wenn zwischen dem Gläubiger der Leistung und dem geschädigten Dritten eine Geschäftsbeziehung besteht,¹⁹ aber auch wenn der Dritte in sozialer Abhängigkeit im Bereich des Familien-, Arbeits- oder Sozialrechts im vertraglichen Gefahrenkreis des Gläubigers tätig wird.²⁰

Eine weitere Fallgruppe ergibt sich aus den Verhältnissen, bei denen die Leistung zwischen Gläubiger und Schuldner auch Dritten gegenüber wirkt.²¹ Dies kann etwa bei Gutachterverträgen oder Beratungsverträgen der Fall sein, auf deren Wertigkeit der Dritte vertraut.

4. Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises

Eine weitere wichtige Einschränkung ist die subjektive Vorhersehbarkeit für die andere Vertragspartei (sog. Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises). Ein vertragliches Haftungsrisiko wäre unbillig, wenn der Kreis der geschützten Dritten für den Schuldner vorher nicht kalkulierbar ist. Dies setzt jedoch nicht voraus, dass alle Berechtigten schon konkret bekannt sind. Vielmehr reicht es bereits aus, dass die möglicherweise vom Schutz erfasste Personengruppe klar überschaubar und abgrenzbar ist.²²

Beispiele: Wertgutachten betreffen insbesondere Kreditgeber, Investoren, Käufer, aber auch den möglichen Bürgen; minderjährige Kinder, die ihre Eltern beim Einkauf begleiten; Arbeitnehmer des Gläubigers, wenn sie etwa die Leistung entgegennehmen oder einsetzen.

5. Umfang des Anspruches

Früher ging man davon aus, dass der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nur Personenschäden erfasst. Heute ist auch anerkannt, dass Sach- und vor allem Vermögensschäden ersatzfähig sind, wenn sie aufgrund einer verletzten Schutz- oder Rücksichtnahmepflicht entstanden sind.²³ Unter Umständen kann sich die Schutzwirkung auch für Leistungspflichten ergeben, wenn die Leistungspflicht in einem direkten Verhältnis zum Dritten steht.²⁴ Dies liegt beispielsweise bei Beratungsgesprächen vor, wenn sich ein Erblasser bei einem Rechtsanwalt zu seinem Testament beraten lässt. Der

¹⁴ BGHZ 51, 91; 133, 168; *Looschelders* (Fn. 4), Rn. 204.

¹⁵ BGHZ 133, 168, ausführliche Erläuterung zu den einzelnen Voraussetzungen für den Vertrag zugunsten Dritter.

¹⁶ BGHZ 133, 168.

¹⁷ *Jagmann* (Fn. 1), § 328 Rn. 98.

¹⁸ „Salatblattfall“ BGHZ 66, 51.

¹⁹ Die frühere Einschränkung nach dem Prinzip des „Wohl- und Wehe-Verhältnisses“ gilt als zu eng und wurde mittlerweile aufgegeben; s.a. *Jagmann* (Fn. 1), § 328 Rn. 100.

²⁰ *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 328 Rn. 179.

²¹ U.a. BGHZ 127, 378.

²² Vgl. *Looschelders* (Fn. 4), Rn. 208; *Jagmann* (Fn. 1), § 328 Rn. 105.

²³ *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, Kommentar, 65. Aufl. 2006, § 328 Rn. 15.

²⁴ Vgl. *Gottwald* (Fn. 20), § 328 Rn. 175; bei Beratungen von einem RA u.a. BGH NJW 95, 52; ärztliche Beratung u.a. BGHZ 89, 104; *Grüneberg* (Fn. 23), § 328 Rn. 15; abl. *Looschelders* (Fn. 4), Rn. 213.

möglicherweise testamentarisch Begünstigte ist dann ebenfalls von der Beratungsleistung betroffen und befindet sich daher im Schutzbereich des Vertrages. Zu beachten ist in jedem Fall das mögliche eigene Mitverschulden des Dritten im Rahmen von § 254 BGB, wodurch der Anspruch entsprechend gekürzt werden kann.

Umstritten ist jedoch, ob sich der Dritte auch das mögliche Mitverschulden des Gläubigers (Leistungsempfänger) entgegenhalten lassen muss. Die herrschende Meinung leitet aus einer Analogie zu § 334 BGB eine Anrechnung dieses Mitverschuldens her.²⁵ Zutreffend wird dies jedoch von einigen Stimmen der Literatur abgelehnt: Durch den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entsteht eine eigene Sonderverbindung des Dritten mit dem Schuldner (Leistenden). Es muss daher bei den allgemeinen, schuldrechtlichen Zurechnungskriterien bleiben, wonach eine Zurechnung des Mitverschuldens des Gläubigers nur erfolgt, wenn dieser als Erfüllungsgehilfe oder gesetzlicher Vertreter angesehen werden kann (§§ 254 Abs. 2, 278 BGB)²⁶. Somit muss sich der Dritte grundsätzlich nur eigenes Verschulden anrechnen lassen.

Hinweis: Da diese Frage sehr umstritten ist, muss dieser Meinungsstreit in der Fallbearbeitung ausführlich dargestellt und entschieden werden.

*Anwendungsbeispiel für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter:*²⁷ Mutter M geht mit ihrer 6jährigen Tochter T in den Supermarkt der S-GmbH, um den Wocheneinkauf zu erledigen. Dabei rutscht T in der Obst- und Gemüseabteilung auf einer Bananenschale aus und verletzt sich. Die Abteilung wird durch die zuverlässige Reinigungsfachkraft R regelmäßig gereinigt. Welche Ansprüche der T existieren gegen die S-GmbH?

Zunächst scheidet ein vertraglicher Anspruch der minderjährigen T gegen die S-GmbH mangels Vertrages aus. Auch ein direkter vorvertraglicher Anspruch aus culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) ist nicht gegeben, da die geschäftsunfähige T mit der S-GmbH keinen Vertrag abschließen kann. Die Schutzbedürftigkeit ist daher mangels eines eigenen vertraglichen Anspruchs gegeben. Darüber hinaus scheidet auch der deliktische Anspruch aus.²⁸

²⁵ S. u.a. BGHZ 33, 247; 127, 378; *Jagmann* (Fn. 1), § 328 Rn. 109; *Grüneberg* (Fn. 23), § 328 Rn. 20.

²⁶ *Looschelders* (Fn. 4), Rn. 211; differenzierender *Gottwald* (Fn. 20) § 328 Rn. 196 ff.

²⁷ BGHZ 66, 51, s.a. BGH NJW 1976, 712.

²⁸ Es kommt nur ein Anspruch der T gegen die S-GmbH aus § 823 Abs. 1 BGB in Betracht. Da jedoch die schädigende Handlung nicht von der S-GmbH verursacht worden ist, bedarf es einer Zurechnung über § 831 Abs. 1 BGB. Die Abteilung wird durch die überwachte und eigentlich zuverlässige R gereinigt. Daher scheidet ein Anspruch aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB aus, da sich die S-GmbH exkulpieren kann gem. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB. Darüber hinaus spielt es bei der Schutzbedürftigkeit keine Rolle, ob der deliktische Anspruch erfüllt ist – entscheidend ist die Existenz eines vertraglichen Anspruchs.

In Betracht kommt jedoch ein Anspruch der T aus culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB), wenn sie in das vorvertragliche Schuldverhältnis aus culpa in contrahendo der M mit einbezogen wurde. Die Schutzwirkung beginnt grundsätzlich auch schon bei der Vertragsanbahnung.

Die Leistungsnähe ist gegeben, wenn die Tochter mit der Leistung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses bestimmungsgemäß in Berührung gekommen ist. Grundsätzlich soll eine sichere Umgebung zum Einkaufen gewährleistet werden. Mit dieser Leistung kommt T auch in Berührung.

M hat ebenfalls ein Interesse an der sorgfältigen Leistung. Das Interesse an einer sicheren Umgebung bezieht sich nicht nur auf sie selbst, sondern auch auf ihre Tochter T, zu der sie durch die familiäre Bindung eine besondere persönliche Nähe hat.

Dies ist für die S-GmbH auch erkennbar. Eine Mutter, die mit ihren Kindern einkaufen geht, ist nicht unüblich und daher für die S-GmbH kalkulierbar.

T hat daher einen Anspruch über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB gegen die S-GmbH.

III. Besonderes Vertrauen nach § 311 Abs. 3 BGB

§ 311 Abs. 3 BGB stellt neben dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eine weitere Möglichkeit dar, eine vertragsähnliche Sonderverbindung mit einem Dritten herzustellen.

§ 311 Abs. 3 S. 1 BGB stellt zunächst nur fest, dass ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch mit einem nicht am Vertrag beteiligten Dritten entstehen kann. Der Aussagewert dieser Normierung darf bezweifelt werden,²⁹ da diese Erkenntnis schon vor der Einführung des § 311 Abs. 3 BGB gefestigte Rechtsauffassung war.³⁰ Erst durch § 311 Abs. 3 S. 2 BGB, der die Eigenhaftung von Vertretern und Verhandlungsgehilfen, aber auch von Sachwaltern betrifft, werden die Kriterien deutlich, die für die Anwendung relevant werden. Hieraus ergibt sich, dass der Dritte ein besonderes Vertrauen für sich in Anspruch genommen haben muss.

Über § 311 Abs. 3 BGB wird somit ein weiterer Anspruchsgegner (Dritter) geschaffen, der sonst nur über das Deliktsrecht haften würde, verbunden mit den oben genannten Nachteilen für den Anspruchsinhaber. Im Gegensatz zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist im Falle des § 311 Abs. 3 BGB der Dritte nicht Geschützter, sondern ein zusätzlich Haftender.

Die Regelung des § 311 Abs. 3 BGB ist noch nicht abschließend und soll nach dem Wunsch des Gesetzgebers durch Rechtsprechung und Literatur weiter ausgestaltet werden.³¹

²⁹ Hierzu *Jagmann* (Fn. 1), § 328 Rn. 109 m.w.N.; zur Problematik, ob dadurch der Vertrag mit Schutzwirkung Dritter geregelt werden sollte s.o.

³⁰ BGHZ 88, 67 (68).

³¹ BT-Drs. 16/6040, S. 163.

1. Vertreter und Verhandlungshelfen

§ 311 Abs. 3 S. 2 BGB setzt voraus, dass der Dritte ein besonderes persönliches Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat. Daraus folgt, dass der Dritte über das normale Verhandlungstrauen hinaus eine persönliche Gewähr für Seriosität und Erfüllung für sich in Anspruch nimmt.³² Dies trifft etwa auf Erklärungen zu, die einer Garantie ähneln oder die Seriosität des Geschäfts bekräftigen sollen (Beispiel: „Ich verbürge mich [...]“, o.ä.).³³

Dieses persönliche Vertrauen muss darüber hinaus zu dem Willensentschluss der vertragsschließenden Partei erheblich beitragen, bzw. von besonderer Bedeutung sein. Es muss also eine Kausalität zwischen dem besonderen Vertrauen auf der einen und dem Vertragsschluss auf der anderen Seite bestehen.³⁴

Die Haftung des Dritten ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn dieser neben dem besonderen persönlichen Vertrauen auch ein wirtschaftliches Interesse an dem Vertragsabschluss hat. Es wäre unbillig, eine vertragsähnliche Haftung herzustellen und damit das Haftungsrisiko für den Dritten zu erhöhen, wenn er auf der anderen Seite keine wirtschaftlichen Vorteile genießt. Der Dritte muss also als Quasi-Partei, wirtschaftlicher Herr oder Interessenträger des Geschäfts gesehen werden, um die Haftung nach § 311 Abs. 3 S. 2 BGB zu begründen.³⁵ Ein indirekter wirtschaftlicher Vorteil, der etwa durch die Zahlung einer Provision gegeben sein kann, reicht nicht aus.³⁶

*Beispielfall:*³⁷ A möchte beim Autohändler H ein Fahrzeug kaufen. Da H die Möglichkeit einer Inzahlungnahme anbietet, gibt A sein altes Auto in Zahlung. In dem Vertrag vereinbaren beide, dass H das Fahrzeug im Namen und im Auftrag des A verkaufen und übereignen soll. H stellt anschließend das Auto auf seinem Verkaufsgelände ab und bietet es zum Verkauf an. Als B das Auto dort sieht, ist er begeistert. Es kommt zu einem Kaufvertrag, bei dem H – nach Offenlegung des Verhältnisses zwischen A und H – im Namen von A unterschreibt. Einige Wochen später stellt sich im Rahmen einer Untersuchung in der Werkstatt heraus, dass das Fahrzeug einen älteren, schweren Unfallschaden hat und nicht mehr für den Straßenverkehr zulässig ist. B möchte nun gegen H vorgehen und Schadensersatz für die entstandenen Kosten verlangen.

Aufgrund der wirksamen Stellvertretung ist der Vertrag mit A zustande gekommen und nicht mit H. Direkte vertragliche Ansprüche gegen H scheiden somit grundsätzlich aus. Es kommt daher nur ein Schadensersatzanspruch nach § 311 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in

Betracht. Hierfür müsste H ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen haben und ein wirtschaftliches Interesse an dem Verkauf haben.

Das besondere persönliche Vertrauen folgt aus der Eigenschaft als Autohändler. B geht grundsätzlich davon aus, dass er bei einem schwerwiegenden Schaden, wie im vorliegenden Fall, entsprechend von H aufgeklärt wird. Dies ist hier nicht geschehen. B hat darauf vertraut und ist deshalb den Kaufvertrag eingegangen. Auch hat H ein wirtschaftliches Interesse am Vertrag zwischen A und B. Den Erlös nimmt H an, um den gewährten Nachlass durch die Inzahlungnahme auszugleichen.

Daher ist zwischen B und H ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB entstanden. B kann somit von H die angefallenen Kosten erstattet verlangen.

2. Sachwalterhaftung

§ 311 Abs. 3 S. 2 BGB erfasst im Speziellen die Haftung von Sachverständigen oder anderer „Auskunftspersonen“, die zwar kein eigenes Interesse an einem Vertragsabschluss haben, jedoch durch ihre Äußerungen entscheidend zum Vertragsabschluss beitragen, weil sich der Geschädigte auf ihre Objektivität und Neutralität verlassen hat.³⁸ Man spricht von den sogenannten Sachwaltern. Ausgerichtet ist diese Vorschrift auf Gutachter, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und andere Personen, die beratend oder gutachterlich tätig werden. Diese Fallgruppe wurde bisher im Bereich des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gesehen.³⁹ Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass mit § 311 Abs. 3 S. 2 BGB wohl nur eine zusätzliche Möglichkeit geschaffen werden sollte, um auch Fälle zu erfassen, die nicht unter den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter fallen.⁴⁰

IV. Drittschadensliquidation

Der Schutz für einen Dritten kann neben dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unter bestimmten Voraussetzungen auch über die Drittschadensliquidation erfolgen.

1. Einführung in die Drittschadensliquidation

Auch die Drittschadensliquidation hat ihren Ursprung in der Schwäche des Deliktsrechts und soll eine „zufällige“ Schadensverlagerung interessengerecht ausgleichen.

Die Grundkonstellation der Drittschadensliquidation besteht aus Gläubiger, Schuldner und einer dritten geschädigten Person, die jedoch keinen eigenen Anspruch gegen den Schuldner hat. Der eigentliche Gläubiger, dem grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch zustehen könnte, hat jedoch keinen Schaden erlitten. Diese zufällige Aufspaltung soll dem

³² Gehrlein/Sutschet, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 311 Rn. 115; BGHZ 88, 67 (69).

³³ BGHZ 63, 382; 79, 281; Heinrichs (Fn. 12), § 311 Rn. 63 m.w.N.

³⁴ Looschelders (Fn. 4), Rn. 215.

³⁵ Heinrichs (Fn. 12), § 311 Rn. 61.

³⁶ BGHZ 88, 67 (69).

³⁷ Nach BGHZ 79, 281.

³⁸ BT-Drs. 16/6040, S. 163.

³⁹ BGH, Urt. v. 12.1.2011 – VIII ZR 346/09.

⁴⁰ BT-Drs. 16/6040, S. 163 a.E.; nur für Fälle der c.i.c., BGH, Urt. v. 12.1.2011 – VIII ZR 346/09; ausschließlich für diesen Weg etwa Looschelders (Fn. 4), Rn. 207a a.E.

Schädiger nicht zu Gute kommen.⁴¹ Um den Schaden interessengerecht ausgleichen zu können, wurde von Rechtsprechung und Literatur die Drittschadensliquidation entwickelt.

Hieraus ergibt sich bereits, dass die Drittschadensliquidation nicht heranzuziehen ist, wenn der Dritte gegen den Schädiger einen direkten Anspruch hat, weil der Dritte in diesem Fall nicht schutzbedürftig ist.

Anspruchsinhaber ist nicht der geschädigte Dritte, sondern derjenige, in dessen Rechtsposition eingegriffen wurde.⁴² Um den Anspruch verwirklichen zu können, wird der Schaden zur Anspruchsgrundlage gezogen. Der Gläubiger des Schuldners, bzw. der Inhaber der Rechtsposition, macht den begründeten Schadensersatzanspruch für den geschädigten Dritten geltend („liquidiert“ den Schaden des Dritten).⁴³

Beispielsfall: A hat gegen B einen Herausgabeanspruch über eine Sache aus einem Verwahrungsverhältnis, die eigentlich C gehört. Wenn B die Sache nun nicht mehr herausgeben kann, ist in die Rechtsposition des A eingegriffen worden, da der Herausgabeanspruch nicht mehr erfüllt wird. Einen Schaden hat A aber nicht, da ihm die Sache gar nicht gehörte. Nur C hat einen Schaden. Dieser Schaden wird daher zum Anspruch des A gezogen (sollte C keinen eigenen Anspruch haben). A liquidiert dann den Schaden des C bei B.

Der Gläubiger, bzw. Anspruchsinhaber, kann auf Leistung von Schadensersatz an sich selbst oder direkt an den Geschädigten klagen.⁴⁴

Der geschädigte Dritte kann vom Anspruchsinhaber die Abtretung des Schadensersatzanspruches nach § 285 BGB verlangen, wenn zwischen diesen ein Vertragsverhältnis vorliegt. Ist dies nicht der Fall, wird der Rechtsgedanke des § 285 BGB entsprechend herangezogen: Der Anspruch wird von der Rechtsordnung nur zum Zwecke der Schadensausgleichung zugunsten des Dritten gewährt und soll daher nur diesem zur Verfügung stehen.⁴⁵

Der Dritte hat daher auch das Recht, auf den Anspruch zu verzichten, mit der Folge, dass der eigentliche Anspruchsinhaber ebenfalls nicht mehr in der Lage ist, den Anspruch geltend zu machen.⁴⁶

Der Dritte muss sich Einwendungen des Schädigers gegen den Gläubiger (etwa Haftungserleichterungen oder dessen Mitverschulden nach § 254 BGB), aber auch gegen ihn direkt

(insbesondere eigenes Mitverschulden nach § 254 BGB) entgegenhalten lassen.⁴⁷

Da die Drittschadensliquidation eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts darstellt, muss die Anwendung restriktiv erfolgen.⁴⁸ Aus diesem Grund wurden für die Anwendung der Drittschadensliquidation Fallgruppen gebildet.

2. Fallgruppen

a) Mittelbare Stellvertretung⁴⁹

Bei der mittelbaren Stellvertretung schließt jemand einen Vertrag im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung ab.⁵⁰ Der mittelbare Stellvertreter ist somit direkter Vertragspartner, auch wenn die wirtschaftlichen Folgen einen Dritten treffen. Tritt nun aber ein Schaden durch den Vertragspartner des mittelbaren Stellvertreters auf, so hat letzterer einen vertraglichen Anspruch auf Schadensersatz. Den eigentlichen Schaden trägt aber der Dritte, auf dessen Rechnung das Geschäft zwischen Gläubiger (mittelbarer Stellvertreter) und Schädiger abgeschlossen wurde.

Um diese zufällige Verteilung von Anspruch und Schaden auszugleichen, werden daher die Grundsätze der Drittschadensliquidation herangezogen. Der Schädiger soll nicht aus der Haftung entlassen werden, nur weil der Vertragspartner eben nicht auf eigene Rechnung den Vertrag abgeschlossen hat. Der Schaden wird daher zum mittelbaren Stellvertreter gezogen.

Beispielsfall: Die H-GmbH ist Hersteller für Spielwürfel. Um den Bedarf an Polycarbonatgranulat zu decken, wird Kommissionär K damit beauftragt, das Kunststoffgranulat einzukaufen. K wird beim Chemieunternehmen C fündig und schließt einen Vertrag auf Lieferung des Granulats im eigenen Namen auf Rechnung der H-GmbH ab. Nach der Verarbeitung bei H stellt sich heraus, dass die Würfel aufgrund eines Fehlers bei der Herstellung des Granulats brüchig sind und nicht verwendet werden können. Der H-GmbH entsteht dadurch ein erheblicher Schaden.

Die H-GmbH hat keinen Anspruch gegen C, da es kein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien gibt und deliktische Ansprüche ebenfalls im vorliegenden Fall nicht in Frage kommen. Auch gegen K hat die H-GmbH keinen Anspruch, da dieser seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. Nur K als direkter Vertragspartner von C hat einen Anspruch aus dem Gewährleistungsrecht. Er jedoch hat keinen Schaden.

Ein interessengerechter Ausgleich kann nur nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation erreicht werden. Hiernach wird der Schaden der H-GmbH zum Anspruch des

⁴¹ BGHZ 133, 31; *Schubert*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 249 Rn. 154; *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 289.

⁴² *Schubert* (Fn. 41), § 249 Rn. 157; *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 294.

⁴³ *Schiemann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, Vor § 249 Rn. 67.

⁴⁴ BGH NJW 1989, 452; NJW-RR 1987, 880; OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 591; *Oetker* (Fn. 42), § 249 Rn. 294.

⁴⁵ *Schiemann* (Fn. 43), Vor § 249 Rn. 67.

⁴⁶ *Oetker* (Fn. 42), § 249 Rn. 295.

⁴⁷ *Schubert* (Fn. 41), § 249 Rn. 157; *Schiemann* (Fn. 43), Vor § 249 Rn. 67; *Oetker* (Fn. 42), § 249 Rn. 294.

⁴⁸ *Looschelders* (Fn. 4), Rn. 944.

⁴⁹ So etwa BGHZ 25, 250; 133, 36.

⁵⁰ Die Bezeichnung mittelbare Stellvertretung ist gefährlich, da wegen dem Abschluss im eigenen Namen ja gerade kein Fall der Stellvertretung vorliegt.

K gezogen. K macht somit den Anspruch für die H-GmbH gegen C geltend.

b) Treuhandverhältnisse⁵¹

Die Grundkonstellation bei Treuhandverhältnissen besteht aus einem Treugeber, der einem Treuhänder einen Teil seines Vermögens (Treugut) überträgt, um es von ihm verwalten zu lassen.

Wird das Treugut nun durch einen Dritten geschädigt, tritt der Schaden beim Treugeber ein, weil dem Treuhänder das Vermögen nicht oder zumindest nicht wirtschaftlich gehört. Der Treugeber könnte seine Ansprüche nur mit Hilfe des Deliktsrechts verwirklichen, was bei Vermögensschäden nur schwer möglich ist (nur unter den hohen Voraussetzungen des § 826 BGB). Es findet erneut eine zufällige Verlagerung des Schadens statt, die durch die Drittschadensliquidation korrigiert werden soll.

Relevanz hat diese Fallgruppe in der Regel nur, wenn zwischen dem schädigenden Dritten und dem Treuhänder ein vertragliches Verhältnis besteht.

Beispielsfall: Millionär M möchte für ein paar Jahre in der Südsee entspannen. Die Verwaltung seines erheblichen Vermögens überträgt er F, der das Geld gewinnbringend anlegen soll. Im Treuhandvertrag zwischen F und M wird die Haftung ausgeschlossen. Aufgrund einer falschen Anlageberatung des Beraters B verliert ein von F angelegtes Aktienpaket 50 % des Wertes.

F kann daher nur einen Teil des ihm anvertrauten Geldes zurückgeben. M hat hierdurch einen (Vermögens-)Schaden erlitten. Ein Anspruch gegen F scheidet aufgrund des Haftungsausschlusses aus. Einen direkten Anspruch gegen B hat M ebenfalls nicht, da zwischen ihnen weder ein vertragliches Verhältnis besteht, noch deliktische Ansprüche gegeben sind. F hingegen hat einen Anspruch gegen B aus dem Beratungsvertrag; jedoch hat er keinen Schaden, weil ihm das verwaltete Geld wirtschaftlich nicht gehört. Es wäre unbillig, dass der Schädiger (B) hiervon profitiert. Ein interessengerechter Ausgleich kann daher nur nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation erfolgen. Der Schaden des M wird deshalb zum Anspruch des F gezogen, der dann den Schadensersatzanspruch geltend macht.

c) Obhutsverhältnisse⁵²

Grundsätzlich gilt die Fallgruppe der Obhutsverhältnisse für Sachen, die ein Besitzer (aber nicht Eigentümer) einem Dritten auf Grundlage eines Vertrages anvertraut.

Geht die Sache nun verloren oder wird in sonstiger Weise beschädigt, erleidet grundsätzlich der Eigentümer den Schaden. Er hat gegen den Dritten aber keinen vertraglichen Anspruch und wird daher auf das Deliktsrecht verwiesen. Es gilt grundsätzlich das im Rahmen der Treuhandverhältnisse Er-

läuterte. Auch hier soll der Schädiger nicht besser stehen, nur weil die anvertraute Sache nicht dem Besitzer, sondern dem Eigentümer gehört.

Beispielsfall: G leiht sich von ihrer Freundin D einen teuren Nerzmantel, um am Abend in der Oper gut auszusehen. Dort gibt sie den Mantel vor Beginn der Vorstellung gegen eine Gebühr von 2 € an der Garderobe ab. Als sie nach der Vorstellung den Mantel abholen will, wird ihr gesagt, dass dieser nicht mehr vorhanden sei. Der Geschäftsführer der Oper ist untröstlich und etwas ratlos, weil das Personal an der Garderobe immer zuverlässig war und regelmäßig überprüft wurde.

D als Eigentümerin des Mantels hat einen Schaden, aber keinen Anspruch gegen den Träger der Oper. Schuldrechtliche Ansprüche scheiden mangels Vertrag zwischen D und dem Träger der Oper aus. Der deliktische Anspruch scheidet an der Exkulpation nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB. D hat auch keinen Anspruch gegen G aus dem Leihvertrag, da G kein Verschulden trifft.

G hat jedoch einen vertraglichen Anspruch gegen den Träger der Oper aus der entgeltlichen Verwahrung über §§ 280 Abs. 1, 278 BGB, aber keinen Schaden. Für einen interessengerechten Ausgleich wird daher der Schaden der D zum Anspruch der G gezogen. G kann daher den Schaden für D geltend machen.

d) Obligatorische Gefahrentlastung⁵³

Die letzte und bedeutendste Fallgruppe betrifft die obligatorische Gefahrentlastung. Obligatorische Gefahrentlastung bedeutet, dass aufgrund einer speziellen gesetzlichen Bestimmung die Gefahrtragung auf einen Dritten verlagert wird.⁵⁴ Diese Bestimmungen finden sich in vielen Bereichen des BGB, etwa in § 447 BGB (Gefahrenübergang im Versendungskauf), § 644 BGB (Gefahrtragung beim Werkvertrag) und § 2174 BGB (Vermächtnisanspruch).

Der Schuldner wird in diesen Fällen auch bei Untergang der Leistung bzw. des Gegenstands durch die schädigende Handlung eines Dritten von seiner Leistungspflicht befreit und behält – wegen der Gefahrentlastungsregelung – seinen Gegenanspruch gegen den Empfänger der Leistung.⁵⁵ Aufgrund der schuldrechtlichen Anordnung über die Gefahrtragung findet eine Schadensverlagerung zu Lasten des Empfängers statt.

Beispielsfall: A kauft von B ein Set Rosenthal-Porzellan über die Internetplattform Ebay. B gibt die Ware an seinen Freund F, der das Paket bei A abliefern soll. Bei einem von F verschuldeten Unfall wird das Paket samt Inhalt zerstört.

⁵¹ Schubert (Fn. 41), § 249 Rn. 160; Schiemann (Fn. 43), Vor § 249 Rn. 71.

⁵² BGHZ 15, 224.

⁵³ BGHZ 40, 91.

⁵⁴ Looschelders (Fn. 4), Rn. 945.

⁵⁵ Schubert (Fn. 41), § 249 Rn. 162; Schiemann (Fn. 43), Vor § 249 Rn. 74; Oetker (Fn. 42), § 249 Rn. 299.

Durch die Übergabe an F ist B von seiner Leistungspflicht an A frei geworden und behält den Anspruch auf die Gegenleistung (Kaufpreiszahlung § 433 Abs. 2 BGB), gemäß § 447 Abs. 1 BGB. Daher hat B trotz Verlust seines Eigentums keinen Schaden. A hingegen ist zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, bekommt aber keine Ware. Hierin besteht sein Schaden. Einen Anspruch gegen F aus § 280 Abs. 1 BGB hat A nicht, da der Auftrag zum Transport nur zwischen B und F besteht. Ein deliktischer Anspruch scheidet an der fehlenden Eigentümerstellung.

B hat jedoch gegen F einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, da dieser gegen seine Pflichten aus dem Transportauftrag verstoßen hat, aber auch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Schädigung des Eigentums. Um den Schaden interessengerecht auszugleichen wird daher der Schaden des A zum Anspruch des B gezogen. B macht dann für A den Anspruch gegen F geltend.

e) Weitere Anwendungsbereiche

Die Drittschadensliquidation als Ausnahme zu den üblichen schadensrechtlichen Anforderungen muss restriktiv ausgelegt werden. Für die Anwendung der Drittschadensliquidation auf atypische Fälle bleibt nur wenig Raum. Meist findet sich eine andere Möglichkeit, den Schaden direkt abzuwickeln, insbesondere etwa über die Möglichkeit des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

Hinweis: Dies führt aber nicht dazu, dass die Anwendung der Drittschadensliquidation auf atypische Fälle per se ausgeschlossen ist.⁵⁶ Vielmehr muss stets eine gründliche Bewertung der Situation im Einzelfall vorgenommen werden.⁵⁷

V. Abgrenzung zwischen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und die Drittschadensliquidation haben ihren Ursprung in der Schwäche des Deliktsrechts, unterscheiden sich aber in zentralen Elementen. Früher wurde nach der Art der Schadensposten unterschieden: Es galt der Grundsatz, dass Personenschäden nach dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Vermögensschäden nach der Drittschadensliquidation abgewickelt werden. Diese Unterscheidung ist mittlerweile überholt.⁵⁸ Der wesentliche Unterschied ist vor allem der eigentliche Anspruchsinhaber. Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird die Anspruchsgrundlage zum Schaden gezogen. Dies hat zur Folge, dass der Dritte einen direkten, schuldrechtlichen Anspruch gegen den Schädiger erhält.

Entgegengesetzt verhält es sich bei der Drittschadensliquidation. Hier wird der Schaden zur Anspruchsgrundlage gezogen. Der Schaden des Dritten wird von dem Anspruchs-

inhaber liquidiert, d.h. der geschädigte Dritte erhält keinen direkten Anspruch.

Abgesehen davon unterscheiden sich beide Konstellationen erheblich in der Bedeutung für den Schuldner (bzw. Schädiger). Bei der Drittschadensliquidation kommt es nur zu einer Verlagerung des entstandenen Schadens, nicht aber zu einer Erhöhung des Haftungsrisikos für den Schuldner.⁵⁹

Etwas anderes ergibt sich aber für den Schuldner aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: Hier kann es zum Teil zu einer erheblichen Risikosteigerung kommen.⁶⁰ Der Kreis der Anspruchsinhaber wird vergrößert, mit der Wirkung, dass der Schuldner unter Umständen neben seinem eigentlichen Vertragspartner für Schäden von weiteren Personen, nämlich den einbezogenen Dritten, aufkommen muss.

Scheinbare Überschneidungen zwischen den Instituten können dadurch gelöst werden, dass für die Drittschadensliquidation durch den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aufgrund eines schuldrechtlichen Anspruchs keine schützenswerte Lage für den Geschädigten mehr entsteht. Indirekt ergibt sich daher ein Vorrang des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Falle einer Kollision.⁶¹

In der Regel wird die Drittschadensliquidation daher nur bei den oben genannten Fallgruppen angewendet.⁶²

Beispielsfall: A und B sind seit vielen Jahren ein Paar. A ist Arbeiter auf einer Bohrinsel und arbeitet dort mehrere Monate im Jahr. Seine Freizeit verbringt er bei B. A hat in der Wohnung der B einige Gegenstände, die von B auch teilweise genutzt werden. Als der Vermieter der B eine Rohrleitung im Haus durch eine Fachfirma reparieren lässt, kommt es aufgrund unsachgemäßer Montage des eigentlich zuverlässigen und regelmäßig überwachten Gesellen der Fachfirma zu einem Wasserschaden. Dabei werden die Gegenstände des A zerstört.

Zunächst scheint es, dass es sich hier um die Fallgruppe der Obhutshandlungen handelt, die mittels der Drittschadensliquidation gelöst wird. A scheint keinen direkten Anspruch gegen den Vermieter zu haben, weil der Mietvertrag nur mit seiner Lebensgefährtin B besteht und sich der Vermieter, aber auch die Fachfirma exkulpieren können (§ 831 Abs. 1 S. 2 BGB). Jedoch hat B einen Anspruch gegen ihren Vermieter, aber im Bezug zu den Gegenständen des A keinen Schaden. Die Voraussetzungen für eine Drittschadensliquidation scheinen gegeben.

Trotzdem scheidet sie im vorliegenden Fall aus, denn es kommt der Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht. Der Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft kommt mit der vertragsgemäßen Leistung (mangelfreie Mietwohnung) in Berührung und es ist auch im Interesse der B, dass A ebenfalls geschützt wird. Dies ist für den Vermieter

⁵⁶ Oetker (Fn. 42), § 249 Rn. 290.

⁵⁷ So etwa Musielak (Fn. 1), Rn. 905.

⁵⁸ Schiemann (Fn. 43), Vor § 249 Rn. 66; Schubert (Fn. 41), § 249 Rn. 155.

⁵⁹ Schiemann (Fn. 43), Vor § 249 Rn. 64.

⁶⁰ Schiemann (Fn. 43), Vor § 249 Rn. 64.

⁶¹ Schiemann (Fn. 43), Vor § 249 Rn. 66.

⁶² Oetker (Fn. 42), § 249 Rn. 291: Zum Teil wird sich auch dafür ausgesprochen, die Drittschadensliquidation ganz aufzugeben.

auch erkennbar. A steht kein vertraglicher Anspruch zu, weshalb er auch schutzbedürftig ist. Er kann den Schaden deshalb nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ersetzt verlangen.

Die Drittschadensliquidation wird durch den vertragsähnlichen Anspruch des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verdrängt.

VI. Fazit

Die Einbeziehung Dritter in Schuldverhältnisse und die Drittschadensliquidation ergeben sich aus der Schwäche des Deliktsrechts. Abgesehen von § 311 Abs. 3 BGB, der nur einen kleinen Anwendungsbereich hat, sind die genannten Institute auf Richterrecht zurückzuführen. Es bedarf daher bei der Fallbearbeitung einer Erläuterung, woher sich diese Institute ableiten, auch wenn diese aufgrund der gefestigten Anerkennung durch Literatur und Rechtsprechung nicht ausführlich sein muss.

Die Systematik in der Fallprüfung ergibt sich aus den Eigenschaften der Rechtsinstitute. Die vertragsähnlichen Ansprüche aus der Einbeziehung Dritter (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, § 311 Abs. 3 BGB) sind in der Fallprüfung nach möglichen direkten Ansprüchen aus einem Vertragsverhältnis zu prüfen. Die Drittschadensliquidation hingegen darf nur herangezogen werden, wenn sonst keine Ansprüche mehr denkbar sind.

Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht – eine überflüssige Debatte?

Von Privatdozentin Dr. Anja Schieman, Frankfurt a.M.

Noch immer beschreiben fast alle unterschiedlichen Auffassungen zum materiellen Schuldbegriff eine Schuld, die nicht ohne ein Willensfreiheitsmoment auskommt. Dadurch entsteht eine Schiefelage zwischen Sein und Sollen, da die Willensfreiheit von den Neurowissenschaftlern bestritten wird. Doch unabhängig davon, ob man die Ergebnisse der Neurowissenschaftler anzweifelt, anders auslegt oder für zutreffend hält, so hat diese Debatte nach Auffassung der Verf. keinen Einfluss auf unser Schuldstrafrecht. Orientiert man sich am Willen des Gesetzgebers, am Wortlaut des § 20 StGB und am Grundgesetz, so wird deutlich, dass unser Schuldstrafrecht gerade kein Strafrecht unter dem Postulat der Willensfreiheit des Menschen ist.

I. Einleitung

Die Debatte um die Willensfreiheit des Menschen ist ruhiger geworden, aufgelöst hat sie sich jedoch noch nicht. Vielmehr haben sich die Fronten verhärtet. Die Neurowissenschaftler werfen den Strafrechtswissenschaftlern vor, naturwissenschaftliche Erkenntnisse zu ignorieren und Rechtsprechung auf „der Basis des Volksglaubens und damit allenfalls der Alltagspsychologie“ zu betreiben.¹ Sie fordern die Abschaffung des Schuld- und die Begründung eines Maßregel-² oder schlimmstenfalls Präventionsstrafrechts.³ Die Empörung, die sich angesichts dieser unreflektierten und verfassungsrechtlich bedenklichen Forderungen unter den Juristen breitmacht, ist berechtigt. Berechtigt ist es auch, wenn Juristen wissenschaftliche Untersuchungen anzweifeln und einer kritischen Prüfung unterziehen. Auch naturwissenschaftliche Forschung muss nicht immer richtig sein.

Allerdings ist die Grenze dann zu ziehen, wenn jenseits der naturwissenschaftlichen Forschung allein juristisch argumentiert wird. Nicht berechtigt ist daher das Ignorieren naturwissenschaftlicher Befunde unter dem Hinweis, andernfalls würden unser Weltbild und unser gesamtes Rechtssystem zusammenbrechen. Manche Juristen differenzieren und sehen in einem non liquet den Strohalm, weiterhin an einer normativen Setzung festhalten zu dürfen. Andere sehen dagegen die Fragwürdigkeit einer normativen Setzung von etwas nicht vorhandenem, lösen diesen Widerspruch aber nicht auf.⁴

Normen existieren nicht – oder sollten zumindest nicht existieren – in einer juristischen, fiktiven Welt des Sollens,

sondern in einer Welt des Seins.⁵ Entfernt sich das Sollen vom Sein, regt sich ein Missgefühl bei den Strafrjuristen, ein „legitimatorisches Unbehagen“, man ist ein Strafrjurist mit „schlechtem Gewissen“.⁶ Das muss man jedoch nicht sein. Denn die Debatte steht und fällt mit einer Fehlannahme. Der Annahme nämlich, ein Schuldstrafrecht ohne Willensfreiheit der beschuldigten Person sei nicht begründbar.⁷

II. Erstes Missverständnis: Der normative Schuldbegriff

Der heute geltende sog. normative Schuldbegriff besagt zunächst nur, dass ein Verhalten vorwerfbar sein muss. Er schweigt, wann dieser Vorwurf erhoben werden kann. Daher werden diverse Auffassungen darüber vertreten, was vorwerfbares Verhalten eigentlich ist. Schaut man auf die unterschiedlichen Auffassungen, so muss man sich bewusst darüber werden, dass es sich um „Interpretationen“ handelt, um Aussagen darüber, was man meint, mit dem Schuldvorwurf zu verbinden. Es handelt sich – bemüht man die Terminologie des Beleidigungstatbestands –, um Meinungsäußerungen und nicht um Tatsachenbehauptungen.

1. Schuld als Anders-Handeln-Können

Der BGH versteht die Schuld indeterministisch so, dass der Täter sich frei für Unrecht oder Recht entscheiden und nach dieser Entscheidung handeln kann.⁸ Diese Auslegung widerspricht dem Willen des Gesetzgebers. Dieser hatte die Formulierung des Ausschlusses der freien Willensbestimmung bewusst aus dem Gesetz gestrichen.⁹ Dennoch hielt das Reichsgericht an dem stark indeterministischen Ansatz fest mit der Fehlinterpretation, der Begriff des Ausschlusses der freien Willensbestimmung könne durch den Begriff der „Unfähigkeit, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Wil-

¹ Markowitsch/Siefer, Tatort Gehirn, Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechen, 2007, S. 218.

² So wohl Singer, Ein neues Menschenbild?, Gespräche über Hirnforschung, 2003, S. 34.

³ Schon angedacht bei Roth, Fühlen, Denken, Handeln, Wie das Gehirn unser Verhalten steuert, 2003, S. 543 f.; später ders., in: Roth/Hubig/Bamberger (Hrsg.), Schuld und Strafe, 2012, S. 89 (S. 102); auch Markowitsch/Siefer (Fn. 1), S. 230.

⁴ Siehe zu den zahlreichen juristischen Stellungnahmen zusammenfassend Herzberg, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010, S. 62 ff.

⁵ Durch das Zauberwort der „Normativität“ werden die Grenzen jedoch verwischt, s. Schieman, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, Verstoß der §§ 20, 21 StGB gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG, 2012, S. 77 ff.

⁶ Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, 2008, S. 133, 136; ders., in: Roth/Hubig/Bamberger (Fn. 3), S. 39 (S. 58).

⁷ S. statt vieler nur Schünemann, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 537 (S. 543); Hillenkamp, JZ 2005, 313 (320); Duttge, in: Duttge (Hrsg.), Das Ich und sein Gehirn, Die Herausforderung der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)Recht, 2009, S. 13 (S. 42); Laufs, MedR 2011, 1 (4).

⁸ BGHSt 2, 194 (200).

⁹ Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 3, Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung 1925 (Reichsratsvorlage), Nachdruck, 1954, S. 17; ausf. dazu Schieman (Fn. 5), S. 124 f. Vgl. auch Herzberg, in: Schröder/Hellmann (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 157 (S. 170).

len dieser Einsicht gemäß zu bestimmen“ ersetzt werden.¹⁰ Diese Schlussfolgerung widerspricht den Gesetzesmaterialien, die zwar auch die „Ersetzung“ einer Formulierung durch die andere betonen. Dies aber nicht grundlos und mit gleichem Inhalt – ansonsten würde man sich ja zu Recht fragen müssen, warum eine Formulierung, wenn inhaltsgleich, durch eine andere ausgetauscht werden musste. Die Ersetzung erfolgte vielmehr ganz bewusst, um den „lebhaft angefochten(en)“ Begriff der freien Willensbestimmung zu streichen, weil er „den Anschein erweckt, als nehme der Gesetzgeber in dem philosophischen Streit um die Willensfreiheit Stellung“.¹¹ Dies will der Gesetzgeber also ersichtlich nicht tun. Positioniert sich das Gesetz aber nicht indeterministisch, so benötigt die Schuld zu ihrer Bestimmung auch keine Willensfreiheit.

2. Die Schuld des Durchschnittsmenschen

Auch die Lehre von der Schuld des „Durchschnittsmenschen“ kommt nicht ohne die Willensfreiheit aus. Sie verlagert allerdings das Postulat des Anders-Handeln-Könnens von dem konkreten Täter auf den Menschen an sich. Der Durchschnittsmensch hätte in der konkreten Situation anders handeln können.¹² Dadurch wird die Schuldbestimmung nicht weniger indeterministisch, sie wird zudem noch einer gesetzlichen Forderung nicht gerecht. Der Forderung nämlich, nach dem individuellen Täter zu schauen. Ihm macht man den Schuldvorwurf und seine Schuld ist Grundlage für die Strafzumessung (§ 46 StGB). Von Fähigkeiten eines Durchschnittsmenschen auf die Fähigkeiten des Täters zu schließen, ist nicht mehr vom Wortlaut des § 20 StGB gedeckt. Nach § 20 StGB handelt ohne Schuld, „wer“ eine der bezeichneten Eingangsmerkmale besitzt und bei dem sich diese entsprechend der Vorschrift auswirken. § 20 StGB verlangt demnach eine identifizierbare Person und mit ihr eine identifizierbare Einzelschuld und nicht die Schuld oder Willensfreiheit eines Durchschnittsmenschen.

3. Schuld und Gesinnung

Nach einer weiteren Auffassung ist Schuld die Vorwerfbarkeit der Tat mit Rücksicht auf die darin betätigte rechtlich missbilligte Gesinnung.¹³ Der Gesinnungsunwert fehlt dann, wenn es am Können mangelt. Auch diese Lehre kommt nicht ohne ein Willensfreiheitsmoment aus, da sie dem Täter zum Vorwurf macht, etwas „willentlich“ nicht zu können.¹⁴

¹⁰ RGSt 64, 353.

¹¹ Siehe nochmals die Materialien zur Strafrechtsreform (Fn. 9), S. 17.

¹² Mangakis, ZStW 75 (1963), 517; Haft, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 118 f.

¹³ Gallas, ZStW 67 (1955), 1 (45); Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012, Rn. 400.

¹⁴ Wessels/Beulke (Fn. 13), Rn. 401. Diese Einschätzung teilt auch Dölling, ForensPsychiatrPsycholKriminol 2007, 59 (60). Zur Weiterentwicklung der Lehre durch Schmidhäuser und der Kritik s. Schiemann (Fn. 5), S. 130 f.

4. Funktionaler Schuldbegriff

Für Jakobs verbindet sich ein „funktionaler Schuldbegriff“ mit generalpräventiver Zuschreibung. Die Schuld ist rein zweckbestimmt und auf die Erhaltung der allgemeinen Normanerkennung in der Bevölkerung gerichtet.¹⁵ Auch wenn Jakobs meint, ganz ohne die Willensfreiheit auszukommen, so schleicht sie sich doch wieder in die Begründungsmuster ein. Denn Jakobs versteht „Willensfehler als Willensdefizit“, als „Defizit an rechtstreuer Motivation“.¹⁶ Diese Argumentation impliziert Willensfreiheit, obwohl Jakobs an anderer Stelle die auch in seinem Konzept vorhandene „Beziehung zwischen Verantwortung und Freiheit“ interpretiert als „Freiraum für Selbstbestimmung“ und nicht im Sinne einer Willensfreiheit.¹⁷ Allerdings bleibt Jakobs die Erklärung schuldig, was Selbstbestimmung denn anderes sein soll als Willensfreiheit.¹⁸

5. Schuld als Selbstbestimmungsfähigkeit

An die Selbstbestimmung knüpft auch eine neue Interpretation von Frister an, der Schuld als Selbstbestimmungsfähigkeit versteht. Schuldfähigkeit ist für ihn die Eigenschaft einer Person, sich „in einer Art und Weise zu entscheiden, die nicht signifikant hinter dem im Allgemeinen in unserer Gesellschaft erreichten Differenzierungsniveau zurückbleibt“.¹⁹ Durch diese Formulierung wird deutlich, dass Frister die Bezeichnung Willensfreiheit lediglich durch Selbstbestimmungsfähigkeit ersetzt. Auch er kommt letztlich bei seiner Interpretation des materiellen Schuldbegriffs nicht ohne ein Willensfreiheitsmoment aus.²⁰

6. Schuld und normative Ansprechbarkeit

Roxin versteht Schuld als normative Ansprechbarkeit. Auch er bleibt der Willensfreiheit verhaftet, wenn er feststellt, dass die Freiheit als „soziale Spielregel, als normative Setzung und rechtliches Regelungsprinzip“ anerkannt werden kann.²¹ Hierzu verweist er sogar auf „erfahrungswissenschaftliche Befunde“²² und auf die „empirische Feststellbarkeit“ der prinzipiellen Fähigkeit zur Selbststeuerung und normativen An-

¹⁵ Jakobs, Schuld und Prävention, 1976, S. 8 ff.

¹⁶ Jakobs, Das Schuldprinzip, 1993, S. 25.

¹⁷ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 17/24.

¹⁸ Zur Kritik ausführlich Schiemann (Fn. 5), S. 135 f.

¹⁹ Frister, Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“: zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, 1993, S. 253.

²⁰ Ähnlich auch Zabel, der den Begriff der Willensfreiheit durch den Begriff der Weltinterpretation ersetzt, s. Zabel, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, 2007, S. 402 ff.; Kritik bei Schiemann (Fn. 5), S. 141.

²¹ Roxin, in: Haft (Hrsg.), Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 519 (S. 521).

²² Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 36.

sprechbarkeit.²³ Er bleibt einen Beleg der Befunde und der empirischen Ergebnisse allerdings schuldig.²⁴

7. Charakterschuld

Die Lehre von dem Einstehen-Müssen für den eigenen Charakter²⁵ kommt dagegen zugegebener Maßen ohne ein Willensfreiheitsmoment aus. Aktuell diskutiert und vertreten wird diese Lehre von *Herzberg*, der bekennender Determinist und wie die *Verf.* der Auffassung ist, dass es für die These, unser Strafrecht habe sich für den Indeterminismus entschieden, keine Grundlage gibt.²⁶ Die Interpretation der Schuld als Schuld für eine Charakteranlage sucht die Schuld allerdings jenseits der Tat. Nicht das einzelne Tun und Lassen, so *Herzberg*, sondern das So-veranlagt-, So-geworden-Sein, ist Gegenstand des Schuldvorwurfs.²⁷ Dadurch gerät die Tat zur Nebensache, die Schuld an einer bestimmten Tat muss nicht mehr festgestellt werden, der Ursachenzusammenhang geht verloren und die Schuld wird von der Handlung gelöst.²⁸

8. Stellungnahme

Es ist festzuhalten, dass sämtliche Auslegungen des materiellen Schuldbegriffs bis auf die der Charakterschuld entweder ausdrücklich oder doch konkludent am Willensfreiheitspostulat festhalten, teilweise wird für den gleichen Interpretationsinhalt nur ein anderes Etikett, wie z.B. das der Selbstbestimmungsfreiheit, gewählt. In meinen Ausführungen zum Anders-Handeln-Können (II. 1.) wurde deutlich, dass jedenfalls der Gesetzgeber nicht an der Willensfreiheit festhalten wollte, um strafrechtliche Schuld zu begründen.

III. Zweites Missverständnis: Der Wortlaut des § 20 StGB

Allerdings könnte entgegen des historischen Willens des Gesetzgebers der Wortlaut des § 20 StGB derart missverständlich sein, dass sich daraus das Erfordernis der Willensfreiheit des Straftäters ergibt. So ist z.B. *Merkel* der Auffassung, der motivationale oder Steuerungsdefekt, der in § 20 StGB zum Ausdruck komme, berühre die Willensfreiheitsproblematik.²⁹ Noch in seiner Monographie verknüpfte *Merkel* daher mit dem Wortlaut des § 20 StGB die Fähigkeit des Anders-Handeln-Könnens.³⁰ In seinem Folgeaufsatz vertritt er den Standpunkt, Willensfreiheit im gängigen Sinn sei keine Voraussetzung strafrechtlicher Schuld.³¹ Vielmehr komme es auf die grundsätzliche normative Ansprechbarkeit des Täters im Mo-

ment der Begehung seiner Tat an.³² Dies führt für *Merkel* zu der unaufhebbaren Differenz zwischen dem letztverantwortlichen persönlichen Dafürkönnen des Täters und seiner zur Schuldfähigkeit hinreichenden Autonomie.³³

Merkels Blick auf den Schuldunfähigkeitsparagrafen verengt sich auf die Steuerungsfähigkeit, ohne ihn zu erweitern auf die Merkmale, aufgrund derer die Steuerungsfähigkeit ausgeschlossen ist. Dies wird meines Erachtens der Vorschrift nicht gerecht. Denn die Merkmale der krankhaften seelischen Störung, der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung, des Schwachsinn und der schweren anderen seelischen Abartigkeit stehen in einer Kausalbeziehung zu der Steuerungsfähigkeit. „Wegen“ eines dieser Merkmale ist der Täter unfähig, nach seiner Einsicht zu handeln. Dies bedeutet – und das ist allgemein anerkannt –, dass die Steuerungsunfähigkeit alleine nicht ausreicht, um die Schuldfähigkeit zu begründen. Also auch wenn dem Täter der freie Wille fehlt, so führt dies nicht zur Schuldunfähigkeit. Vielmehr muss seine Steuerungsfähigkeit aus den gesetzlich anerkannten Gründen determiniert sein.³⁴ Dies lässt aber nur einen Schluss zu, den *Herzberg* auf den Punkt bringt:

„Nicht die Freiheit, die Unfreiheit ist normativ gesetzt und wird unwiderleglich vermutet“.

IV. Schuld und Grundgesetz

Auch im Grundgesetz findet sich keine Grundlage für ein indeterministisches Schuldverständnis. Der Satz *nullum poena sine culpa* ist nicht im Grundgesetz festgeschrieben, sondern wird vom BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip und der Menschenwürde hergeleitet.³⁵ Bei diesen Entscheidungen geht es aber um die verfassungsrechtliche Legitimation des Schuldprinzips und nicht um die Frage, was Schuld eigentlich ist.³⁶ Einzig die Begründung des Schuldprinzips mit der Menschenwürde könnte einen Ansatz dafür geben, mit welchen Inhalten die Schuld festgelegt werden muss. Nun besitzt eine Person aber auch dann Menschenwürde, wenn ihr z.B. durch Geisteskrankheit die Fähigkeit zur freien Selbst- und Lebensgestaltung von vornherein fehlt. Daher ist es problematisch und meines Erachtens sogar wertungswidersprüchlich, das Schuldprinzip an eine Eigenverantwortlichkeit des Menschen zu knüpfen.³⁷

V. Was ist strafrechtliche Schuld?

Schaut man auf den allgemeinen Sprachgebrauch, so knüpft die Schuld an das Verantwortlichsein eines Menschen an, daran, für einen bestimmten, gewissen Geboten zuwiderlaufen-

²³ *Roxin* (Fn. 22), § 19 Rn. 46.

²⁴ Ausführlich zur Kritik *Schiemann* (Fn. 5), S. 138 ff.

²⁵ *Dohna*, ZStW 66 (1954), 508; *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2. Aufl. 1965, S. 54 f.

²⁶ *Herzberg* (Fn. 9), S. 157 (S. 170); bereits *ders.* (Fn. 4), S. VII, 87. *Schiemann* (Fn. 5), S. 124.

²⁷ *Herzberg* (Fn. 9), S. 157 (S. 184).

²⁸ Siehe zur Kritik ausf. *Schiemann* (Fn. 5), S. 133 f.

²⁹ *Merkel* (Fn. 6), S. 39, 54.

³⁰ *Merkel* (Fn. 6), S. 114.

³¹ *Merkel* (Fn. 6), S. 39, 55.

³² *Merkel* (Fn. 6), S. 39, 56.

³³ *Merkel* (Fn. 6), S. 39, 58.

³⁴ So auch schon *Herzberg* (Fn. 9), S. 157 (S. 171).

³⁵ Zum Rechtsstaatsprinzip BVerfGE 20, 323 (328); zur Menschenwürde BVerfGE 25, 269 (285).

³⁶ *Schiemann* (Fn. 5), S. 102.

³⁷ Ausführlich *Schiemann* (Fn. 5), S. 103 ff.; in diesem Sinne auch *Detlefsen*, Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips, 2006, S. 79 ff.

den Vorgang eintreten zu müssen.³⁸ Dieses Verantwortlichsein eines Menschen liegt jenseits irgendwelcher Strafzweckgedanken. Es setzt eine Wechselbeziehung zwischen Täter und Geschädigtem voraus, ein Beziehungsungleichgewicht, das wieder ausgeglichen werden muss.³⁹ Auch ohne Willensfreiheit kann ein Mensch Verantwortung übernehmen. Denn ganz unabhängig davon, aus welchen Determinanten – bewussten und unbewussten – sich eine Entscheidung und die durch diese initiierte Handlung zusammensetzt, so bleibt es doch die Entscheidung des betreffenden Menschen. Zu den von einem Menschen gemachten Erfahrungen und damit zu seiner Identität gehören nicht nur die bewussten Momente, sondern auch diejenigen, die sein Unterbewusstsein auffängt.⁴⁰ Daher kann es für die Schuld keine Rolle spielen, wie der Wille zur Normbefolgung entsteht. Auch ohne Willensfreiheit kann der Täter daher Verantwortung für sein Tun übernehmen.⁴¹ Er kann dies nur dann nicht, wenn die Determinanten in einer krankhaften seelischen Störung, einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung, im Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit zu finden sind. Dann muss dem Täter die Verantwortlichkeit abgenommen werden, da seine Steuerungsfähigkeit durch genau die im Gesetz stehenden Merkmale determiniert war.

VI. Fazit

Weder aus dem Gesetz noch aus der Verfassung lässt sich ein auf Willensfreiheit aufbauendes Schuldstrafrecht begründen. Ganz im Gegenteil sprechen Gesetzgebungsgeschichte und Grundgesetz gegen eine indeterministische Begründung von Schuld. Auch der Schuldunfähigkeitsparagraf an sich legt seinem Wortlaut nach eine Schuld nicht nach Willensfreiheitsgesichtspunkten fest. Damit ist der neurowissenschaftlichen Debatte die Grundlage entzogen, die es sich zur Aufgabe gemacht hat, unser Strafrecht zu ändern, nur weil es keine Willensfreiheit des Menschen gibt. Die Frage, ob die Entscheidungen eines Menschen determiniert sind oder nicht, muss aus strafrechtlicher Sicht nicht geklärt werden. Schuld haben und Verantwortung übernehmen kann ein Mensch, auch wenn er keinen freien Willen hat.

Auf einem ganz anderen Blatt steht hingegen die Frage, ob die gesetzliche Normierung des Merkmalskatalogs des § 20 StGB ein richtiges und gutes Instrument ist, die Determiniertheit des Täters aufgrund eines solchen Merkmals zu erkennen, festzustellen und seine Schuld und Verantwortlichkeit auszuschließen.⁴²

³⁸ Duden, Bd. 10, Das Bedeutungswörterbuch, 3. Aufl. 2001, S. 797.

³⁹ Ausführlich Schiemann (Fn. 5), S. 158 f.

⁴⁰ Siehe z.B. Leder, Was heißt es, eine Person zu sein?, 1999, S. 408; vgl. auch Schacter, Wir sind Erinnerung, Gedächtnis und Persönlichkeit, 2001, passim.

⁴¹ Ausführlich Schiemann (Fn. 5), S. 158 ff., 161.

⁴² Dagegen Schiemann (Fn. 5), S. 165 ff.

Fortgeschrittenenklausur im Zivilrecht: Künstlerpech

Von Wiss. Mitarbeiter **Florian Wilksch**, Jena*

Immer wieder fallen Kunstwerke Laien zum Opfer: Sei es ein Kalkfleck, der entstand „Wenn’s anfängt durch die Decke zu tropfen“ (Martin Kippenberger) oder der von einer rüstigen Rentnerin „restaurierte“ Ecce Homo aus Borja. Neben dem künstlerischen Verlust stehen hier oft auch erhebliche wirtschaftliche Belange in Rede, die das Interesse an einer zivilrechtlichen Aufarbeitung wecken. Der Fall bietet Gelegenheit, eine solche – anlässlich des 25-jährigen Jubiläums – an Joseph Beuys zerstörter „Fettecke“ vorzunehmen.

Sachverhalt

Johannes Jüttgen (J) ist Mitarbeiter des exzentrischen wie berühmten Kunsttheoretikers Professor Boris Bös (B). Sie betreiben zusammen ein privates kunsttheoretisches Institut in dem sie regelmäßig Seminare anbieten. Die private Hochschule für bildende Künste Jena (H) stellte B hierfür – befristet bis zum Ruhestand oder Tod des B – ein Atelier zur Verfügung. Dafür wurde B ein Schlüssel ausgehändigt. Da J ohnehin die meiste Zeit im Atelier verbrachte, reichte B den Schlüssel an J weiter. B nutzte das Atelier aber auch weiterhin selbst und stellte dort viele persönliche Gegenstände unter.

Im Sommer 2012 brachte B – von der Documenta XIII inspiriert – in einer Ecke des Ateliers in 5 m Höhe eine Installation aus Butterschmalz an, wie er schon zuvor einige modellierte und damit für großes Aufsehen sorgte. Diese „Fettecke“ war etwa 25 cm hoch und wurde unmittelbar auf den Putz aufgetragen; dabei drang auch einiges Fett in den Putz ein. Das Butterschmalz hatte B aus privaten Beständen mitgebracht. In tiefer Dankbarkeit für die jahrelange Hilfe des J begann B sein Werk mit den Worten: „Johannes, jetzt mache ich dir endlich deine Fettecke!“ Darüber freute sich J sichtlich. Die Fettecke demonstrierte den Seminarteilnehmern fortan B’s Wirken.

B verstirbt kurz darauf im Alter von 64 Jahren. H möchte das Atelier daraufhin wieder für eigene Zwecke nutzen. Sie veranlasst daher zwei Wochen nach dem Tod die Renovierung der Räume. J gibt, nach der Räumung und Entfernung aller B gehörigen Gegenstände, seinen Schlüssel zum Atelier ab und verlangt von H „seine“ Fettecke heraus. Die Reinigungsarbeiten werden von der bei der H angestellten Reinigungsfachkraft Regina Reinlich (R) durchgeführt. Sie hatte noch nie Verständnis für Kunst und erkennt in der Fettecke daher nicht das Meisterwerk, sondern nur einen Berg Unrat, den sie vollständig, schnell und nachhaltig zu beseitigen weiß. Daher zerstörte sie die Fettecke. Diese hätte, aus dem Raum entfernt, andernorts als ein eigenständiges Kunstwerk ausgestellt werden können und sollen.

J ist entsetzt und traurig. R habe nicht nur tölpelhaft sein Andenken an B verletzt; sondern ihm als Eigentümer sei durch

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Sozialrecht und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer) an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

die Entfernung der Skulptur ein wirtschaftlicher Schaden von 100.000 € entstanden. B habe sie für ihn hergestellt. J verlangt deshalb von der H Schadenersatz.

Diese weist die Ansprüche zurück: Nicht J, sondern sie sei Eigentümerin der Installation geworden, weil diese Bestandteil des Raumes sei. Es spiele keine Rolle, dass B das Werk seinem Assistenten gewidmet habe, weil es B mit eigenem Material und eigener Hände Arbeit geschaffen habe. Eine entgegenstehende Vereinbarung sei unzulässig.

Bearbeitervermerk

Hat J einen Anspruch auf Ersatz der 100.000 € wegen Zerstörung der Fettecke? Bitte nehmen Sie zu allen aufgeworfenen zivilrechtlichen Fragen - ggf. im Hilfsgutachten – Stellung. Urheberrecht ist nicht zu prüfen.

Vorbemerkungen

Der Fall geht zurück auf eine Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf vom 16.12.1987¹ und jährt sich somit gegenwärtig zum 25. Mal. Der Kläger war Meisterschüler des Künstlers Prof. *Joseph Beuys*. Er verlangte vom Land Nordrhein-Westfalen Schadenersatz für eine durch einen Hausmeister zerstörte „Fettecke“. Er scheiterte erstinstanzlich vor dem LG Düsseldorf, das Verfahren endete letztlich mit einem Vergleich.²

Die Entscheidung wurde kurz darauf in zwei Beiträgen³ besprochen, spielte aber später in der Ausbildungsliteratur eine eher untergeordnete Rolle.⁴ Dies ist verwunderlich. Denn schon *Richard/Junker* stellten fest, man hätte den Fall – wäre er nicht tatsächlich passiert - als „Schulfall zur Erläuterung des Eigentumserwerbs nach §§ 929 ff., 946 ff. BGB erfinden müssen“.⁵

Der Sachverhalt ist an den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils angelehnt, wurde allerdings etwas vereinfacht, um eine Klausurlösung in zwei Stunden zu ermöglichen. Die anspruchsvolle Klausur geht auf gesetzliche wie rechtsgeschäftliche Erwerbstatbestände ein, die jeweils Probleme aufweisen, die den Studierenden aus anderen Zusammenhängen bekannt sein sollten und zur Lösung auf den Fall übertragen werden können. Auch wenn einzelne Streitfragen unbekannt sein sollten, ist eine Lösung über die Grundsätze des Sachenrechts (Absolutheit und Publizität) möglich. Insgesamt bietet der Fall die Gelegenheit, fundierte sachenrechtliche Kenntnisse unter Beweis zu stellen. Er gestattet auch eine differenzierbare Notenvergabe. Insbesondere ist eine gute Argumen-

¹ LG Düsseldorf NJW 1988, 345 = JuS 1988, 686 m. Anm. *Richard/Junker*.

² LG Düsseldorf, NJW 1990, 2024.

³ *Richard/Junker*, JuS 1988, 686; *Schäfer*, JuS 1989, 443.

⁴ Eine umfassende Fallbearbeitung – allerdings im Urteilsstil gehalten – findet sich soweit ersichtlich allein bei *Vieweg/Röthel*, Casebook Sachenrecht, 2003, S. 194 ff. Die dort vertretene Lösung weicht von der hiesigen indes wesentlich ab.

⁵ *Richard/Junker*, JuS 1988, 686 (687).

tationsleistung gefragt. Der Hinweis auf eine herrschende Meinung kann dabei bestenfalls Argumentationslasten verteilen, die eigene Begründung aber nicht erübrigen.

Lösung

Hinweis: Erste Probleme stellen sich schon beim Finden der richtigen Anspruchsgrundlage. Wer unmittelbar auf eine deliktische Haftung eingeht, verkennt, dass die Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses vorgehen.⁶ Diese sind folglich vorrangig zu prüfen. Für mögliche vertragliche Ansprüche des J gegen die H liefert der Sachverhalt keine Anhaltspunkte, so dass sie nicht angesprochen werden sollten.

A. Anspruch aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB

J könnte gegen H einen Anspruch auf Ersatz der 100.000 € wegen der Zerstörung der Fettecke aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB haben.

Dazu müsste zunächst ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – also eine Vindikationslage – vorliegen. Demnach müsste J Eigentümer der Fettecke und die H deren Besitzerin sein, ohne ein Recht zum Besitz zu haben.

I. Aktivlegitimation des J

1. Ursprünglicher Eigentümer

Ursprünglicher Eigentümer des Ausgangsstoffes der Installation – des Butterschmalzes – war B.

2. Eigentumsverlust an die H durch Installation im Raum

B könnte das Eigentum daran allerdings gemäß § 946 BGB an die H verloren haben, als er die Fettecke in deren Räumlichkeiten anbrachte.

Danach geht das Eigentum an einer beweglichen Sache auf den Grundstückseigentümer über, wenn die Sache mit dem Grundstück dergestalt verbunden wird, dass sie wesentlicher Bestandteil wird. Dem Begriff des Grundstücks entsprechen dabei auch die mit dem Grundstück verbundenen Gebäude.⁷

Wesentliche Bestandteile sind Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass mindestens ein Teil zerstört oder wesentlich verändert wird, § 93 BGB. Zu wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks zählen ausweislich § 94 Abs. 1 BGB solche Sachen, die fest mit dem Grundstück verbunden sind, so dass sie nach der Verkehrsanschauung ihre Eigenständigkeit verlieren.

Die Fettecke ist unmittelbar auf den Putz aufgetragen worden und drang auch in ihn ein. Damit wurde eine feste Verbindung zum Gebäude hergestellt.

Indes könnte der Einordnung als wesentlicher Bestandteil § 95 Abs. 2 BGB entgegenstehen. Danach sind Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck in ein Gebäude eingebracht werden, nicht wesentlicher Bestandteil. Für diese Prü-

fung kommt es maßgeblich auf die im Zeitpunkt der Verbindung⁸ getroffene Zweckbestimmung und damit innere Willensrichtung dessen an, der die Sache mit dem Gebäude verbindet.⁹ B wusste, dass ihm das Atelier nur bis zum Eintritt in den Ruhestand, mithin befristet zur Verfügung stehen würde und dass er es danach zu räumen habe. Dann hätte er die Installation entfernen müssen, was auch möglich gewesen wäre, ohne das Kunstwerk zu entwerfen. Daher hatte die Installation der Fettecke nur einen vorübergehenden Zweck. Sie ist also nicht wesentlicher Bestandteil des Raumes geworden und die H hat demnach auch nicht gemäß § 946 BGB Eigentum an ihr erworben.

Hinweis: Diese Problematik sollte den Studierenden aus anderem Zusammenhang geläufig sein. Namentlich wird sie virulent bei der von den Oberlandesgerichten unterschiedlich beantworteten Frage,¹⁰ ob Einbauküchen als wesentlicher Bestandteil eines Gebäudes zu werten sind.

3. Eigentumsverlust an J durch Verarbeitung

B könnte sein Eigentum ferner durch Verarbeitung an J verloren haben, § 950 Abs. 1 BGB.

Dann müsste durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache entstanden sein, wobei der Wert der Verarbeitung nicht erheblich geringer sein darf als der des verarbeiteten Stoffes. Durch die Formung des Butterschmalzes in die Ecke des Raumes ist – gleichviel, ob auf Grund der Verkehrsanschauung¹¹ oder der wirtschaftlichen Wertsteigerung¹² – eine neue bewegliche (da nicht wesentlicher Bestandteil des Gebäudes) Sache, nämlich das Kunstwerk „Fettecke“ entstanden. Der wirtschaftliche Wert des Schaffensprozesses des B übertrifft den Wert des Butterschmalzes dabei um ein Vielfaches.

a) Anwendbarkeit des § 950 BGB

Fraglich ist, ob § 950 Abs. 1 BGB auch Anwendung findet, falls Verarbeiter und Eigentümer der Ausgangsmaterialien identisch sind. Das Gesetz differenziert jedoch nicht nach diesen Kriterien. Kann ferner der Verarbeiter schon an fremden Sachen Eigentum erwerben, so erst recht an seinen eigenen! Die Rechte an einer neuen Sache richten sich also unab-

⁸ BGHZ 157, 305.

⁹ Für alle: *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 95 Rn. 6 m.w.N.

¹⁰ OLG Hamm MDR 1990, 923; OLG Celle NJW-RR 1989, 913; OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1093; OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 459; KG BauR 1991, 484; vgl. dazu auch *Stresemann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 94 Rn. 30 f.

¹¹ S. BGHZ 56, 88; OLG Köln NJW 1991, 2570; *Lüke*, Sachenrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 240; *Baur/Stürner* (Fn. 6), § 53 Rn. 18.

¹² So etwa *Wieling*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2007, § 11 II. 4. b); *Henssler*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2002, § 950 Rn. 7.

⁶ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 11 Rn. 34 f.; *Richard/Junker*, JuS 1988, 686 (690); *Ebbing*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, vor § 987 ff. Rn. 78 ff.

⁷ *Bassenge*, in: Palandt, 71. Aufl. 2012, § 946 Rn. 2.

hängig vom Eigentümer der Ausgangsmaterialien stets nach § 950 Abs. 1 BGB.¹³

b) *Hersteller*

§ 950 Abs. 1 BGB bestimmt, dass der Hersteller einer Sache Eigentum an der neuen Sache erwirbt. Fraglich ist, wer Hersteller der Fettecke ist. Denn Verarbeiter und Hersteller müssen nicht identisch sein.¹⁴ Die „eigene Arbeit“ ist also keine zwingende Voraussetzung für die Bestimmung des Herstellers. Andernfalls erwerben die Arbeiter das von ihnen erzeugte Produkt, wiewohl sie auf Weisung des Arbeitgebers tätig werden.

Mit den Worten des B: „Johannes, jetzt mache ich dir endlich deine Fettecke!“ und der positiven Reaktion des J könnten B und J eine dahingehende Vereinbarung getroffen haben, dass B die Fettecke für J installiert, jener also als Hersteller angesehen werden soll. Damit würde § 950 BGB dahin modifiziert, dass die dingliche Zuweisung der neuen Sache letztlich der Parteivereinbarung unterläge. Diese Problematik zeigt sich regelmäßig beim verlängerten Eigentumsvorbehalt: Liefert ein Fabrikant einen Stoff unter Eigentumsvorbehalt verliere er sein Eigentum und damit seine dingliche Sicherheit, sobald der Besteller den Stoff verarbeitet. Der daraus entstehende Ersatzanspruch aus § 951 BGB hilft ihm nicht, da der verlängerte Eigentumsvorbehalt gerade bei Illiquidität des Bestellers schützen soll, indem er dem Eigentümer ein Aussonderrrecht nach § 47 InsO sichert. Dem versucht die Praxis mit Verarbeitungs- und Herstellungsklauseln entgegenzuwirken. Diese beinhalten die Vereinbarung, dass der Besteller für den Lieferanten verarbeite und letzterer daher Hersteller und damit Eigentümer der neuen Sache werden möge. Die Zulässigkeit und Wirkungen einer solchen Vereinbarung sind jedoch stark umstritten.

aa) Einerseits kann § 950 BGB für gänzlich disponibel gehalten¹⁵ und es damit der Entscheidung der Parteien unterworfen werden, ob er für sie gelten soll oder nicht. Vom Gesetzeswortlaut abweichende Vereinbarungen seien dem deutschen Zivilrecht und der ihm zugrunde liegenden Privatautonomie immanent. § 950 Abs. 1 BGB regle nur die Interessenlage zwischen Eigentümer und Verarbeiter und brauche nicht angewendet zu werden, wenn diese sich einig sind.¹⁶ Gleichwohl findet die Privatautonomie Grenzen, etwa im Verbraucher- oder Diskriminierungsschutz, in der Rechtssicherheit und den Interessen der Rechtsgemeinschaft.¹⁷ Jenen trägt das Sachenrecht Rechnung. Es regelt nicht nur die zwischen den Vertragsparteien – *inter partes* – bestehenden relativen

Rechte, sondern es bestimmt die Rechtsverhältnisse an Sachen mit Wirkung gegenüber allen Teilnehmern des Rechtsverkehrs – *inter omnes*. Das Sachenrecht formt also absolute Rechte.¹⁸ An eine Vereinbarung über die dingliche Zuordnung der Sache wären damit nicht nur die Parteien, sondern auch deren Gläubiger gebunden, denen die Sachen gegebenenfalls als Sicherheiten dienen.¹⁹ § 950 Abs. 1 BGB muss danach zwingenden Charakter haben.

bb) § 950 BGB könnte den Parteien aber die Befugnis belassen, den Hersteller zu bestimmen.²⁰ Diese Folgerung wäre hingegen inkonsequent: Einerseits soll die durch § 950 Abs. 1 BGB vorgenommene dingliche Zuordnung zwingend sein, dann kann diese Rechtsfolge schwerlich eintreten, wenn der Hersteller durch Parteivereinbarung bestimmt werden könnte. Die Öffnung für die Parteidisposition kann bei absoluten Rechten kaum sachgerecht sein. § 950 Abs. 1 BGB würde zwar angewendet, allerdings unter Heranziehung unzutreffender Umstände.²¹ Gleichwohl beruht diese Auffassung auf dem Gedanken, dass für die Bestimmung des Herstellers ein verständiger Dritter herangezogen werden muss.²² Kennt dieser nämlich die Vereinbarung zwischen Verarbeiter und prospektivem „Eigentümer“, wird er letzteren auch als Hersteller ansehen können. Diese Ableitung widerspricht aber dem Publizitätsgrundsatz des Sachenrechts. Denn für jede Eigentumsübertragung ist grundsätzlich ein Publizitätsakt nötig: seien es die Verbindung, Vermengung oder Vermischung einer Sache mit einer anderen (ändert sich die Sache, kann der Verkehr auch erkennen, dass sich die Rechte an der Sache ändern) oder der Besitzwechsel im Rahmen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs. Sie erlauben dem Verkehr die Änderung der Eigentumslage wahrzunehmen, was wichtig ist, da die daraus folgenden Rechte gegenüber jedermann gelten. Wäre die Vereinbarung des Herstellers durch die Parteien gestattet, entfielen dieser Publizitätsakt. Eine wegen fehlendem Publizitätsakt missglückte Eigentumsübertragung nach §§ 929 ff. BGB würde so über § 950 Abs. 1 BGB geheilt.²³ Daraus ergeben sich aber Wertungswidersprüche, soweit der Eigentumserwerb nicht allein von den Zufälligkeiten der Parteivereinbarung²⁴ abhängen kann.

cc) Wird die Disponibilität des § 950 Abs. 1 BGB und die Möglichkeit der Vereinbarung eines Herstellers durch Übereinkunft der Beteiligten verneint, muss eine Verlagerung des Eigentumserwerbs vom Verarbeiter auf einen Dritten als Her-

¹³ Schäfer, JuS 1989, 443; Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2011, § 950 Rn. 6.

¹⁴ BGHZ 14, 114 (117).

¹⁵ RGZ 138, 88; 161, 113; Flume, NJW 1950, 841; Dolezalek, AcP 195 (1995), 392; Leible/Sosnitza, JuS 2001, 449 (455).

¹⁶ Dolezalek (AcP 195 [1995], 392) hält eine einschränkende Auslegung von § 950 BGB aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten für geboten; Flume, NJW 1950, 841 (844 ff.); Baur/Stürner (Fn. 6), § 53 Rn. 15 ff.

¹⁷ Umfassend zu den Grenzen der Privatautonomie Paulus/Zenker, JuS 2001, 1.

¹⁸ Zum Absolutheitsgrundsatz im Sachenrecht für alle: Vieweg/Werner, Sachenrecht, 5. Aufl. 2011, § 1 Rn. 6.

¹⁹ Vgl. auch Rothkegel, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, 1974, S. 47.

²⁰ So Rechtsprechung: BGHZ 20, 159 (163); 14, 114 (117); aber auch Teile der Literatur: etwa Hoemann, NJW 1962, 1798 (1802 f.).

²¹ Kindl, in: Beck'scher-Onlinekommentar zum BGB, Ed. 24, Stand 1.8.2012, § 950 Rn. 10.

²² Vieweg/Röthel (Fn. 4), S. 197.

²³ Schäfer, JuS 1989, 443 (444).

²⁴ Vgl. Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl. 1980, § 53 III.

steller dennoch nicht scheitern (arg.: § 647 BGB).²⁵ Die Publizität kann geschaffen werden, wenn eine objektive Lage herbeigeführt wird, in der für jedermann erkennbar wird, dass die Herstellung im wirtschaftlichen Interesse des Dritten erfolgt. Damit lässt sich etwa erklären, warum nicht der den Gegenstand bearbeitende Arbeitnehmer Eigentümer eines Erzeugnisses wird, sondern dessen Arbeitgeber.²⁶ Als Indizien für die Herstellereigenschaft dienen die Veranlassung der Arbeit, das Weisungsrecht und die Tragung des wirtschaftlichen Risikos.²⁷

Demnach müsste die die Beherrschung des Produktionsvorgangs und das Verwendungsrisiko der hergestellten Sache bei J gelegen haben.²⁸ B unterlag allerdings nicht den Weisungen des J und war auch nicht in die Betriebsorganisation des J eingegliedert. Es liegt vielmehr gerade die selbstständig künstlerische Leistung des B vor. J hat für die Fertigung des Werkes keinen Beitrag geleistet.²⁹ J war daher nicht Hersteller der Installation. B hat sein Eigentum nicht durch Verarbeitung an J verloren.

Hinweis: Jedes Ergebnis ist vertretbar. Das LG Düsseldorf hat eine Prüfung des § 950 BGB nicht vorgenommen. Ob dies der Fall war, weil es die Norm schlicht übersehen hat oder das Ergebnis für offenkundig hielt, ist letztlich reine Spekulation. Eine gutachterliche Stellungnahme in einer Klausur muss jedenfalls – insbesondere in Ansehung des im Sachverhalt angelegten Vortrags des J – Aussagen über § 950 BGB treffen.

c) Zwischenergebnis

B hat das Eigentum an der Fettecke nicht durch einen gesetzlichen Erwerbstatbestand verloren.

4. Eigentumsverlust an K durch Rechtsgeschäft

Eine Eigentumsübertragung des B an J käme allerdings durch rechtsgeschäftliche Übereignung in Betracht. Diese bestimmt sich nach den §§ 929 ff. BGB. Ihnen allen gemein ist das Er-

fordernis einer Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber sowie das Erfordernis eines Publizitätsaktes.

Hinweis: Ebenso richtig und dogmatisch wohl „sauberer“ ist die Prüfung der §§ 929 ff. BGB jeweils mit ihren Tatbestandsmerkmalen. Weil aber stets das Tatbestandsmerkmal der Einigung vorliegen muss, bietet es sich aus klausurtaktischen Gründen an, die Prüfung vorzuziehen. Völlig verfehlt wären dagegen Ausführungen zu einer möglichen Schenkung zwischen B und J. Die Schenkung ist ein schuldrechtlicher Vertrag, der den Rechtsgrund für eine Eigentumsübertragung schafft. Die Vermischung von Schuld- und Sachenrecht wäre ein elementarer Verstoß gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip!

a) Einigung

Eine Einigung besteht aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, die den Eigentumsübergang zum Gegenstand haben. Fraglich ist, ob B mit dem Satz „Johannes, jetzt mache ich dir endlich deine Fettecke!“ dem J die Übereignung angeboten hat. Seine Willenserklärung ist nach §§ 133, 157 BGB auszulegen.³⁰

Diese Aussage kann als lediglich künstlerische Widmung, der die rechtliche Bedeutung (namentlich der Rechtsbindungswille) fehlt, zu verstehen sein. B war sich allerdings bewusst, den Raum der H mit Eintritt in den Ruhestand aufgeben und damit auch über den Verbleib der Fettecke entscheiden zu müssen. Deshalb kann die Aussage als (antizipiertes – die „Fettecke“ bestand zum Zeitpunkt der Erklärung noch nicht) Angebot zur Übereignung verstanden werden. Wegen der tiefen Dankbarkeit die B dem J zum Ausdruck brachte, durfte dieser (objektiver Empfängerhorizont) davon ausgehen, dass die Fettecke fortan ihm gehören solle. Dieser erklärte durch die Bekundung seiner sichtbaren Freude auch konkludent die Annahme, sodass eine Einigung vorliegt.

Hinweis: Eine gegenteilige Auffassung ist gut vertretbar. Das LG Düsseldorf konnte die Frage im Ausgangsfall offen lassen.

Hinweis: Ähnlichkeit mit dem Fall (Einbringen einer Sache in ein Gebäude) hat der Problemkreis des Einbaus von eigenem oder fremdem Material in fremde Grundstücke, dem die Rechtsprechung die Qualität von Einigung und Übergabe abspricht.³¹ Er scheint der hiesigen Fragestellung zwar nahe zustehen, doch fehlt es in diesen Fällen regelmäßig überhaupt an einer entsprechenden Willenserklärung, die vorliegend aber gerade abgegeben wurde.³²

²⁵ Unbestritten ist ferner die Möglichkeit der Parteien, im Rahmen einer antizipierten Sicherungsübereignung das Eigentum an der neuen Sache an den Lieferanten zu übertragen. Dies hilft aber zur Kreditsicherung kaum weiter, da der Verarbeiter für eine juristische Sekunde Eigentümer der Sache wird (Durchgangserwerb), so dass an ihr ein gesetzliches Pfandrecht eines Dritten (namentlich ein Vermieterpfandrecht, § 562 BGB) entstehen kann.

²⁶ Im Ergebnis ähnlich: *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 950 Rn. 19; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. 2011, Rn. 519; *Kindl* (Fn. 21), § 950 Rn. 10; *Ebbing* (Fn. 6), § 950 Rn. 10; *Bassenge* (Fn. 7), § 950 Rn. 7.

²⁷ *S. Ebbing* (Fn. 6), § 950 Rn. 10; *Wiegand*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 950 Rn. 34; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 53 III. 2. d).

²⁸ BGHZ 14, 114 (117); 20, 163; *Wolf/Wellenhofer*, Sachenrecht, 26. Aufl. 2011, § 9 Rn. 8.

²⁹ So auch *Schäfer*, JuS 1989, 443 (445).

³⁰ Vgl. BGH NJW 1990, 1913; *K. Schmidt*, JuS 1990, 846; *Wiegand* (Fn. 27), § 929 Rn. 9.

³¹ BGHZ 26, 178.

³² Dazu *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 929 Rn. 31.

b) *Spezielle Voraussetzungen*

Neben der Einigung bedarf es einer Übergabe oder eines ihrer Surrogate. Deren Voraussetzungen richten sich nach §§ 929 S. 1, S. 2, 930 und 931 BGB.

aa) *Übergabe*

§ 929 S. 1 BGB fordert die Übergabe der Sache an den Erwerber. B müsste die Fettecke folglich an J übergeben haben.

Übergabe ist der vom Willen des Veräußerers getragene, tatsächliche Besitzwechsel der Sache vom Veräußerer auf den Erwerber.³³ Der Besitzwechsel erfordert die Neubegründung des Eigenbesitzes beim Erwerber unter vollständiger Aufgabe der Sachherrschaft durch den Veräußerer.³⁴ Rein symbolische Vorgänge genügen nicht.³⁵

Fraglich ist bereits, ob J die Sachherrschaft erlangt hat. Von einer Übergabe Hand-zu-Hand kann kaum gesprochen werden, vergegenwärtigt man sich, dass die Fettecke (1) in fünf Meter Höhe angebracht und (2) mit der Raumwand fest verbunden ist.

In Betracht käme allerdings eine Übergabe des Raumes mit dem die Fettecke verbunden war.³⁶ Als Schlüsselinhaber übte J die tatsächliche Sachherrschaft über das Atelier aus. Alleineigentum kann er dennoch nur erwerben, wenn er auch alleiniger Besitzer des Raumes gewesen ist.³⁷ Denn wenn B noch Mitbesitz am Raum hätte, fehlte es an dessen vollständiger Besitzaufgabe. Für einen Alleinbesitz des J spricht, dass er allein über die Schlüssel des Raumes verfügte. Dem ist allerdings zu entgegnen, dass B ihm diese nur aus organisatorischen Gründen zur Verfügung stellte. Es ist nicht ersichtlich, dass B jeden Besitz am Raum aufgeben wollte. Dieser Befund wird durch die Tatsache erhärtet, dass B das Atelier weiter nutzte und insbesondere private Gegenstände unterstellte.

Da B Mitbesitz am Raum behalten hat und somit nach der „Übergabe“ nicht vollständig besitzlos war, kommt ein Eigentumserwerb nach § 929 S. 1 BGB nicht in Betracht.

Auch ein Eigentumserwerb nach § 929 S. 2 BGB scheitert am fehlenden Alleinbesitz des J.

bb) *Besitzkonstitut*

In Betracht kommt ferner die Vereinbarung eines Besitzkonstituts nach § 930 BGB. Dann müsste B die Sache für J besessen haben. B wäre demnach unmittelbarer Besitzer der den Besitz an J mittelt. Dies steht aber im Widerspruch mit der Besitzlage am Atelier, denn hier ist es genau andersherum: J ist unmittelbarer Besitzer (er hält die Schlüssel), besitzt aber

für den B, dem das Atelier originär durch die H zur Verfügung gestellt wurde. Die Konstruktion des umgekehrten Besitzkonstituts erscheint künstlich und kaum mit der Vorstellungswelt der Beteiligten zu vereinbaren.³⁸

cc) *Abtretung eines Herausgabeanspruchs*

Letztlich bliebe noch die Abtretung eines Herausgabeanspruchs gegen einen Dritten des B an J, § 931 BGB. Hier fehlt es indes schon am Dritten. In Betracht käme allein die H. Diese ist zum maßgeblichen Zeitpunkt aber nur mittelbare Besitzerin zweiter Ordnung. Der unmittelbare Besitz wird seitens B und J in Gestalt des einfachen Mitbesitzes ausgeübt. J hat auch rechtsgeschäftlich kein Eigentum erworben.

c) *Zwischenergebnis*

J hat auch rechtsgeschäftlich kein Eigentum erworben.

II. Ergebnis

J ist nicht Eigentümer der Fettecke geworden. Mangels Aktivlegitimation muss ein Anspruch aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB daher ausscheiden.

Hinweis: Kandidaten, die den Eigentumserwerb des J bejaht haben, müssen dann zu folgenden Punkten Stellung nehmen: Es ist festzustellen, dass die H im Zeitpunkt der Verletzungshandlung (= Zerstörung der Fettecke) Besitzerin ist. Ein Recht zum Besitz (§ 986 Abs. 1 S. 1 BGB) gegenüber J wäre nicht ersichtlich. Die H (bzw. deren Organe) müsste(-n) ferner bösgläubig gewesen sein, das heißt um ihr fehlendes Besitzrecht gewusst oder grob fahrlässig nicht gewusst haben. H war Eigenbesitzer (§ 872 BGB). Sie hielt sich nach dem Tod des B fehlerhaft für die Eigentümerin der Fettecke. Sie hätte aber erkennen können, dass die Fettecke nicht Bestandteil des Raumes und die H daher nicht Eigentümerin geworden ist. Ob damit der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit berechtigt ist, kann mit entsprechender Argumentation bejaht oder verneint werden. Wird die Bösgläubigkeit angenommen, schließt sich die Prüfung an, ob die H den Untergang der Fettecke verschuldet hat. Dafür genügt jede Fahrlässigkeit nach § 276 BGB.³⁹ Ein Fahrlässigkeitsvorwurf lässt sich entweder damit begründen, dass die R in einem künstlerischen Atelier hätte vorsichtiger herangehen müssen (Zurechnung über § 278 S. 1 BGB), oder damit, dass die Leitung der H die R – die kein Verständnis für Kunst hat – nicht für diese Aufgabe hätte auswählen, jedenfalls aber ausreichend hätte instruieren müssen.

B. Ansprüche aus Delikt

J könnte ferner einen deliktischen Anspruch gegen die H haben.

³³ S. Schulte-Nölke, in: Handkommentar-BGB, 7. Aufl. 2009, § 929 Rn. 10.

³⁴ Schon RGZ 77, 201 (208); 137, 23 (25); Bassenge (Fn. 7), § 929 Rn. 11 f.; Wiegand (Fn. 27), § 929 Rn. 62; Baur/Stürner (Fn. 1), § 51 Rn. 19.

³⁵ Oechsler (Fn. 32), § 929 Rn. 54; Wiegand (Fn. 27), § 929 Rn. 65.

³⁶ Vgl. BGH NJW 1979, 714.

³⁷ Erhaltener Mitbesitz ist schädlich, vgl. statt aller: Wieling (Fn. 12), § 9 I 2 e; Berger (Fn. 13), § 929 Rn. 8.

³⁸ Richard/Junker, JuS 1988, 686 (688).

³⁹ Ebbing (Fn. 6), § 989 Rn. 13 f.; Fritzsche, in: Beck'scher Onlinekommentar zum BGB Ed. 24, Stand 1.8.2012, § 989 Rn. 10.

Hinweis: Wer eben das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bejaht hat, muss hier zum Verhältnis von EBV und Deliktsrecht Stellung nehmen. Dieses sperrt jenes durch seine abschließende Regelung. Ob das auch für den bösgläubigen Besitzer gilt, ist umstritten. Tatsächliche Relevanz entwickelt der Streit indes nur beim Vorenthaltungsschaden. Argumentativ lässt sich für eine Anwendbarkeit der §§ 823 ff. BGB vorbringen, dass das EBV den gutgläubigen Besitzer sichern will. Der bösgläubige Besitzer sei hingegen nicht schutzwürdig.⁴⁰ Dagegen spricht aber, dass § 993 Abs. 1 BGB nicht zwischen gut- und bösgläubigem Besitzer unterscheidet. § 992 Abs. 1 BGB ordnet die Anwendbarkeit der §§ 823 ff. BGB für den deliktischen, nicht aber für den bösgläubigen Besitzer an. Letztlich findet diese Lesart auch in den Protokollen des historischen Gesetzgebers Halt.⁴¹

Hinweis: Im Originalfall war H eine vom Land NRW getragene Universität. In Betracht wäre hier eine Amtshaftung gekommen, da die Zurverfügungstellung von universitären Räumen eine öffentliche Aufgabe ist, zu deren Erfüllung R gehandelt hat.⁴²

I. § 831 BGB

J könnte, wegen des Verhaltens der R, einen Anspruch aus § 831 BGB gegen die H haben. Dafür müsste R als Verrichtungsgehilfin der H in Ausführung der Verrichtung objektiv und rechtswidrig den Tatbestand einer Deliktsnorm erfüllt haben. R könnte durch ihr Handeln ein durch § 823 Abs. 1 geschütztes Rechtsgut des J verletzt haben.

1. Eigentum

J hat kein Eigentum erworben, welches durch die Beseitigung der Fettecke hätte verletzt werden können.

2. Berechtigter Besitz

Überlegenswert ist die Verletzung des berechtigten Besitzes des J. Jedenfalls der berechtigte Besitz ist als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB deliktsrechtlich geschützt.⁴³

J übte zunächst mit B gemeinsam Sachherrschaft über das Atelier aus und war damit auch Mitbesitzer (§ 866 BGB) der Fettecke. Hervorzuheben ist, dass innerhalb des berechtigten Besitzes jede Besitzform – also auch der Mitbesitz – vom Deliktsrecht erfasst ist.⁴⁴ Allerdings hat J nach dem Tode des B die Schlüssel für das Atelier an die H herausgegeben. Da-

mit gab er die Herrschaft über das Atelier und der darin befindlichen Sachen auf, sodass er im Moment als R die Fettecke zerstörte, keinen berechtigten Besitz mehr an ihr ausübte. Eine Besitzmittlung durch die H scheitert daran, dass diese die Fettecke gerade für ihre eigene hielt.

3. Anwartschaftsrecht

In Betracht kommt aber auch eine Verletzung eines Anwartschaftsrechtes des J.

Das Anwartschaftsrecht hat mittlerweile eine rechtliche Verselbstständigung erfahren, die eine Anerkennung als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB nach sich zieht.⁴⁵ Damit wird der Einordnung des Anwartschaftsrechtes als „wesensgleiches Minus“ zum Eigentum und dessen selbstständiger Übertrag- und Pfändbarkeit Rechnung getragen.⁴⁶

Fraglich ist allerdings, ob J ein Anwartschaftsrecht an der Fettecke erworben hat.

Dazu müssten bei einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sein, dass der Veräußerer die Rechtsposition des Erwerbers nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstören kann.⁴⁷ Hier hat die dingliche Einigung zwischen B und J bereits stattgefunden. Es fehlt nur am Publizitätsakt. Jener kann aber nicht ohne Zutun des Veräußerers erfolgen, sodass der Erwerb durch B (bzw. dessen Erben) noch verhindert werden kann. Ein Anwartschaftsrecht ist folglich nicht entstanden.

II. Ergebnis

R hat durch die Beseitigung der Fettecke kein Rechtsgut des J verletzt und somit den objektiven Tatbestand des § 823 BGB nicht verwirklicht. Weitere Deliktsnormen kommen nicht in Betracht. Dementsprechend sind die Voraussetzungen einer Haftung der H nach § 831 BGB nicht erfüllt

Hinweis: Die übrigen Voraussetzungen hätten allerdings vorgelegen: Die R handelte weisungsgebunden für die H, im Rahmen dieser Tätigkeit und nicht bloß aus Anlass zerstörte sie die Fettecke. Eine Exkulpation wurde durch die H nicht vorgetragen, gelänge aber auch nicht, da sie mit der R eine Mitarbeiterin ausgewählt hat, die von Kunst nichts verstand und diese auch nicht ausreichend überwacht hat.

Hinweis: Möglich wäre ferner eine Prüfung von § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 31 BGB (analog), die aber ungeachtet der übrigen Voraussetzungen schon mangels Rechtsgutsverletzung zum selben Ergebnis führen muss. Nicht hinnehmbar wäre hingegen der Versuch, ein deliktisches Verhalten der R der H durch § 278 BGB zuzurechnen. Dieser ist im Deliktsrecht unstreitig unanwendbar!

⁴⁰ Müller, JuS 1983, 516 (519).

⁴¹ Motive III, S. 394.

⁴² Vgl. Richard/Junker, JuS 1988, 686 (690).

⁴³ BGHZ 137, 98; wohl auch RGZ 59, 326 (328); Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 823 BGB Rn. 157 f.; Teichmann, in: Jauernig, 14. Aufl. 2011, § 823 Rn. 16; abw. jeglicher Besitz: Spindler, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 24, Stand 1.8.2012, § 823 Rn. 8; Hager, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 823 Rn. B 167.

⁴⁴ BGHZ 62, 243 (248 ff.); Spindler (Fn. 43), § 823 Rn. 85.

⁴⁵ BGHZ 114, 163; Wagner (Fn. 43), § 823 Rn. 151; Baur/Stürner (Fn. 6), § 59 Rn. 45.

⁴⁶ Berechtigte dogmatische Zweifel hat Armgardt, JuS 2010, 486 (488).

⁴⁷ BGH NJW 1955, 544.

C. Ergebnis

J hat keinen Anspruch auf Ersatz der 100.000 € gegen H.

Weiterführende Literatur

Richard/Junker, JuS 1988, 686; *Schäfer*, JuS 1989, 443; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 515 ff.; *Dolezalek*, AcP 195 (1995), 392.

Übungsfall: Störung am Volkstrauertag

Von Privatdozent Dr. **Julian Krüper**, Wiss. Mitarbeiterin **Hana Kühn**, Freiburg/Düsseldorf*

Sachverhalt

A ist Aktivist am rechten Rand des politischen Spektrums und der Auffassung, dass die Bundesrepublik sich von der historischen Belastung des Nationalsozialismus „endlich befreien“ müsse, um zu neuem und angemessenem Selbstbewusstsein zu kommen. Besonders regen den A die „fortdauernden Schuld- und Unterwerfungsbekanntnisse deutscher Politiker“ auf. Sein Ziel ist es daher, „eine Gegenöffentlichkeit“ zu schaffen. In dem B hat der A einen Gesinnungsgenossen gefunden, gemeinsam verschreiben sie sich dieser Aufgabe.

Am 18.11.2012, dem Volkstrauertag, sehen sie eine gute Gelegenheit, ihrem Ansinnen Ausdruck zu verleihen. An diesem Tag findet in der nordrhein-westfälischen Stadt S eine einstündige Veranstaltung „zum Gedenken der Toten aller Kriege und der Unterdrückung durch Diktatur und Terrorherrschaft“ statt. Sie wird am „Mahnmal für die Gefallenen aller Kriege“ auf dem Hauptfriedhof von S abgehalten (das Mahnmal wird nicht durch Landesgesetz zur Gedenkstätte erhoben, die an die Opfer der menschenunwürdigen Behandlung unter der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft erinnert). Zur Durchführung bedarf es laut örtlicher Friedhofssatzung einer Sondernutzungsgenehmigung der Stadt S als Trägerin des Friedhofs. Eine solche haben die Veranstalter der Gedenkstunde erhalten. Der geplante und Gegenstand der Genehmigung gewordene Ablauf sieht ab 11 Uhr ein Gedenken „in Ruhe und Stille“ vor. Es soll nach einer Rede eine Schweigeminute abgehalten und ein Kranz zu Ehren der Verstorbenen niedergelegt werden. Politische Äußerungen und Bekenntnisse sollen ausdrücklich nicht stattfinden.

A und B begeben sich um 11 Uhr auf den öffentlichen Parkplatz unmittelbar vor dem Haupteingang des Friedhofs. Sie halten jeweils ein großes Plakat hoch, von denen das eine die Aufschrift trägt „Deutsche sind keine Antisemiten wegen Göbbels und Hitler – wohl aber judenkritisch wegen USrael, Sharon, Spiegel, Friedmann und vielen Lea Rosh's!“¹. Auf dem anderen Plakat steht „Sie missbrauchen den Volkstrauertag für Ihre Juden- und Kommunistenpropaganda!!!“. Ihre Thesen untermalen A und B auch durch ein entsprechend provokantes Outfit: Beide tragen eine Wehrmachtsuniform, zu der auch jeweils täuschend echt aussehende Gewehr-Attrappen gehören.

Die eintreffenden Teilnehmer der Gedenkveranstaltung sind schockiert und bestürzt von diesem „unwürdigen“ Ver-

halten. Eine Reihe älterer Teilnehmer kehrt um und nimmt nicht an der Veranstaltung teil, vereinzelt reagieren Teilnehmer panisch und verängstigt auf die Uniformen und die Plakate. Viele fühlen sich „an schlimmste Zeiten erinnert“. Bald treffen zwei Polizeibeamte der zuständigen Polizeibehörde am Friedhof ein. Sie nehmen A und B zunächst formell rechtmäßig die Plakate weg, was die beiden jedoch nicht sonderlich beeindruckt. Stattdessen beginnen sie, ihre Parolen nun laut zu rufen. Daraufhin fordern die Polizisten – wiederum formell rechtmäßig – A und B auf, sich umgehend vom Friedhof und dessen unmittelbarer Umgebung bis 12.30 Uhr zu entfernen. A und B murren, sie könnten auf öffentlichen Straßen tun und lassen, was sie wollen, leisten der Aufforderung dann aber Folge. Kurz darauf beginnt die Veranstaltung.

A will sich aber nicht von „dahergelaufenen“ Polizisten seine Meinung verbieten lassen. Daher kehrt er um 12.45 Uhr allein und in seiner alltäglichen Kleidung zum Friedhof zurück, um sein Werk fortzusetzen. Dass die Gedenkveranstaltung mittlerweile beendet ist, hindert ihn nicht daran, direkt am „Mahnmal für die Gefallenen aller Kriege“ auf dem Friedhof stehend, seine politischen Überzeugungen lauthals zu äußern. Im Wesentlichen skandiert er dabei die Parole: „Deutschland, wirf Dein geschichtliches Joch ab!“ Dadurch fühlen sich die Friedhofsbesucher, die auf dem Weg zu den Gräbern ihrer Angehörigen das Mahnmal passieren, belästigt und sehen die Totenruhe gestört. Als die Polizeibeamten den A diesmal direkt auf dem Friedhof antreffen, nehmen sie ihn ohne Umschweife mit in ihr Dienstfahrzeug und fahren den A in dessen Wohnung in der 40 km entfernten Stadt D. Dies dauert etwa 45 Min.

Mit den Geschehnissen am 18.11.2012 ist A insgesamt unzufrieden. Er ist der Meinung, dass die Polizisten rechtswidrig gehandelt haben. Hat A mit dieser Annahme Recht?

Nehmen Sie zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung. Straßenrecht ist nicht zu prüfen. Die ggf. zu prüfende formelle Rechtmäßigkeit der Verbringung des A nach Hause ist zu unterstellen.

Lösungshinweis

Die Bedenken des A beziehen sich auf drei voneinander zu trennende Maßnahmen der Polizisten: die Wegnahme der Plakate, die Verweisung von A und B vom Friedhof sowie das Nach-Hause-Fahren des A nach dessen Rückkehr zum Friedhof. Diese drei Maßnahmen sind auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu prüfen.

Anhang

Friedhofssatzung der Stadt S

§ 1 Zweck

(1) Die Friedhöfe in S sind nicht-rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts.

(2) Die Friedhöfe dienen der Ehre und dem Gedenken der Toten. Sie sind daher als Begräbnisstätten gewidmet für alle Verstorbenen [...].

* *Julian Krüper* ist Privatdozent an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und zur Zeit Vertreter des Lehrstuhls für Verwaltungsrecht am Institut für Öffentliches Recht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. *Hana Kühn* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtstheorie und Rechtssoziologie von Prof. Dr. *Martin Morlok* an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Wortlaut entspricht dem Original unter Beibehaltung aller sprachlichen Fehler (VG Sigmaringen, Urt. v. 26.1.2006 – 8 K 308/04).

§ 5 Verhalten auf Friedhöfen

(4) Totengedenkfeiern auf den Friedhöfen bedürfen der Genehmigung der Stadt. Sie sind spätestens 4 Tage vorher anzumelden.

Lösung

I. Beschlagnahme der Plakate von A und B

Die Wegnahme der Plakate von A und B war rechtmäßig, wenn sie auf einer Ermächtigungsgrundlage beruhte, sowie formell und materiell rechtmäßig war.

1. Ermächtigungsgrundlage

A und B veranstalten den Protest am Volkstrauertag zu zweit, so dass möglicherweise eine Ermächtigungsgrundlage aus dem spezielleren Versammlungsgesetz einer Befugnisnorm aus dem Polizeigesetz vorgeht. Die übliche Bezeichnung des Versammlungsgesetzes als „polizeifest“ ist nichts anderes als die Umformulierung des generellen Vorrangs von spezielleren Normen vor generellen.² Im abschließenden (!) Anwendungsbereich des Versammlungsgesetzes dürfen polizeiliche Maßnahmen nur auf das Versammlungsgesetz gestützt werden, die Polizeigesetze der Länder finden keine Anwendung.³

a) Anwendungsbereich des VersG⁴

aa) Versammlung

Dazu müsste es sich bei der Veranstaltung von A und B vor dem Haupteingang des Friedhofs um eine Versammlung im Sinne des § 1 VersG handeln. Eine Versammlung⁵ ist eine Zusammenkunft mehrerer Personen zu einem gemeinsamen Zweck.

Die Anforderungen an die notwendige Anzahl von Personen für eine Versammlung sowie die Bedeutung eines gemeinsamen Zwecks der Personen sind hoch umstritten. Die für eine Versammlung konstitutive Mindestteilnehmerzahl wird unterschiedlich angesetzt, teils bei zwei, drei oder sieben⁶ Personen.⁷ Dahinter steht ein je unterschiedliches Verständnis des Versammlungsbegriffs, ein stärker auf öffentliche Meinungs-

bildung und ein stärker auf persönliche Entfaltung des Einzelnen in der Gruppe bezogenes. Je nachdem, welches Element stärker betont wird, variieren die Anforderungen an die Mindestzahl der Beteiligten. Entscheidend dabei ist: Der Mehrwert einer Versammlung im Vergleich zu einer Meinungskundgabe eines einzelnen steigt nicht erst durch eine erhöhte Zahl der Beteiligten. Schon zwei Personen sind in der Lage, einen sozialen Kontakt herzustellen, Meinungen auszutauschen und ein gemeinschaftliches Ziel zu verfolgen.⁸ Gerade auch der Kontakt von nur zwei Personen ist vor staatlichen Eingriffen besonders abzuschirmen.⁹ Der Mehrwert einer Versammlung im Vergleich zu der Betätigung der individuellen Meinungsfreiheit ist also schon bei einer Zusammenkunft von zwei Personen gegeben. Erst recht streitet der individualbezogene Schutzzweck von Art. 8 Abs. 1 GG für ein weites Verständnis des Versammlungsbegriffs. Das Grundrecht schützt auch vor gezielter oder zufälliger Isolation des Einzelnen durch staatliche Maßnahmen. Gerade das spricht dafür, bereits zwei Personen den Status einer Versammlung zuzuerkennen.¹⁰ Daher reicht das Zusammentreffen von A und B aus, um eine Versammlung zu begründen.

bb) Gemeinsame Zweckverfolgung

Für das Vorliegen eines spezifischen Versammlungszwecks fordert eine strenge Ansicht die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung.¹¹ A und B wollen mit ihrer Aktion auf dem Parkplatz vor dem Friedhof eine „Gegenöffentlichkeit“ zu der ihrer Meinung nach falschen Haltung der deutschen Bevölkerung zum Nationalsozialismus schaffen. Damit zielt ihre Veranstaltung gerade auf die Beeinflussung der öffentlichen Meinungsbildung, sodass die Veranstaltung von A und B bereits den strengsten Anforderungen an den Versammlungszweck genügt.¹²

cc) Ausschlussstatbestände „Unfriedlichkeit“ und „ohne Waffen“

Möglicherweise steht der Qualifikation der Veranstaltung von A und B als Versammlung aber entgegen, dass sie Waffen und Wehrmatsuniformen tragen, also in einer soldatischen Aufmachung vor dem Friedhof antreten.

Der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG umfasst nur Versammlungen, die friedlich und ohne Waffen veranstaltet werden. Versammlungen, die entweder unfriedlich oder unter Mitführen von Waffen abgehalten werden, unterfallen damit nicht dem Schutzbereich der Versammlungsfreiheit.

² Meßmann, JuS 2007, 524 (525).

³ Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 13 ff.

⁴ Nach der Föderalismusreform 2006 fällt das Versammlungsrecht in die Gesetzgebungskompetenz der Länder gem. Art. 70 Abs. 1 GG. Von dieser Zuständigkeit haben vier Bundesländer (Bayern, Niedersachsen, Sachsen und Sachsen-Anhalt) bereits Gebrauch gemacht, sodass in diesen Ländern das jeweilige Landesversammlungsgesetz zu prüfen ist. Da es in NRW kein Landesversammlungsrecht gibt, findet hier das (Bundes-)VersG Anwendung, vgl. Art. 125a GG.

⁵ Zu möglichen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 8 GG s. Pötte/Werkmeister, ZJS 2011, 222.

⁶ Die Zahl knüpft an § 56 BGB an, welcher für die Gründung eines Vereins sieben Personen verlangt.

⁷ Vgl. Kniesel/Poscher, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. K. (Versammlungsrecht), Rn. 46.

⁸ Michael/Morlok, Grundrechte. 3. Aufl. 2012, Rn. 268; Kniesel, NJW 2000, 2857 (2857).

⁹ Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Kommentar zum GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 8 Rn. 23.

¹⁰ VGH Baden-Württemberg VBl. BW 2008, 60; Depenheuer, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 65. EL. 2012, Art. 8 Rn. 32: „Es gibt keinen ‚Grundrechtszuwachs kraft Kollektivität‘“.

¹¹ BVerfGE 104, 92 (104).

¹² Vgl. Dietel/Gintzel/Kniesel, Kommentar zum VersG, 16. Aufl. 2011, § 1 Rn. 53.

(1) Wehrmachtsuniformen

Das Friedlichkeitsgebot des Art. 8 Abs. 1 GG richtet sich gegen einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf einer Versammlung. Für die Annahme einer Unfriedlichkeit genügt bereits die Prognose eines solchen Verlaufs, gewalttätige oder aufrührerische Handlungen müssen nicht bereits vorgenommen worden sein. Der von Art. 8 Abs. 1 GG gewährten Gestaltungsfreiheit für den Ablauf einer Versammlung unterfällt aber grundsätzlich auch eine Wahl der Aufmachung der Teilnehmer. Eine bestimmte Kleidung kann Ausdruck einer kollektiven Meinungsäußerung sein, diesbezüglich statuiert Art. 8 Abs. 1 GG kein Verbot. Dass durch Vermummung, Uniformierung oder Formation der Versammlungsteilnehmer ein Eindruck physischer Überlegenheit entstehen kann, ist auf der Ebene der Schranken zu berücksichtigen. Solange die Gestaltung der Versammlung die Grenzen zur Unfriedlichkeit nicht übertritt, genießen die Teilnehmer eine freie Wahl ihres äußeren Erscheinungsbildes.¹³

Die bloße Uniformierung von A und B bietet kein hinreichendes Indiz dafür, dass A und B im Verlauf ihrer Versammlung körperlich auf Personen oder Sachen einwirken wollen oder körperlichen Widerstand zu leisten beabsichtigen. Sie wollen mit ihrer Aufmachung ihren Protest visuell verstärken, nicht aber eine Gewaltbereitschaft ausdrücken. Daher unterfällt ihre Kleidung der von Art. 8 Abs. 1 GG geschützten Gestaltungsfreiheit bei einer Versammlung und ist nicht wegen eines unfriedlichen Charakters vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG ausgeschlossen.

(2) Gewehr-Attrappen

Das von Art. 8 Abs. 1 GG statuierte Waffenverbot richtet sich nicht nur gegen das Verwenden von Waffen, sondern umfasst auch deren bloßes Mitführen.¹⁴ Hinter der Ausklammerung bewaffneter Versammlungen aus dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG steht der Gedanke, dass Versammlungen unter freiem Himmel in Kontakt zur Außenwelt treten und so Interessenkollisionen und Gefahren hervorrufen können, die eine besondere Regelung durch das Recht erforderlich machen.¹⁵ Insbesondere ist einer objektiven Gefährlichkeit im Verlauf einer Versammlung in diesem Sinne entgegenzuwirken.

Vor diesem Hintergrund sind Waffen des Art. 8 Abs. 1 GG jedenfalls solche im technischen Sinne entsprechend der Definition des § 1 WaffG.¹⁶ Die von A und B mitgeführten Gewehrattrappen sehen zwar täuschend echt aus, sind aber funktionsunfähig und unterfallen daher nicht dem Anwendungsbereich von § 1 WaffG. Zudem sind solche Gegenstände als Waffen im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG zu verstehen, die objektiv dazu geeignet sind, Verletzungen herbeizuführen

und auch zu diesem Zweck mitgeführt werden.¹⁷ Potentiell ist beinahe jeder Gegenstand als Schlag-, Stich- oder Schneidemittel verwendbar. Damit die Schutzbereichsbegrenzung des Art. 8 Abs. 1 GG nicht viel zu restriktiv ausfällt, kann also nicht das Mitführen von Gegenständen schlechthin einen Verstoß gegen das Waffenverbot begründen.

Hier ist bereits anzuzweifeln, dass die Gewehr-Attrappen objektiv in einer Weise verwendbar sind, die zu Verletzungen führt. Jedenfalls haben A und B sie mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt nicht zu diesem Zweck mitgebracht. Die Attrappen vervollständigen vielmehr das Erscheinungsbild eines Wehrmachts-Soldaten, welches A und B nacheifern, um ihren Aussagen visuellen Nachdruck verleihen. Die Gewehr-Attrappen führen daher nicht zu einem Ausschluss der Versammlung von A und B aus dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG (a.A. gut vertretbar).

Der Versammlungsbegriff des § 1 VersG ist weiter gefasst als der des Art. 8 Abs. 1 GG, er schließt unfriedliche Versammlungen *mit* Waffen nicht aus. Hier ist aber bereits der strengere Anwendungsbereich des Art. 8 Abs. 1 GG eröffnet, so dass auf das Verhältnis zwischen verfassungs- und einfachrechtlichem Versammlungsbegriff nicht eingegangen werden muss.¹⁸

dd) Sonstige Voraussetzungen der Anwendung des VersG

Die Versammlung hat bei Eintreffen der Polizisten bereits begonnen, so dass auch der zeitliche Anwendungsbereich des Versammlungsgesetzes eröffnet ist. A und B halten sich bei der Veranstaltung ihrer Protestkundgebung unter freiem Himmel auf, zudem ist nicht ersichtlich, dass sie die Versammlung durch bestimmte Vorkehrungen von der Öffentlichkeit abschirmen. Sie veranstalten also eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel, auf die die Vorschriften der §§ 14 ff. VersG anzuwenden sind.

b) Ermächtigungsgrundlagen für Maßnahmen innerhalb der Versammlung

Mögliche Maßnahme zur Abwehr von Gefahren durch die bereits andauernde Versammlung von A und B ist nur die Auflösung gem. § 15 Abs. 3 VersG, eine Vorschrift zur Wegnahme von Gegenständen findet sich in diesem Abschnitt des VersG nicht.¹⁹ Zum Zeitpunkt der Plakat-Beschlagnahme bei

¹³ *Depenheuer* (Fn. 10), Art. 8 Rn. 73.

¹⁴ *Höfling*, in: Sachs, Grundgesetzkommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 8 Rn. 28.

¹⁵ BVerfGE 69, 315 (353).

¹⁶ *Kniesel/Poscher* (Fn. 7), Kap. K. (Versammlungsrecht), Rn. 63.

¹⁷ *Schulze-Fielitz* (Fn. 9), Art. 8 Rn. 45; zu Waffen im untechnischen Sinne vgl. etwa VG Braunschweig NVwZ 1988, 661 (662 f.).

¹⁸ Handelte es sich im vorliegenden Fall um Waffen i.S.d. § 1 WaffG, wäre die Veranstaltung von A und B nicht durch Art. 8 Abs. 1 GG geschützt. Dies änderte aber nichts an der Anwendbarkeit des § 1 VersG, da dieser keine entsprechende Ausgrenzung vornimmt. Der Anwendungsbereich des § 1 VersG ist auch i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG zu reduzieren, dem Mitführen von objektiv gefährlichen Waffen kann auf der Rechtsfolgenebene einer Maßnahme nach dem VersG begegnet werden.

¹⁹ Anders in Bayern und Niedersachsen: Dort regeln Art. 15 Abs. 4 BayVersG bzw. § 8 Abs. 1 NdsVersG explizit die Be-

A und B ist es jedoch nicht erforderlich, bereits die Versammlung in ihrer Gänze aufzulösen, die Polizisten konnten zunächst berechtigterweise davon ausgehen, dass die bloße Wegnahme der Plakate hinreichend wäre.

aa) Zulässigkeit von Minusmaßnahmen

Beschränkungen einer Versammlung stellen im Vergleich zu deren Auflösung einen geringeren Eingriff dar. Wenn also die Voraussetzungen für die Auflösung einer Versammlung vorliegen, müssen erst recht weniger belastende Beschränkungen der Versammlung zulässig sein. Diese geringeren Eingriffe werden als Minus- oder Mindermaßnahmen bezeichnet. Über deren Zulässigkeit herrscht Einigkeit, nicht jedoch über ihre dogmatische Verankerung.²⁰

bb) Ermächtigungsgrundlage für Minusmaßnahmen

Einer Ansicht zufolge erfordern Minusmaßnahmen einen Rückgriff auf die Vorschriften des jeweils geltenden Polizeigesetzes bzw. dessen Rechtsfolgen, allerdings unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 VersG.²¹ Hiernach wäre Ermächtigungsgrundlage für die Beschlagnahme der Plakate von A und B § 15 Abs. 3 VersG i.V.m. § 43 Nr. 1 PolG NW²² bzw. der Rechtsfolge dieser Vorschrift.

Gegen die Annahme einer solchen normativen Verankerung in sowohl Versammlungs- als auch Landes-Polizeigesetz spricht, dass das VersG als abschließende Regelung der öffentlichen Versammlungen konzipiert ist.²³ Rechtspraktisch ist an dieser Lösung unbefriedigend, dass das Bundes-Versammlungsgesetz, welches jedenfalls noch in zwölf Bundesländern Anwendung findet, durch den Rückgriff auf Landes-Polizeirecht im Grundsatz uneinheitlich ausgelegt würde. Eine für

fugnis zu Minusmaßnahmen auch *während* einer Versammlung, denn sie ermächtigen in diesem Zeitraum sowohl zur Auflösung als auch Beschränkung einer Versammlung. Daraus folgt, dass auf die Diskussion um die dogmatische Verankerung von Minusmaßnahmen in diesen Bundesländern nicht einzugehen ist, weil sie bereits gesetzlich geregelt sind. In den Versammlungsgesetzen in Sachsen und Sachsen-Anhalt besteht zu der Frage der Minusmaßnahmen eine dem (Bundes-)VersG vergleichbare Rechtslage, vgl. § 15 SächsVersG bzw. § 13 VersG LSA.

²⁰ Kötter/Nolte, DÖV 2009, 399 (401).

²¹ BVerwGE 64, 55 (57 f.); BVerwG NVwZ 1988, 250; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 379.

²² In Baden-Württemberg § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG BW, in Bayern Art. 25 Nr. 1 PAG, in Berlin § 38 Nr.1 ASOG Bln, in Brandenburg § 25 Nr. 1 BbgPolG, in Bremen § 23 Nr. 2 BremPolG, in Hamburg § 14 Abs. 1 lit. a SOG, in Hessen § 40 Nr. 1 HSOG, in Mecklenburg-Vorpommern § 61 Abs. 1 S. 1 SOG MV, in Niedersachsen § 26 Nr. 1 NdsSOG, in Rheinland-Pfalz § 22 Nr. 1 POG RP, im Saarland § 21 Nr. 1 SPolG, in Sachsen § 27 Abs. 1 Nr. 1 SächsPolG, in Sachsen-Anhalt § 45 Nr. 1 SOG LSA, in Schleswig-Holstein § 210 Abs. 1 Nr. 1 LVwG, in Thüringen § 27 Nr. 1 PAG TH.

²³ Kniesel/Poscher (Fn. 7), Kap. K. (Versammlungsrecht), Rn. 28.

Minusmaßnahmen aus VersG und Landespolizeigesetz kombinierte Ermächtigungsgrundlage ist daher abzulehnen.

Minusmaßnahmen sind einer anderen Ansicht zufolge als Auflagen gem. § 15 Abs. 1 VersG *während* der Veranstaltungen zu verstehen.²⁴ Dahinter steht eine Lesart des § 15 VersG, der Auflagen nicht nur im Vorfeld, sondern auch nach Beginn einer Versammlung erlaubt.

Eine dritte Auffassung wendet bei Minusmaßnahmen ausschließlich § 15 Abs. 3 VersG in Verbindung mit den Grundsätzen zu Minusmaßnahmen an. Beide Ansätze verzichten richtigerweise auf einen Rückgriff auf das jeweilige Polizeigesetz und verlangen auch für Minusmaßnahmen das Vorliegen der Voraussetzungen von § 15 Abs. 3 VersG. Der Anwendung ausschließlich des VersG für Minusmaßnahmen ist daher zuzustimmen.²⁵

Ermächtigungsgrundlage für die Beschlagnahme der Plakate ist daher als Minus zu einer Auflösung der Versammlung § 15 Abs. 3 VersG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme ist laut Sachverhalt gegeben.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Nach § 15 Abs. 3 Var. 4 VersG²⁶ können die Polizisten die Plakate beschlagnahmen, wenn die Voraussetzungen für ein Verbot gem. § 15 Abs. 1 oder 2 VersG vorgelegen haben.

aa) Verbot nach § 15 Abs. 2 S. 1 (Nr. 1 und 2) VersG

Die Versammlung von A und B müsste hierfür an einem Ort stattgefunden haben, der als Gedenkstätte von historisch herausragender, überregionaler Bedeutung an die Opfer der menschenunwürdigen Behandlung unter der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft erinnert.

Das Mahnmal für die Gefallenen aller Kriege müsste dazu den Status einer Gedenkstätte gem. § 15 Abs. 2 S. 3 VersG tragen. Laut Sachverhalt fehlt dem Mahnmal auf dem Friedhof von D mangels landesrechtlicher Begründung dieses Status allerdings die Qualität einer Gedenkstätte. Die Voraussetzungen für ein Verbot nach § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VersG liegen nicht vor. Auf die Beeinträchtigung der Würde der Opfer gem. § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VersG kommt es daher hier nicht mehr an.

²⁴ BVerfGE 69, 315 (353); Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 3), § 23 Rn. 15.

²⁵ So i.E. auch Kniesel/Poscher (Fn. 7), Kap. K. (Versammlungsrecht), Rn. 26 ff.; Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 3), § 23 Rn. 15; Diel/Gintzel/Kniesel (Fn. 12), § 15 Rn. 138 f.

²⁶ In Bayern ist Ermächtigungsgrundlage für die Plakatbeschlagnahme § 15 Abs. 4 BayVersG, in Niedersachsen § 8 Abs. 1 NdsVersG.

bb) Verbot nach § 15 Abs. 1 VersG

Ein Verbot gem. § 15 Abs. 1 VersG erfordert eine unmittelbare Gefahr für die Öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch die Versammlung.

*(1) Gefahr für die Öffentliche Sicherheit**(a) Objektive Rechtsordnung**(aa) Verstoß gegen das Waffenverbot gem. § 2 Abs. 3 VersG²⁷*

Die nachgebildeten Waffen, welche A und B mitführen, sind zwar keine Waffen im technischen Sinne. Sie können allerdings als Gegenstände so verwandt werden, dass sie zur Verletzung von Personen oder Beschädigung von Waffen führen. Auch solche Waffen im nichttechnischen Sinne sind von dem Begriff des § 2 Abs. 3 VersG erfasst.²⁸

Hintergrund des strikten Bewaffnungsverbots in § 2 Abs. 3 VersG ist die Annahme, dass die Mitnahme von Waffen potentielle Unfriedlichkeit suggeriert und daher nicht dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG unterfällt. Aus diesem Grund ist es grundsätzlich verhältnismäßig, „bewaffnete Versammlungen“ weitreichenderen Eingriffsbefugnissen der Polizei auszusetzen. Allerdings darf dabei die Auslegung des Mitführens von Waffen im Sinne des § 2 Abs. 3 VersG nicht so extensiv erfolgen, dass die Unfriedlichkeitsgrenze des Art. 8 Abs. 1 GG bei Weitem unterschritten wird. Der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG kann mit anderen Worten nicht einfachrechtlich dadurch ausgehöhlt werden, dass das Waffenverbot des § 2 Abs. 3 VersG zu einem Verbot der Mitnahme jeglicher Gegenstände zu einer Versammlung avanciert. Daraus ergäbe sich eine potentielle Eingriffsbefugnis der Polizei gegenüber einer Versammlung bereits, wenn die Versammlungsteilnehmer einen Schlüsselbund direkt am Körper tragen, weil auch dieser Gegenstand zur Schädigung von Personen und Sachen geeignet ist.

Das Mitführen der Gewehrnachbildungen durch A und B als bloße „Accessoires“ der Wehrmachtuniformen kann aus diesem Grund nicht bereits einen Verstoß gegen § 2 Abs. 3 VersG darstellen (a.A. vertretbar).

(bb) Verstoß gegen das Uniformverbot gem. § 3 Abs. 1 VersG²⁹

Nach § 3 Abs. 1 VersG ist es verboten, in einer Versammlung – jedweder Art – Uniformen als Ausdruck einer gemeinsamen Gesinnung zu tragen. Die Aufmachung von A und B ist nicht nur eine gleichförmige Kleidung, die sich ihrer Gestalt nach von der üblichen Bekleidung unterscheidet,³⁰ sondern als Bekleidung eines Wehrmachtssoldaten Uniformierung im engeren Sinne. A und B tragen die Wehrmachtuniform, um mehr Aufsehen für ihre politische Aussage über die ihrer Auf-

fassung nach missliche fortwirkende Verantwortung Deutschlands für die Taten im Nationalsozialismus zu erregen. Damit kann man das Tragen der Uniformen einer politischen Gesinnung von A und B zurechnen, mit der Folge, dass sie bereits durch das Tragen der Uniformen gegen das Verbot aus § 3 Abs. 1 VersG verstoßen hätten. Eine solch strikte Auslegung verfehlte aber den Zweck des Uniformverbots aus § 3 Abs. 1 VersG, welches lediglich verhindern will, dass insbesondere in der Öffentlichkeit abgehaltene Versammlungen durch eine besondere Inszenierung nach außen einen einschüchternden Gesamteindruck vermitteln. Gerade der Ausdruck einer politischen Gesinnung durch gleichförmige Kleidung ist hierfür weniger maßgeblich als die äußere Erscheinung der Versammlungsgesamtheit. Erst wenn man aus der äußeren Gestaltung des Versammlungsbildes ein aggressives, überlegenes, bedrohliches oder militantes Verhalten erkennen kann, macht im Lichte der Schutzbereichsbegrenzung des Art. 8 Abs. 1 GG auf friedliche Versammlungen ein Uniformierungsverbot Sinn.³¹ Daher ist § 3 Abs. 2 VersG verfassungskonform teleologisch so zu reduzieren, dass erst eine Uniformierung, die einen bedrohlichen oder einschüchternden Gesamteindruck der Versammlung vermittelt, zu einem Verstoß gegen § 3 Abs. 2 VersG führen.³²

Bei A und B handelt es sich lediglich um zwei Personen. Zudem tragen sie die Uniformen bloß und marschieren nicht etwa auf und ab. Es lässt sich aus diesem Verhalten kein suggestiv-milanter Eindruck der Versammlung ableiten, so dass sie nach der hier vertretenen restriktiven Auslegung nicht gegen § 3 Abs. 1 VersG verstoßen.

(cc) Verstoß gegen § 130 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 StGB

Das Verhalten von A und B könnte aber den Tatbestand des § 130 StGB erfüllen. Namentlich käme ein Verstoß gegen § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB dadurch in Betracht, dass A und B das Plakat mit der Aufschrift „Sie missbrauchen den Volkstrauertag für Ihre Juden- und Kommunistenpropaganda!!!“ nutzen. Die Verwendung des Begriffs der „Judenpropaganda“ könnte eine Aufstachelung zum Hass gegen eine religiöse Gruppe im Sinne der Vorschrift sein. Dabei kann offensichtlich nicht bereits jede, und sei es auch krass abwertende Meinungsäußerung den Tatbestand erfüllen. Erforderlich ist für das Aufstacheln zum Hass vielmehr „eine besonders intensive Form der Einwirkung [...], mit welcher der Täter über die bloße Ablehnung oder Verachtung hinaus in eindringlicher Form Feindschaft schürt“.³³ Ausländer- oder konfessionsfeindliche Propaganda genügt also nicht schon für die Verletzung des Tatbestandes.³⁴

Hier bringen A und B zwar ein scharfes Unwerturteil zum Ausdruck, das sich aber von seinem objektiven Aussagegehalt vor allem auf bestimmte „Propaganda“ bezieht, und nur ver-

²⁷ In Bayern Art. 6 BayVersG, in Niedersachsen § 3 Abs. 1 bzw. Abs. 2 NdsVersG, in Sachsen § 2 Abs. 3 S. 1 SächsVersG, in Sachsen-Anhalt § 2 Abs. 3 VersG LSA.

²⁸ Dietel/Gintzel/Kniesel (Fn. 12), § 2 Rn. 17.

²⁹ In Bayern Art. 7 BayVersG, in Niedersachsen § 3 Abs. 3 NdsVersG, in Sachsen § 2 Abs. 3 S. 1 SächsVersG, in Sachsen-Anhalt § 3 VersG LSA.

³⁰ Dietel/Gintzel/Kniesel (Fn. 12), § 3 Rn. 5.

³¹ Insofern ist die Fassung des § 7 BayVersG treffender, die nur bei einer einschüchternden Wirkung der Versammlung ein Uniformierungsverbot statuiert.

³² Aus den gleichen Gründen plädieren Dietel/Gintzel/Kniesel (Fn. 12), § 3 Rn. 23 ff. für eine Neufassung des § 3 VersG.

³³ Schäfer, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2012, § 130 Rn. 41.

³⁴ Schäfer (Fn. 33), § 130 Rn. 44.

mittelt auf deren Urheber („Kommunisten und Juden“). Die Verwendung des Begriffs Jude/Juden in sich ist wertungsneutral und wird erst abwertend durch den spezifischen Verwendungskontext („missbrauchen“ des Volkstrauertages für „Propaganda“). Die Intensität einer besonders intensiven Form der Einwirkung wird dabei aber nicht erreicht. Eine Verletzung von § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB kommt also nicht in Betracht.

Ein Verstoß gegen § 130 Abs. 3 StGB scheidet hier ebenfalls aus, weil die Äußerungen von A und B durch die Plakate und die Rufe nicht schlechthin als eine Billigung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft gewertet werden können. Beide Plakate lassen zwar eine antisemitische Grundhaltung von A und B deutlich erkennen, darüber hinaus sind den Plakaten aber keine generalisierbaren Aussagen über die Bewertung des Nationalsozialismus zu entnehmen. Antisemitismus ist dabei zwar sozial stark missbilligt, aber nicht als solcher verboten.

Andere Tatbestandsalternativen kommen nicht in Betracht. Ein Verstoß gegen die Öffentliche Sicherheit durch Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung in Gestalt des § 130 StGB scheidet also insoweit aus.

(dd) Zwischenergebnis

Das Verhalten von A und B bei der Durchführung ihrer Versammlung berührt nicht die objektive Rechtsordnung.

(b) Individualrechtsgüter

(aa) Sondernutzungserlaubnis als Individualrecht

Öffentliche Sicherheit meint die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und der sonstigen Träger von Hoheitsgewalt.³⁵ Hier könnten durch das Hochhalten der Plakate durch A und B die Rechte der Veranstalter und Teilnehmer der Gedenkveranstaltung auf dem Friedhof betroffen sein. Ob dieses Recht auf Durchführung der Veranstaltung Teil der öffentlichen Sicherheit ist bzw. wie weit dieses ggf. reicht, ist indes nicht eindeutig.

Das Mahnmal ist Teil des Friedhofs. Veranstaltungen der genannten Art bedürfen einer Sondernutzungserlaubnis. Daraus folgt, dass es sich bei der Gedenkfeier nicht um eine Ausübung des Gemeingebrauchs handelte. Die den Veranstaltern erteilte Sondernutzungserlaubnis schließt für die Dauer ihrer Geltung den Gemeingebrauch anderer jedenfalls insoweit aus, wie die genehmigte Veranstaltung es erfordert. Die Veranstalter haben als Inhaber der Sondernutzungserlaubnis das Recht, den Ablauf der Veranstaltung zu bestimmen und den Rahmen nach ihren Wünschen und Bedürfnissen zu gestalten. Es gibt kein Recht Dritter, darauf Einfluss zu nehmen.³⁶ Nach dem Willen der Veranstalter sollte die Gedenkfeier „in aller Stille“ ablaufen; insbesondere sollten keine politischen Meinungsäußerungen stattfinden, welche zum mahnenden Charakter der Veranstaltung in Widerspruch stehen

könnten. Durch die Aktivitäten des A und des B wird dieses Konzept unterlaufen, sodass gemessen an den Vorstellungen der Veranstalter und Teilnehmer der Veranstaltung das Schutzzut der Öffentlichen Sicherheit hier betroffen wäre. Allerdings befinden sich A und B nicht auf dem Friedhof, sondern auf dem Parkplatz davor. Ob die Sondernutzungserlaubnis so weit reicht, ist ungewiss.

(bb) Reichweite der Sondernutzungserlaubnis

Die Rechtsprechung hat zum Teil eine weiträumige Erstreckung des Sondernutzungsrechts auch auf die Umgebung eines Veranstaltungsortes angenommen.³⁷ Danach beziehe sich das Gestaltungsrecht der Veranstalter räumlich nicht nur auf den konkreten Ort selbst, sondern auch auf jeden angrenzenden Bereich – hier den Zugangsbereich zum Friedhofsgelände –, von dem aus zumindest bei extensiver Nutzung Dritte auf die Veranstaltung störend einzuwirken vermöchten. Dies gelte auch dann, wenn diese Personen hierbei die Grenzen des sonst zulässigen Gemeingebrauchs im Einzelfall nicht überschritten (hier: straßenrechtlicher Gemeingebrauch). Zeitlich setze die Sondernutzungserlaubnis nicht erst mit Beginn der Veranstaltung, sondern bereits zu einem Zeitpunkt ein, zu dem regelmäßig mit dem Eintreffen von Besuchern und Teilnehmern der Veranstaltung zu rechnen sei.

Dies ist allerdings, im Hinblick auf die damit verbundenen Einschränkungen konkurrierender Grundrechte, zu weitgehend. Das Sondernutzungsrecht gibt das Recht, die Veranstaltung nach eigenen Vorstellungen zu gestalten und unbehelligt von Einwirkungen Dritter abzuhalten. Das Sondernutzungsrecht bezieht sich allein auf die durch die konkrete Benutzungssatzung erfasste öffentliche Einrichtung. Es erstreckt sich nicht grundsätzlich auf eine über den eigentlichen Veranstaltungsort hinausreichende „Bannmeile“. Eine „negative Meinungsfreiheit“, verstanden als das Recht, von der Konfrontation mit abweichenden fremden Meinungen in jeglicher Weise verschont zu bleiben, gibt es nicht.³⁸ Eine Ausstrahlungswirkung kommt daher nur insoweit in Betracht, wie in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang einer Veranstaltung der Genehmigungsinhalt des Sondernutzungsrechts beeinträchtigt zu werden droht.

Hier befinden sich A und B unmittelbar vor dem Haupteingang des Friedhofs zu einem Zeitpunkt, in dem Teilnehmer der Veranstaltung bereits eintreffen. Diese können A und B praktisch nicht ausweichen, wenn sie den Veranstaltungsort aufsuchen wollen. Manche von ihnen werden dadurch von A und B abgeschreckt, an der Veranstaltung teilzunehmen. A und B beeinträchtigen dadurch die Durchführung der durch die Sondernutzungsgenehmigung erlaubten Veranstaltung. Durch das Verhalten der beiden ist also eine Betroffenheit des Rechts auf genehmigungskonforme Durchführung der Veranstaltung, die ausdrücklich unpolitisch sein soll, gegeben (Befänden sich A und B auf der anderen Straßenseite gegenüber dem Eingang des Friedhofs, wie es in dem diesem Übungsfall zugrun-

³⁵ Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 3), § 8 Rn. 3 ff.

³⁶ Vgl. grundsätzlich zu dieser Frage OVG Rheinland-Pfalz NVwZ 1987, 1099 f.

³⁷ VG Sigmaringen, Urt. v. 26.1.2006 – 8 K 308/04, Rn. 26 (juris).

³⁸ VGH Baden-Württemberg VBl. BW 2008, 60 (61).

de liegenden Sachverhalt des VG Sigmaringen die Sachlage war, muss die Beurteilung wohl anders ausfallen).

(c) Gefahr

Gefahr ist eine Sachlage, in der es bei ungehindertem Ablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einer Schädigung eines Schutzgutes kommen wird.³⁹ Hier haben A und B durch das Hochhalten der Plakate mit deutlichem Bezug auf die Gedenkveranstaltung bereits negativ auf das von der Sondernutzungsgenehmigung erfasste enge raumzeitliche Vorfeld der Veranstaltung eingewirkt, eine Störung ist also eingetreten. Auch eine Gefahr, die sich bereits realisiert hat (Störung), kann Grundlage einer Gefahrenabwehrmaßnahme sein.

(d) Zwischenergebnis

Das Verhalten von A und B begründet eine Gefahr für die Öffentliche Sicherheit.

(2) Gefahr für die Öffentliche Ordnung

Laut Bearbeitervermerk ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen. Wiewohl also rechtlich der Verstoß gegen ein einzelnes Schutzgut hinreichend ist (Öffentliche Sicherheit oder Öffentliche Ordnung), ist hier eine Prüfung des Verstoßes gegen die Öffentliche Ordnung vorzunehmen.

(a) Betroffenheit der Öffentlichen Ordnung

Unter Öffentlicher Ordnung wird die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln verstanden, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebietes angesehen wird.⁴⁰ Ob durch das Verhalten von A und B eine Verletzung solcher sozialen und ethischen Anschauungen begründet wird, lässt sich unterschiedlich beurteilen.

Das VG Sigmaringen hat in erster Instanz einen Verstoß gegen die Öffentliche Ordnung angenommen, weil das aggressive Äußern rechtsextremer Gedankeninhalte an bestimmten Orten oder zu bestimmten Zeiten als Verstoß gegen die Regeln eines gedeihlichen Zusammenlebens empfunden werden könne. Es stützt sich dabei auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, nach der Verstöße gegen die Öffentliche Ordnung dadurch begründet werden können, dass durch die Nutzung von bestimmten „Riten und Symbolen“ Identifikationen mit der „nationalsozialistischen Gewaltherrschaft“ stattfinden und dadurch „der Schrecken des vergangenen totalitären und unmenschlichen Regimes“ wachgerufen wird und andere Bürger einschüchtern.“⁴¹

Entscheidend dabei ist indes, dass nicht die Äußerung bestimmter rechtsextremer Meinungen an sich als Problem der Öffentlichen Ordnung gewertet werden kann, sondern nur

eine bestimmte *Art ihrer Äußerung*.⁴² Die Meinungsfreiheit als Minderheitenrecht soll nämlich gerade nicht durch (diffuse) sozialethische Auffassungen der Mehrheit beschränkt werden.⁴³ Stille Mahnwachen können deswegen nicht als Verstoß gegen die Öffentliche Ordnung angesehen werden.⁴⁴ Der konkrete Fall ist diesbezüglich nicht anders zu bewerten. Zwar tragen A und B jeweils eine mit Gewehr-Attrappen bestückte Uniform. Durch diese Aufmachung allein erhält die Meinungskundgabe von A und B jedoch kein Gepräge, das geeignet ist, einschüchternd auf Außenstehende zu wirken. Dass Teilnehmer an der Veranstaltung dies ausdrücklich anders empfinden, steht dieser Wertung nicht zwingend entgegen. Im Hinblick auf die erhebliche grundrechtsbeschränkende Wirkung, die die Annahme eines Verstoßes gegen die Öffentliche Ordnung auf der Rechtsfolgenseite entfalten kann und auch, um Wertungswidersprüche zur Auslegung von § 3 Abs. 1 VersG zu vermeiden, ist hier ein qualifizierter Verstoß zu verlangen. Die Art, wie A und B hier ihre Ansichten durch Uniformierung, die Plakate und das Rufen der Parolen äußern, erreicht diese Erheblichkeitsschwelle nicht und betrifft daher im Ergebnis nicht die Öffentliche Ordnung.

(3) Unmittelbarkeit der Gefahr

Eine Gefahr ist unmittelbar, wenn der drohende Schaden zeitlich gesehen so nah bevorsteht, dass er jederzeit eintreten kann.⁴⁵ Dieses Erfordernis ist jedenfalls bei einer Störung – hier durch das Positionieren der Plakate mit Parolen gegen die auf dem Friedhof abgehaltene Gedenkveranstaltung sowie durch das Tragen der Uniformen und Waffen – erfüllt.

b) Störerqualität

Mangels spezieller Normierung von tauglichen Adressaten im Versammlungsgesetz ist auf die §§ 4 ff. PolG NW zurückzugreifen. A und B haben die Plakate sichtbar positioniert und waren damit unproblematisch Handlungsstörer gem. § 4 Abs. 1 PolG NW.⁴⁶

c) Rechtsfolge

Nach § 15 Abs. 3 VersG steht der handelnden Behörde Ermessen zu. Dieses müssten die Polizeibeamten hier fehlerfrei

⁴² Schulze-Fielitz (Fn. 9), Art. 8 Rn. 95.

⁴³ BVerfG NVwZ 2004, 90 (91)

⁴⁴ VGH Baden-Württemberg VBl. BW 2008, 60 (62).

⁴⁵ Ott/Wächter/Heinhold, Polizeirechtskommentar zum VersG, 7. Aufl. 2010, Rn. 21.

⁴⁶ In Baden-Württemberg § 6 Abs. 1 PolG BW, in Bayern Art. 7 Abs. 1 PAG, in Berlin § 13 Abs. 1 ASOG Bln, in Brandenburg § 5 Abs. 1 BbgPolG, in Bremen § 5 Abs. 1 BremPolG, in Hamburg § 8 Abs. 1 SOG, in Hessen § 6 Abs. 1 HSOG, in Mecklenburg-Vorpommern § 69 Abs. 1 SOG MV, in Niedersachsen § 6 Abs. 1 Nds. SOG, in Rheinland-Pfalz § 4 Abs. 1 POG RP, im Saarland § 4 Abs. 1 SPOIG, in Sachsen § 4 Abs. 1 SächsPolG, in Sachsen-Anhalt § 7 Abs. 1 SOG LSA, in Schleswig-Holstein § 218 Abs. 1 LVwG, in Thüringen § 7 Abs. 1 PAG TH.

³⁹ Schenke (Fn. 21), Rn. 69.

⁴⁰ VG Sigmaringen, Urt. v. 26.1.2006 – 8 K 308/04, Rn. 28 (juris).

⁴¹ BVerfG NVwZ 2004, 90 (91).

ausgeübt haben, insbesondere müssten sie verhältnismäßig gehandelt haben.

Sowohl hinsichtlich des Entschließungsermessens und des Störerauswahlermessens der Polizisten bei der Beschlagnahme der Plakate bestehen keine Anhaltspunkte für Fehler. Das Handlungsermessen wurde insbesondere überschritten, wenn die Maßnahme nicht verhältnismäßig war.

Die Wegnahme der Plakate mit den Aufschriften, welche den Ablauf der Gedenkveranstaltung stören, dient der Abwehr der Gefahr für die Sondernutzung der Veranstaltungsteilnehmer und verfolgt damit einen legitimen Zweck. Zwar verhindert die Wegnahme der Plakate nicht die Präsenz von A und B, welche weiterhin in Wehrmachtuniformen gekleidet vor dem Haupteingang des Friedhofs stehen, auf welchem die Gedenkveranstaltung stattfindet. Allerdings ist eine Maßnahme bereits geeignet, wenn sie zur Förderung des Zwecks beiträgt. Die Wegnahme der Plakate verhindert jedenfalls, dass die Parolen von A und B für die Teilnehmer der Gedenkveranstaltung sichtbar sind. Damit ist sie geeignet. Ein milderes Mittel ist hier nicht ersichtlich, sodass die Maßnahme auch erforderlich ist. Angemessen war sie zudem, wenn sie nicht außer Verhältnis zu der Beeinträchtigung der Rechte von A und B stand. Zwar wird durch die Beschlagnahme der Plakate die Gestaltungsfreiheit, welche ihnen Art. 8 Abs. 1 GG für die Durchführung der Versammlung zubilligt,⁴⁷ beschränkt. Allerdings haben sie auf diese Weise immer noch die Möglichkeit, ihre Versammlung überhaupt fortzuführen. Somit ist die Beschlagnahme beider Plakate auch angemessen und insgesamt verhältnismäßig.

Die Polizeibeamten haben ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt, sodass die Beschlagnahme insgesamt rechtmäßig war.

II. Verweisung von A und B vom Friedhof

Die Aufforderung an A und B, sich vom Friedhof zu entfernen war rechtmäßig, wenn sie auf einer Ermächtigungsgrundlage beruhte, sowie formell und materiell rechtmäßig war.

1. Ermächtigungsgrundlage

Bei der Aktion von A und B handelte es sich um eine Versammlung im Sinne des § 1 VersG, sodass eine Auflösung gem. § 15 Abs. 3 VersG den Rückgriff auf den polizeigesetzlich geregelten Platzverweis sperrt.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Laut Sachverhalt war die Auflösung der Versammlung von A und B formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Nun rufen A und B ihre Ansichten zu den vermeintlichen Unterwerfungsbekanntnissen in Deutschland anlässlich der Verbrechen des Nationalsozialismus laut heraus, sodass die Teilnehmer der Gedenkveranstaltung dies wahrnehmen können.

⁴⁷ *Depenheuer* (Fn. 10), Art. 8 Rn. 73; *Dietel/Gintzel/Kniesel* (Fn. 12), § 1 Rn. 6.

Nachdem bereits die Plakate mit entsprechenden Aufschriften als Störung und damit unmittelbare Gefährdung der Öffentlichen Sicherheit qualifiziert wurden (s.o.) gilt dies erst recht für die lautstarke Fortsetzung der Versammlung durch A und B.

b) Störerqualität

A und B sind Handlungsstörer gem. § 4 Abs. 1 PolG NW.⁴⁸

c) Rechtsfolge

Das durch § 15 Abs. 3 VersG eingeräumte Ermessen müssten die Polizisten fehlerfrei ausgeübt haben, insbesondere durfte die Auflösung der Versammlung nicht unverhältnismäßig sein.

Die Auflösung diene der Verhinderung weiterer Störungen der Sondernutzungsrechte der Gedenkveranstaltungsteilnehmer und daher einem legitimen Zweck. Zu dessen Erreichung war sie auch geeignet. Mildere Mittel kamen nach der Wegnahme der Plakate und aufgrund des vehementen Verhaltens von A und B nun nicht mehr in Betracht. Die Angemessenheit einer vollständigen Auflösung der Versammlung könnte angezweifelt werden, weil A und B nun von ihrer Versammlungsfreiheit für den konkret von ihnen anvisierten Anlass keinen Gebrauch mehr machen konnten. Allerdings üben sie ihre Versammlungsfreiheit in einer so intensiven Weise aus, dass die entgegenstehenden Rechte der Gedenkveranstaltung stark beeinträchtigt werden. Die Beendigung ihrer Versammlung ist A und B aus diesem Grund zuzumuten. Die Auflösungsverfügung war verhältnismäßig und auch darüber hinaus ermessensfehlerfrei.

Die Auflösungsverfügung war aufgrund der örtlichen und zeitlichen Umschreibung auch hinreichend bestimmt.

III. Verbringung des A zu seiner Wohnung

Die Verbringung des A zu seiner Wohnung war rechtmäßig, wenn sie auf einer Ermächtigungsgrundlage beruhte, sowie formell und materiell rechtmäßig war. Einschlägig sind hier nur Ermächtigungsgrundlagen des Polizeirechts, da auch bei großzügiger Auslegung des Versammlungsbegriffs eine Person unter keinen Umständen eine Versammlung im rechtlichen Sinne darstellt.

1. Ermächtigungsgrundlage

Angesprochen ist hier ein Fall des sogenannten Verbringungs-gewahrsams (bzw. für diese Konstellation genauer ist der Begriff Rückführungsgewahrsam⁴⁹), also einer vorübergehenden tatsächlichen Ingewahrsamnahme (regelmäßig im Kfz), um einen Menschen von einem Ort wegzubringen und ihn an einen anderen Ort zu bringen, um eine angenommene Gefahr für die Öffentliche Sicherheit/Ordnung zu bekämpfen. Bekannt ist der Verbringungs-gewahrsam gegenüber Obdachlosen oder Mitgliedern einer offenen Drogenszene, die meist aus dem Stadtkern in Stadtrandlagen oder nach außerhalb der Stadt verbracht und dort ausgesetzt werden. Problematisch daran sind die durch die Aussetzung bewirkten Folgen im Hinblick da-

⁴⁸ Vgl. Fn. 42.

⁴⁹ Begriff etwa bei *Thiel*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2012, § 10 Rn. 462; *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 3), § 17 Rn. 4.

rauf, ob diese von einer Standardmaßnahme gedeckt sind bzw. ob und ggf. inwieweit auf die polizeiliche Generalklausel zurückgegriffen werden kann.

a) Platzverweis, § 34 Abs. 1 S. 1 PolG NW⁵⁰

Ob § 34 Abs. 1 S. 1 PolG NW zu einem Verbringungs-gewahrsam berechtigt, ist zweifelhaft. Der Platzverweis zielt darauf, einer Person den Aufenthalt an einem bestimmten Ort zu verbieten. Das Gebot, eine unbestimmte Vielzahl von Orten nicht oder einen bestimmten Ort aufzusuchen, ist davon nicht gedeckt. § 34 Abs. 1 S. 1 PolG NW erstreckt sich auch nicht auf die Vollstreckung des Platzverweises durch vorübergehende Ingewahrsamnahme. Dafür spricht, dass die genaue Umschreibung der zulässigen Rechtsfolgen bei den Standardmaßnahmen grundrechtsschützende Funktion hat, was eine Ausweitung der durch die Standardmaßnahme gedeckten Rechtsfolgen verbietet. Zudem erlaubt § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW einen Gewahrsam zum Zwecke der Durchsetzung eines Platzverweises, § 34 Abs. 1 S. 1 PolG NW scheidet daher als Ermächtigungsgrundlage aus.

b) Gewahrsam, § 35 PolG NW

Die Polizei könnte ihre Maßnahme möglicherweise auf eine der Alternativen des § 35 PolG NW⁵¹ stützen. Dann müsste sie den A in Gewahrsam genommen haben. Gewahrsam ist das gezielte Festhalten einer Person an einem eng umgrenzten Ort, durch das die Freiheit der Fortbewegung nicht nur vorübergehend eingeschränkt wird. Dabei muss es der Polizei

gerade zweckhaft auf das Festhalten an dem bestimmten Ort ankommen. Davon ist etwa auch unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW keine Ausnahme zu machen: Die Möglichkeit der Durchsetzung eines Platzverweises durch Ingewahrsamnahme erweitert – etwa in landesrechtsvergleichender Perspektive – den Anwendungsbereich des § 35 PolG NW, aber die von ihm erfassten zulässigen Rechtsfolgen werden dadurch nicht erweitert.⁵²

Die Beamten haben A nach Hause gefahren. In dieser Zeit war A seine Bewegungsfreiheit genommen und er wurde im Auto festgehalten. Gleichwohl bestehen Zweifel, ob die Maßnahme im Sinne des Gesetzes, also von den durch § 35 PolG NW zugelassenen Rechtsfolgen her, eine Ingewahrsamnahme war. Weil es auf den Gewahrsam zweckhaft ankommen muss und dieser nicht bloß „Zufall“ oder „Durchgangsstadium“ zur Erreichung anderer Zwecke sein darf, steht die Rechtmäßigkeit solcher Verbringungskonstellationen seit jeher in Streit.

Funktion des Gewahrsams ist es, eine Person deswegen an einem bestimmten Ort festzuhalten, weil dadurch die drohende Gefahr bzw. die Störung abzuwenden ist. In den typischen Fällen des Verbringungs-gewahrsams ist die Verbringung Durchgangsstadium vor einer Aussetzung der verbrachten Person an einem abgelegenen Ort. Der darin liegende besonders intensive und wesensmäßig anders gelagerte Grundrechtseingriff sperrt einen Rückgriff auf die Standardmaßnahme des Gewahrsams,⁵³ weil dieser dort erkennbar nur Mittel und nicht Zweck und die Art des Grundrechtseingriffs eine substantiell andere ist.

Ergänzender Hinweis: Hält man den Verbringungs-gewahrsam für zulässig, so unterliegt die Wahl des Freilassungs-ortes den Anforderungen eines streng verstanden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Jahres- und Tageszeit, Witterung, Entfernung von ÖPNV oder Telekommunikationseinrichtungen und der Gesundheitszustand des Betroffenen sind dabei abwägungsrelevante Aspekte.⁵⁴ Daher ist der klassische Verbringungs-gewahrsam, auch wenn man ihn tatbestandlich für zulässig hält, aus Verhältnismäßigkeitsgründen regelmäßig rechtswidrig.

Hier kommt es der Polizei darauf an, die von A ausgehende Störung dadurch zu unterbinden, dass sie ihn wirksam, das heißt auf Dauer vom Friedhof entfernt. Durch eine Festsetzung auf der Polizeiwache wäre dies möglich. Fraglich ist da-

⁵⁰ In Baden-Württemberg § 27a Abs. 1 PolG BW, in Bayern Art. 16 PAG, in Berlin § 29 Abs. 1 ASOG Bln, in Brandenburg § 16 Abs. 1 BbgPolG, in Bremen § 14 Abs. 1 BremPolG, in Hamburg § 12a SOG, in Hessen § 31 Abs. 1 HSOG, in Mecklenburg-Vorpommern § 52 Abs. 1 SOG MV, in Niedersachsen § 17 Abs. 1 Nds. SOG, in Rheinland-Pfalz § 13 POG RP, im Saarland § 12 Abs. 1 SPOIG, in Sachsen § 21 Abs. 1 SächsPolG, in Sachsen-Anhalt § 36 Abs. 1 SOG LSA, in Schleswig-Holstein § 201 Abs. 1 LVwG, in Thüringen § 18 Abs. 1 PAG TH.

⁵¹ In Baden-Württemberg § 28 (Abs. 1 Nr. 1) PolG BW, in Bayern Art. 17 (Abs. 1 Nr. 1 und 3) PAG, in Berlin § 30 (Abs. 1 Nr. 1 und 2) ASOG Bln, in Brandenburg § 17 (Abs. 1 Nr. 2 und 3) BbgPolG, in Bremen § 15 (Abs. 1 Nr. 2 und 3 [lit. a und b]) BremPolG, in Hamburg § 13 (Abs. 1 Nr. 2 und 3) SOG, in Hessen § 32 (Abs. 1 Nr. 2 und 3) HSOG, in Mecklenburg-Vorpommern § 55 (Abs. 1 Nr. 2, 3 und 5) SOG MV, in Niedersachsen § 18 (Abs. 1 Nr. 2 und 3) Nds. SOG, in Rheinland-Pfalz § 14 (Abs. 1 Nr. 2 und 3) POG RP, im Saarland § 13 (nur [!] Abs. 1 Nr. 2) SPOIG, in Sachsen § 22 (Abs. 1 Nr. 1 und 4) SächsPolG, in Sachsen-Anhalt § 37 (Abs. 1 Nr. 2 und 3) SOG LSA, in Schleswig-Holstein § 204 (Abs. 1 Nr. 2 und 4) LVwG, in Thüringen § 19 (Abs. 1 Nr. 2 und 3) PAG TH (die Klammerzusätze bezeichnen – sofern gegeben – die dem nordrhein-westfälischen Landesrecht sachlich korrespondierenden Tatbestandsalternativen der jeweiligen Landesgesetze bzw. davon abweichende, alternativ in Frage kommende Tatbestandsalternativen).

⁵² Für eine Zulässigkeit des Verbringungs-gewahrsams als Fortsetzung eines Durchsetzungsgewahrsams i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW aber etwa *Leggereit*, NVwZ 1999, 263; in diese Richtung, allerdings vollstreckungsrechtlich kontextualisiert *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl. 2008, § 8 Rn. 39; eine konzise Darstellung des Streitstandes bei *Thiel* (Fn. 42), § 10 Rn. 463 ff.

⁵³ Zur Untauglichkeit des Gewahrsams als Ermächtigungsgrundlage etwa *Schoch*, in: Schmidt-Abmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, Kap. 2 Rn. 22; a.A. *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 3), § 17 Rn. 4.

⁵⁴ OVG Bremen NVwZ 1987, 235 (237); so auch *Tegtmayer/Vahle* (Fn. 47), § 35 Rn. 19.

her, ob auch durch die Verbringung nach Hause ein nach Art und Intensität so anders gelagerter Grundrechtseingriff gegeben ist, dass ein Rückgriff auf § 35 PolG NW nicht in Betracht kommt. Zu differenzieren ist also zwischen dem Fall des mit einer Aussetzung verbundenen Verbringungs-gewahrsams einerseits und dem hier vorliegenden Rückführungsgewahrsam andererseits.

Im Hinblick auf die dem A genommene Bewegungsfreiheit unterscheidet sich die Verbringung im Auto nicht von der Festsetzung in einer Arrestzelle. Demnach hat die Polizei grundsätzlich die Wahl, wie sie die im Gewahrsam liegende Freiheitsbeschränkung realisiert⁵⁵ – so gilt auch etwa die Einkesselung durch Polizeibeamte auf längere Dauer im Rahmen einer Demonstration als Ingewahrsamnahme.⁵⁶ Ob der Streifenwagen als Ort des Gewahrsams steht oder fährt, macht grundrechtlich betrachtet keinen wesentlichen Unterschied. Eine abweichende Beurteilung müsste hier also daran anknüpfen, dass A nicht vom Ort der Ingewahrsamnahme aus frei gelassen wurde, sondern eben nach Hause verbracht wurde. Wenn aber die Polizei die Wahl hat, in welcher Form sie genau den Gewahrsam realisiert (am Ort des Geschehens, auf der Wache, in einer Sammelstelle), dann macht das Gesetz keinerlei Vorgaben dazu, wo der Bürger nach Beendigung des Gewahrsams frei zu lassen ist, sofern damit nicht eine wesentliche oder wesentlich andere grundrechtliche Beschwer verbunden ist. Dies ist hier der Fall: Die Verbringung des A nach Hause ist weder nach ihrer Dauer noch nach ihren Auswirkungen von einem Gewahrsam etwa in einer Arrestzelle substantiell so verschieden, dass § 35 PolG NW als Ermächtigunggrundlage nicht in Betracht käme. Der Rückführungsgewahrsam „nach Hause“ ist also mangels zusätzlicher grundrechtlicher Beschwer von § 35 PolG NW gedeckt.

c) Zwischenergebnis

Die Verbringung des A nach Hause kann sich – aus der Perspektive der damit bewirkten Rechtsfolgen – auf § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW als Ermächtigunggrundlage stützen. Deren Voraussetzungen müssten allerdings gegeben sein.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Diese ist dem Bearbeiterhinweis zufolge zu unterstellen.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Ingewahrsamnahme war materiell rechtmäßig, wenn eine der Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 PolG NW vorlag und die Maßnahme darüber hinaus verhältnismäßig war. In Betracht kommt hier zunächst § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW.

a) § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW

Die Ingewahrsamnahme des A müsste nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW der Durchsetzung eines Platzverweises nach § 34

Abs. 1 PolG NW gedient haben. Damit werden die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des § 34 Abs. 1 PolG NW in den Tatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW „importiert“.

aa) Erteilung eines Platzverweises

§ 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW setzt voraus, dass ein Platzverweis erteilt worden ist, da sich die „Durchsetzung“ durch die Ingewahrsamnahme auf einen konkreten behördlichen Akt beziehen muss und dem Bürger die Gelegenheit gegeben werden muss, dem weniger schweren Eingriff durch Erteilung des Platzverweises Folge zu leisten. Hier haben die Polizisten A und B einen Platzverweis erteilt, dem diese zunächst auch nachgekommen sind. Nach der Rückkehr des A auf den Friedhof ist aber kein erneuter Platzverweis ergangen. Dies wirft die Frage auf, ob eine Ingewahrsamnahme nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW hier unter Rückgriff auf den an A und B ergangenen Platzverweis möglich war oder ob dieser sich im Zeitpunkt der Ingewahrsamnahme erledigt hatte. Schematische Lösungen verbieten sich hier. Grundsätzlich wird man dabei darauf abstellen müssen, ob zwischen dem erteilten Platzverweis und der auf § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW gestützten Ingewahrsamnahme ein enger und rechtlich erheblicher räumlich, zeitlich und sachlich konstituierter Zusammenhang besteht, der für den Bürger erkennbar macht, warum er in Gewahrsam genommen wird. Je loser ein solcher Zusammenhang im Hinblick auf einzelne oder alle genannten Aspekte ist, desto eher muss die Polizei vor der Ingewahrsamnahme erneut einen Platzverweis erteilen.

bb) Räumlich-sachlich-zeitlicher Zusammenhang

(1) Sachlicher und zeitlicher Zusammenhang

Vorliegend bezieht sich das Handeln der Polizei auf eine Störung der Ruhe des Friedhofs am Volkstrauertag, nicht aber auf die mittlerweile beendete Veranstaltung. Zwar ist die Art und die Motivation der Störung durch A identisch mit denen der Störung der Veranstaltung, der Schutzzweck des polizeilichen Handelns ist indes ein anderer. Zudem ist die Veranstaltung bei der Rückkehr des A auch schon beendet.

(2) Räumlicher Zusammenhang

Der räumliche Zusammenhang zwischen den beiden Störungshandlungen des A ist hier zwar nicht tatsächlich eindeutig aufgelöst, weil die ursprüngliche Versammlung in unmittelbarer Nähe des Mahnmals, allerdings außerhalb des Friedhofs stattfand, der zweite Sachverhaltskomplex aber auf dem Friedhof in der Nähe des Mahnmals. Indes unterliegt der Parkplatz im öffentlichen Straßenraum einem anderen rechtlichen Regelungsregime als der Friedhof als öffentliche Einrichtung. Während die Straße straßenrechtlich regelmäßig dem öffentlichen Verkehr gewidmet ist, ist der Widmungszweck für den Friedhof enger, der sich auf die Ehrung und das Gedenken der Toten bezieht. Trotz der räumlichen Nähe liegen hier in Parkplatz und Friedhof also getrennte „Rechtsräume“ vor.

Es fehlt hier daher vorliegend an einem engen, sachlich-räumlichen Zusammenhang zwischen der Ingewahrsamnahme und dem zuvor erteilten Platzverweis. Eine erneute Erteilung eines Platzverweises wäre daher nötig gewesen. Die Voraus-

⁵⁵ Thiel (Fn. 42), § 10 Rn. 439; Insbesondere ist keine Verbringung in einen Arrestraum notwendig, vgl. Maaß, NVwZ 1985, 150 (155) m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁵⁶ Für Beispiele s. Tegtmayer/Vahle, PolG NRW, 10. Aufl. 2011, § 35 Rn. 18.

setzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW liegen also nicht vor.

b) § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NW

Die Ingewahrsamnahme des A könnte aber nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NW gerechtfertigt gewesen sein. Dazu müsste die Ingewahrsamnahme zur Verhinderung einer mindestens unmittelbar bevorstehenden Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblichem Gewicht gedient haben.

aa) Verstoß gegen § 168 Abs. 2 StGB

In Betracht käme hier ein Verstoß gegen § 168 Abs. 2 StGB. Dazu müsste der A an einer Beisetzungstätte „beschimpfenden Unfug“ verübt haben. Unfug ist eine rohe, ungehörige Handlung, die beschimpfenden Charakters vor allem dann ist, wenn sie mit Kundgabe von Miss- oder Verachtung der Verstorbenen verbunden ist.⁵⁷ A skandiert hier im Wesentlichen die Parole „Deutschland, wirf Dein geschichtliches Joch ab!“. Darin liegt in keine denkbare Richtung eine miss- oder verachtende Äußerung gegenüber Verstorbenen. Dass in der Äußerung möglicherweise Anklänge an nationalsozialistische Propaganda zu sehen ist („Deutschland, erwache!“), verleiht der Parole keinen beschimpfenden Charakter im Sinne der Norm. Auch kann darin kein Verstoß gegen § 130 StGB gesehen werden.

bb) Ordnungswidrigkeiten

Dass im Verhalten des A eine Ordnungswidrigkeit „von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit“ zu sehen wäre, ist nicht erkennbar.

Hinweis: § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NW verlangt im Übrigen eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit. Selbst beim Vorliegen des vollständigen Tatbestandes einer Straftat bzw. einer Ordnungswidrigkeit wäre hier also bereits auf der Ebene des Ermächtigungstatbestandes noch nach einer möglichen Rechtfertigung des A durch Art. 5 Abs. 1 GG (Meinungsfreiheit) zu fragen.

4. Ergebnis

Da ein Platzverweis nicht erneut erteilt worden ist, ist die Ingewahrsamnahme rechtswidrig, weil ein im engen räumlich-zeitlich-sachlichen Zusammenhang erteilter Platzverweis Tatbestandsvoraussetzung der Ingewahrsamnahme nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 PolG NW ist. Die Ingewahrsamnahme kann auch nicht auf § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NW gestützt werden, weil im Verhalten des A keine Straftat und keine Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu erblicken ist. Ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel scheidet hier aus, weil die Maßnahme der Polizei von der Rechtsfolge her als Standardmaßnahme im Sinne des Gesetzes zu beurteilen ist und also gegenüber der Generalklausel Sperrwirkung entfaltet.

⁵⁷ Hörnle, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2012, § 168 Rn. 20.

Der praktische Fall – Strafrecht: „Von Höllen-Engeln und Banditen“

Von Prof. Dr. Georg Freund, Ref. iur. Verena Telöken, Marburg*

Der Fall wurde als Hausarbeit einer Anfängerübung gestellt, entspricht aber durchaus einer anspruchsvollen Examensklausur. Der Sachverhalt ist teilweise an den sog. „Hells Angels-Fall“ angelehnt, den der BGH unlängst zu entscheiden hatte. Schwerpunktmäßig sind Probleme des Allgemeinen Teils zu erörtern, namentlich des Vorsatzes, der Fahrlässigkeit, des begehungsgleichen Unterlassens und der (Notwehr)Rechtfertigung. Besondere Bedeutung erlangen die umstrittenen Fragen der Garantenverantwortlichkeit von Polizeibeamten und der Konkretisierung der rechtfertigenden Sachlage bei der Notwehr (aus der Perspektive eines allwissenden Beobachters bzw. auf der Basis der Sachlage, die sich dem Handelnden darbietet). Der vordergründig als Problem erscheinende Erlaubnistatbestandsirrtum erweist sich dagegen bei zutreffender Erfassung der sich stellenden Sachfragen des rechtlich richtigen Verhaltens bzw. des Verhaltensunrechts als irrelevant. Von den weiteren relevanten Fragen sind etwa noch die Problematik des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeugs beim Diebstahl und die der lebensgefährdenden Behandlung bei der Körperverletzung zu erwähnen. Das allgemeine „Untergrenzenproblem“ des Strafrechts erlangt bei der Prüfung des Hausfriedensbruchs Bedeutung. Die hier entworfene Lösung ist als Musterlösung im echten Sinne unter strikter Beachtung der von den Studierenden erwarteten Gutachtentechnik geschrieben. Nur für die Fußnoten gilt das – aus didaktischen Gründen – mit kleinen Einschränkungen.

Sachverhalt

Rocky (R) – ein Mitglied der Rockergruppe „Höllens-Engel“ – ist auf dem Weg zum Lebensmittelgeschäft seiner heißgeliebten Tante Emma. Wie immer trägt er mit stolzgeschwellter Brust die „Kutte“, die ihn als Mitglied der „Höllens-Engel“ ausweist. Vitali K. (V) – ein Mitglied des verfeindeten Clubs der „Banditen“ – ist mit seinem Pitbull Lucky unterwegs, als er schon aus weiter Ferne die Tracht des verfeindeten Clubs erkennt. Sofort weiß er, dass er der „Kutte“ habhaft werden muss: Er möchte gerne in der Hierarchie der „Banditen“ aufsteigen, weil er es leid ist, immer an der Tür der Diskothek „Zum eisernen Schläger“ zu stehen. Endlich möchte er „richtige“ Jobs bekommen. Nachdem R sein Ziel erreicht hat, hängt er seine „Kutte“ an den Kleiderständer am Eingang des Tante Emma-Ladens, damit die Kunden seiner Tante nicht durch sein Outfit verschreckt werden. V nutzt die Gunst des Augenblicks und entwendet die „Kutte“. Glücklicherweise begibt sich V mit seinem Hund Lucky zum Club-

haus der „Banditen“, um dort stolz seine Trophäe zu präsentieren.

Nachdem R den Verlust bemerkt hat, möchte er sein geliebtes Kleidungsstück unbedingt zurück haben. Einen „Höllens-Engel“ ohne „Kutte“ hat es noch nie gegeben. Da er nicht weiß, wer der Übeltäter war, geht er nach einigen Tagen erfolgloser Recherche zu einem befreundeten Polizeibeamten (P), um entsprechende Erkundigungen einzuholen. Dieser gibt ihm gern die Insiderinformation über die bei der Polizei bereits bekannt gewordene Täterschaft des V und dessen Adresse, damit R die Chance hat, V zur Rede zu stellen. Er hätte allerdings erkennen können, dass sich R auch unter Anwendung massiver körperlicher Gewalt rächen könnte. Der Leiter (L) der Dienststelle des P hat das Gespräch der beiden mitbekommen und wundert sich über das unbedachte Vorgehen des P. L rechnet mit einer Racheaktion des R, bei der es auch zum Einsatz körperlicher Gewalt kommen kann. Das wäre ihm indessen ganz recht, weil ihm die „Banditen“ in letzter Zeit ohnehin zu viel Unruhe stiften und deshalb einen „Dämpfer“ verdient haben. Nicht nur einmal musste er seinen ihm heiligen Feierabend ärgerlicherweise um einige Minuten verschieben.

Mithilfe der Adresse fällt es R leicht, V zu stellen. Direkt nachdem der ahnungslose V die Tür geöffnet hat, wird er von R nach dem Prinzip der mehrfachen Wiedervergeltung brutal zusammengeschlagen und bleibt bewusstlos liegen. Das vermisste Kleidungsstück entdeckt R an der Garderobe direkt neben der Tür. Daher gelingt es ihm, seine „Kutte“ mitzunehmen, ohne die fremde Wohnung zu betreten.

V kann das Krankenhaus wegen der guten Pflege alsbald wieder verlassen. Am Morgen nach seinem Krankenhausaufenthalt will die Polizei, die gegen V wegen verschiedener Geschehnisse ermittelt, bei diesem gegen 6.00 Uhr eine Durchsuchung der Wohnung durchführen. Fünf Beamte eines Sondereinsatzkommandos (SEK) versuchen, die Haustür mit einem hydraulischem Gerät zu öffnen. V hört diese Geräusche und nähert sich der Tür mit einer Pistole, für die er einen Waffenschein besitzt. Auf seine klare Aufforderung: „Weg von meiner Tür – ihr „Höllens-Engel“ – oder ich schieße!“ erfolgt keine Reaktion seitens des SEK. Auch die begonnene Aktion des Aufhebelns der Tür wird nicht abgebrochen. V geht daher davon aus, dass R gemeinsam mit weiteren schwer bewaffneten Clubmitgliedern dabei ist, die Tür aufzubrechen, um sich weiter an ihm zu rächen und durch seine Tötung den begehrten Aufnäher mit dem Schriftzug „Expect no Mercy“ zu verdienen. Da er sich nicht anders zu helfen weiß, gibt V einen Schuss auf die Person ab, die sich an der Tür zu schaffen macht. Dabei nimmt er deren Tod in Kauf. Diese Person – ein Beamter des SEK (S) – wird tödlich getroffen und stirbt auf der Stelle.

Bearbeitervermerk

Strafbarkeit von V, R, P und L nach dem StGB?

Es ist davon auszugehen, dass das Vorgehen der Beamten des SEK rechtmäßig war. Straftaten des vierzehnten und

* Prof. Dr. Georg Freund ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg. Verena Telöken ist derzeit Korrekturassistentin an dieser Professur und Rechtsreferendarin am Landgericht Hanau. Die beiden Verf. danken allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Professur für die kritische Durchsicht des Textes und ihre wertvollen Anregungen.

fünfzehnten Abschnitts des StGB sowie §§ 353b, 357 StGB sind nicht zu prüfen.

Lösung

1. Geschehensabschnitt – Das Entwenden der Kutte

Strafbarkeit des V

I. § 242 Abs. 1 StGB

V kann sich eines Diebstahls an der Kutte des R nach § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er diese vom Kleiderständer am Eingang des Tante Emma-Ladens entwendete.¹

1. Dann muss sich V grundsätzlich missbilligt i.S.d. Diebstahlstatbestandes verhalten haben und der entsprechende Erfolgssachverhalt muss (zurechenbar) eingetreten sein.

Bei der von V entwendeten Kutte muss es sich um eine fremde bewegliche Sache handeln. Sachen sind alle körperlichen Gegenstände. Fremd ist eine Sache, wenn sie jedenfalls auch im Eigentum eines anderen steht. Beweglich sind alle Sachen, die tatsächlich fortgeschafft werden können.² Die Kutte weist feste Umriss auf und steht im Eigentum des R. Zudem kann sie tatsächlich fortgeschafft werden. Somit handelt es sich bei der Kutte um ein taugliches Diebstahlsubjekt. Außerdem muss eine Wegnahme i.S.e. Bruchs fremden und der Begründung neuen, nicht unbedingt tätereigenen, Gewahrsams vorliegen. Fremder Gewahrsam ist ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis eines anderen über die Sache, das von einem Herrschaftswillen getragen wird und das unter Berücksichtigung der sozialen Anschauungen zu bestimmen ist. Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter die Herrschaft über die Sache so erlangt hat, dass er sie ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen. Gewahrsamsbruch ist die Aufhebung des Gewahrsams ohne bzw. gegen den Willen des Gewahrsamsträgers.³ R hat die Kutte nur kurzfristig an den Kleiderständer am Eingang des Ladens seiner Tante Emma gehängt, sodass er nach der Verkehrsauffassung weiterhin eine ausreichende Herrschaftsbeziehung und entsprechenden Herrschaftswillen hatte. Auch ein derart „gelockert“ Gewahrsam ist für § 242 Abs. 1 StGB ausreichend. Dadurch, dass V die Kutte – gegen den Willen des R – vom Kleiderständer entwendet hat, konnte R nicht mehr über sie verfügen. Eine Wegnahme liegt vor. Das Wegnahmeverhalten ist mit Blick auf die durch die Wegnahme begründete

Gefahr der dauernden Enteignung⁴ des berechtigten Eigentümers auch grundsätzlich rechtlich missbilligt und der entsprechende (Wegnahme-)Erfolg ist zurechenbar eingetreten. Folglich hat V ein tatbestandsmäßiges Verhalten i.S.v. § 242 Abs. 1 StGB vorgenommen. Auch die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge liegt (zurechenbar) vor.

2. Zudem muss V vorsätzlich und in der Absicht, sich oder einem Dritten die weggenommene Sache rechtswidrig zuzueignen, gehandelt haben. Vorsätzliches Handeln erfordert jedenfalls, dass der Handelnde die Umstände kennt, welche die Tatbestandsverwirklichung i.e.S. begründen.⁵ V hat die Kutte des R schon aus weiter Ferne zutreffend identifiziert und den Entschluss gefasst, ihrer sogar gegen den anzunehmenden Willen des R habhaft zu werden, um in der Hierarchie der „Banditen“ weiter aufzusteigen. Als V dem R die Kutte entwendete, kannte er also die Umstände, welche die Tatbestandsverwirklichung i.e.S. begründen, und handelte dennoch. Gründe, die vorsätzlich-unrechtstatbestandsmäßiges Verhalten ausschließen,⁶ und solche, die einer Verantwortlichkeit wegen vollendeter Vorsatztat entgegenstehen,⁷ liegen ebenfalls nicht vor.

Die bei der Wegnahme nötige Absicht rechtswidriger Zueignung kommt in concreto nur in der Form, die Sache sich selbst rechtswidrig zuzueignen, ernsthaft in Betracht. Sie erfordert die Vorstellung, die Sache werde dem berechtigten Eigentümer möglicherweise auf Dauer entzogen. Zudem muss es dem Täter gerade darauf ankommen, die Sache für sich zumindest vorübergehend zu nutzen. Damit die erstrebte Zueignung rechtswidrig ist, darf er sich keinen einredefreien und fälligen Übereignungsanspruch vorgestellt haben. V ging nicht davon aus, dass R sein Eigentum alsbald zurückerhält. Außerdem kam es V gerade darauf an, die Kutte für sich zu

¹ Zu einem vergleichbaren Fall, bei dem einem Mitglied eines Rockervereins eine „Kutte“ gewaltsam entwendet wurde, s. BGH, Urt. v. 27.1.2011 – 4 StR 502/10 = NStZ 2011, 699.

² Zu den Voraussetzungen des Tatobjekts i.S.v. § 242 StGB vgl. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 242 Rn. 2 ff.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 242 Rn. 3; *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 242 Rn. 8 ff.

³ Zu den Voraussetzungen der Wegnahme s. statt vieler *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 242 Rn. 22 ff.; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 242 Rn. 8 ff. m.w.N. Krit. dazu *Rotsch*, GA 2008, 65 ff.

⁴ Dieses Spezifikum der Wegnahme i.S.d. Diebstahls wird oft übersehen, ist aber nötig, um den Unwertgehalt gerade des Diebstahls etwa im Verhältnis zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache beim bloß vorübergehenden unbefugten Gebrauch zu unterscheiden. Bedeutsam ist dieses Spezifikum des Diebstahls ferner für Fälle, in denen die Sache zwar dem Gewahrsamsinhaber „weggenommen“ wird, diese „Wegnahme“ aber tatsächlich der Rückführung an den Eigentümer dient.

⁵ Sachlich ist das unbestritten: s. etwa BGHSt 19, 295 (298); *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012, Rn. 203 (allerdings mit der schiefen Formulierung, der Wille müsse sich auf die Verwirklichung eines Straftatbestandes beziehen, obwohl ersichtlich die Umstände gemeint sind, welche die Tatbestandsverwirklichung begründen); zur zutreffenden Formulierung s. etwa *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 108a.

⁶ Anhaltspunkte für einen Erlaubnistatbestandsirrtum liegen nicht vor. Daher muss an dieser Stelle nicht diskutiert werden, ob ein solcher vorsätzlich-unrechtstatbestandsmäßigem Verhalten entgegensteht.

⁷ Eine vollendete Vorsatztat erfordert, dass sich im Erfolgssachverhalt die spezifische Gefährlichkeit des vorsätzlich-tatbestandsmäßigen Verhaltens realisiert; s. dazu etwa *Freund* (Fn. 5), § 7 Rn. 146a.

nutzen, um damit den „Banditen“ zu imponieren. Von einem einredefreien und fälligen Übereignungsanspruch ist V ebenfalls nicht ausgegangen. Mithin hat V vorsätzlich und in der Absicht gehandelt, die weggenommene Sache sich rechtswidrig zuzueignen.

3. Rechtfertigungsgründe sowie Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Somit handelte V rechtswidrig und hinreichend schuldhaft.

V hat sich daher eines Diebstahls an der Kutte des R gem. § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht, indem er diese vom Kleiderständer am Eingang des Tante Emma-Ladens entwendete.

II. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB

Außerdem kann sich V eines Diebstahls mit Waffen an der Kutte des R gem. §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB schuldig gemacht haben, indem er diese während eines Spazierganges mit seinem Pitbull Lucky von der Kleiderstange am Eingang des Tante Emma Ladens entwendete.

1. Wie bereits zuvor geprüft, wurde der Grundtatbestand vorsätzlich, rechtswidrig und hinreichend schuldhaft erfüllt.

2. Zudem muss V ein Qualifikationsmerkmal verwirklicht haben. V war mit seinem Pitbull Lucky unterwegs, als er R die Kutte entwendete, sodass gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB ein Begehen eines Diebstahls in Betracht kommt, bei dem der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt. Sowohl die Waffe als auch das gefährliche Werkzeug erfordern einen körperlichen Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit so verwendet werden kann, dass er erhebliche Verletzungen hervorruft. Es ist allerdings nicht ersichtlich, ob Pitbull Lucky überhaupt dazu geeignet ist, als Waffe bzw. als gefährliches Werkzeug verwendet zu werden. Eine solche Verwendbarkeit ist jedoch zwingende Voraussetzung der entsprechenden Eigenschaft. Als gefährliches Werkzeug einsetzbar ist der Pitbull Lucky aber nur, wenn er den Anweisungen seines „Herrchens“ zu folgen pflegt – etwa, weil er eine entsprechende Hundeschule durchlaufen hat. Der Sachverhalt ist in dieser Hinsicht offen und auch nicht lebensnah „auslegungsfähig“. Damit kann bereits die Eigenschaft des Tieres, eine Waffe bzw. ein gefährliches Werkzeug zu sein, nicht (eindeutig) bejaht werden. Selbst wenn man in dieser Hinsicht zu einer anderen Beurteilung kommen sollte, wäre ein für die strenge Strafbarkeit nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB erforderlicher Vorsatz des Beisichführens nicht anzunehmen. V hatte seinen Pitbull Lucky nur zufällig dabei, als er R die Kutte entwendete. Es ist durchaus möglich und sogar naheliegend, dass seine Gedanken während der gesamten kurzen Zeit der Diebstahlsbegehung vollständig auf das begehrte Tatobjekt – die „Kutte“ – fixiert waren und er daher einen möglichen Einsatz des Tieres als Waffe bzw. als gefährliches Werkzeug nicht ausreichend bedacht hat. Um die mit § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB einhergehende stärkere Bestrafung gegenüber einem „einfachen“ Diebstahl nach § 242 Abs. 1 StGB zu rechtfertigen, müsste feststehen, dass er sich

dessen aktuell bewusst war.⁸ Zwar dürfte die Rechtsprechung in dieser Hinsicht wohl von geringeren Anforderungen ausgehen, nämlich sich mit einem „sachgedanklichen Mitbewusstsein“ begnügen.⁹ Indessen zöge diese nebulöse „Figur“ sachlich Fahrlässigkeitsfälle in den Vorsatzbereich und missachtete damit das Erfordernis der Legitimation der Strengerbestrafung. Nach alledem ist der Qualifikationstatbestand nach §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB nicht verwirklicht.

2. Geschehensabschnitt: Racheaktion und Zurückholen der Kutte

1. Teil: Strafbarkeit des R

I. § 223 Abs. 1 StGB

Indem R den V brutal zusammenschlug, kann sich R wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. R muss ein grundsätzlich rechtlich missbilligtes Körperverletzungsverhalten vorgenommen haben und der entsprechende Erfolgssachverhalt muss (zurechenbar) eingetreten sein.

a) Ein entsprechendes Körperverletzungsverhalten liegt vor, wenn das Zusammenschlagen des V wegen seiner Eignung zum Hervorrufen körperlicher Misshandlungen oder Gesundheitsschädigungen nach einer Abwägung der widerstreitenden Güter und Interessen grundsätzlich rechtlich missbilligt ist.¹⁰ Eine körperliche Misshandlung erfordert eine üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt werden können.¹¹ Ein brutales Zusammenschlagen birgt die Gefahr in sich, sogar erhebliche schmerzhaft Verletzungen hervorzurufen, und ist somit geeignet, das körperliche Wohlbefinden des V nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Zudem ist V bewusstlos geworden. Mit den Schlägen des R war die entsprechende Gefahr

⁸ Zur Problematik der Tatbestandsrestriktion mittels des Kriteriums einer bestimmt gearteten Verwendungsabsicht oder eines Verwendungsvorbehalts s. *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 2012, S. 458 ff.; *Rönnau*, JuS 2012, 117; jew. m.w.N.

⁹ Vgl. etwa BGHSt 52, 257 (267 ff., mit einer Ablehnung spezieller subjektiver Kriterien der Tatbestandseingrenzung); BayObLG NJW 1977, 1974; allg. zur „Mitbewusstseinslehre“ etwa *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 15 Rn. 51 m.w.N. auch zu krit. Positionen.

¹⁰ Grundlegend zum Straftaterfordernis der grundsätzlichen rechtlichen Verhaltensmissbilligung s. etwa *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 33 ff., 69 ff.; weiterführend *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 51 ff.; *ders.*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 120, 123 ff.

¹¹ Zur entsprechenden – erfolgsbezogenen Definition – s. BGHSt 25, 277; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 36. Aufl. 2012, Rn. 255; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 15 Rn. 2.

verbunden, weshalb diese insofern nach der erforderlichen Abwägung ebenfalls grundsätzlich rechtlich missbilligt sind. Ein grundsätzlich rechtlich zu beanstandendes Misshandlungsverhalten in Bezug auf den Körper eines anderen Menschen liegt demnach vor. Eine Gesundheitsschädigung beinhaltet das Steigern oder Hervorrufen eines pathologischen Zustandes.¹² Ein Zusammenschlagen bis zur Bewusstlosigkeit des Opfers führt zu einer erheblich nachteiligen Abweichung vom körperlichen Normalzustand, die als pathologisch zu bewerten ist. Deshalb ist ein Verhalten, das solches bewirken kann, bei Abwägung der widerstreitenden Güter und Interessen auch als Schädigungsverhalten mit Blick auf die Gesundheit eines anderen grundsätzlich rechtlich missbilligt. R hat ein grundsätzlich rechtlich missbilligtes Körperverletzungsverhalten vorgenommen.

b) Außerdem muss die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge (zurechenbar) eingetreten sein. Das ist der Fall, wenn sich ein schadensträchtiger Verlauf ereignet hat, der durch richtiges Verhalten hätte vermieden werden können und sollen.¹³ V wurde durch die Schläge des R schwer verletzt und hat das Bewusstsein verloren. Die Schläge des R können nicht hinweggedacht werden, ohne dass diese Verletzungen entfielen. Somit war die Handlung des R kausal, und zwar sowohl nach der *conditio sine qua non*-Formel als auch nach der Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung. Die Schläge des V waren – wie dargelegt – auch in der hier interessierenden Hinsicht grundsätzlich rechtlich zu missbilligen. Insofern hat sich mit den erheblichen Verletzungen und sonstigen körperlichen Beeinträchtigungen ein schadensträchtiger Verlauf ereignet, der durch richtiges Verhalten hätte vermieden werden können und sollen. Die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge einer Körperverletzung ist (zurechenbar) eingetreten.

2. Ferner muss R vorsätzlich gehandelt und die Verhaltensfolge vorsätzlich herbeigeführt haben. R wusste, dass V durch ein brutales Zusammenschlagen schwer verletzt werden kann. Gründe, die vorsätzlich-unrechtstatbestandsmäßiges Verhalten ausschließen, sind nicht ersichtlich. In den Verletzungen des V hat sich gerade die spezifische Gefährlichkeit seines vorsätzlichen Körperverletzungsverhaltens realisiert.¹⁴ Insofern handelte R vorsätzlich und hat die Verhaltensfolge vorsätzlich herbeigeführt.

3. R handelte rechtswidrig und hinreichend schuldhaft.

R hat sich daher einer Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB schuldig gemacht, indem er V brutal zusammenschlug.

II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5

Weitergehend kann sich R sogar einer gefährlichen Körperverletzung an V nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

schuldig gemacht haben, indem er V brutal – und zwar bis zur Bewusstlosigkeit – zusammenschlug.

1. Der Grundtatbestand wurde – wie bereits festgestellt – vorsätzlich, nicht gerechtfertigt und hinreichend schuldhaft verwirklicht.

2. Außerdem muss ein Qualifikationsmerkmal verwirklicht sein. In Betracht kommt eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.¹⁵ Die an dieses Merkmal zu stellenden Anforderungen sind umstritten. Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁶ wird der Eintritt einer konkreten Lebensgefahr nicht vorausgesetzt; entscheidend sei allein, dass die Handlung des Täters generell geeignet ist, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen. R hat so heftig auf V eingeschlagen, dass dieser bewusstlos wurde. Solch massive Schläge sind generell geeignet, lebensbedrohliche Verletzungen – etwa schwere Schädeltraumen, u.U. sogar einen Schädelbruch oder ein Herz-Kreislauf-Versagen – hervorzurufen. Sie waren somit generell dazu geeignet, das Leben des V in Gefahr zu bringen. R waren die für das Gefahrurteil maßgeblichen Umstände bekannt. Deshalb hat er nach dieser Auffassung eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen.

Demgegenüber wird zum Teil der Eintritt einer konkreten Lebensgefährdung des Opfers gefordert.¹⁷ Das Merkmal der „lebensgefährdenden Behandlung“ sei erst verwirklicht, wenn der Verletzte durch die Tathandlung zumindest für einen Augenblick in eine konkrete Lebensgefahr geraten ist. Bei den von R bis zur Bewusstlosigkeit des V ausgeführten Schlägen liegt es durchaus nahe, dass diese „Behandlung“ sich ohne weiteres hätte tödlich auswirken können. Eine Bewusstlosigkeit ist immerhin ein gewichtiges Indiz für die ernstzunehmende Gefahr des Todes. Ob darin eine (hinreichend) konkrete Gefahr zu erblicken ist, hängt freilich von den näheren Anforderungen an das genannte Gefährerfordernis ab. Ein Vergleich mit den anderen Qualifikationsgründen des § 224 Abs. 1 StGB zeigt, dass insoweit keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Vielmehr muss es unter Berücksichtigung der Systematik bzw. des Kontexts und der in Frage stehenden Rechtsfolge(-n) ausreichen, wenn die Konkretheit der Lebensgefährdung zu einer vergleichbaren Unrechtssteigerung führt wie z.B. die Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs oder die gemeinschaftliche Begehung durch mehrere. Im Hinblick auf die ernstzunehmende Lebensgefahr für V kann davon jedenfalls ausgegangen werden. Folglich liegt eine hinreichend konkrete Lebensgefahr vor. Die für die konkrete Lebensgefahr maßgeblichen Umstände hat R zutref-

¹² Zur – wiederum erfolgsbezogenen – Definition vgl. BGHSt 36, 1 (6); Fischer (Fn. 2), § 223 Rn. 6.

¹³ Zu dieser Voraussetzung des vollendeten Erfolgsdelikts s. Freund (Fn. 5), § 2 Rn. 45 ff.; sachlich übereinstimmend etwa Sternberg-Lieben (Fn. 9), § 15 Rn. 156.

¹⁴ Zu den speziellen Anforderungen der vorsätzlichen vollendeten Tat s. bereits oben Fn. 7.

¹⁵ Vgl. zum Folgenden die entsprechende Darstellung und Argumentation zu einem ähnlichen Fall des Zusammenschlagens des Opfers bis zur Bewusstlosigkeit bei Freund/Schauermann, JuS 1995, 801 (802).

¹⁶ Vgl. dazu etwa BGHSt 2, 160 (163); 36, 1 (9); aus dem Schrifttum s. z.B. Lilie, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 224 Rn. 36; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 224 Rn. 12; Geerds, Jura 1988, 46.

¹⁷ Vgl. z.B. Schröder, JZ 1967, 522; Stree, Jura 1980, 281 (291 ff.).

fend erfasst. Deshalb liegt eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung auch vor, wenn man für das Eingreifen dieses Qualifikationsgrundes nicht jede (abstrakte) Gefahr ausreichen lässt.¹⁸

3. R hat die Tat rechtswidrig und hinreichend schuldhaft begangen.

Indem R den V brutal zusammenschlug, hat er sich wegen gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB strafbar gemacht. Diese Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung geht konkurrenzrechtlich derjenigen wegen einfacher Körperverletzung als spezieller vor.

III. § 123 Abs. 1 StGB

Durch das Hineingreifen in die Wohnung des V kann R die Voraussetzungen des Hausfriedensbruchs i.S.v. § 123 Abs. 1 StGB verwirklicht haben.

R kann in die Wohnung des V eingedrungen sein. Eindringen erfordert jedenfalls ein körperliches „Hineingelangen“ in die geschützte Räumlichkeit. Nach verbreiteter Auffassung ist sogar das körperliche *Betret*en gegen oder ohne den Willen des Berechtigten erforderlich.¹⁹ R konnte nach der Kutte, die an der Garderobe hing, greifen, ohne die Wohnung des V zu betreten. Fraglich ist, ob dieses Hineingreifen genügt oder ob ein körperliches Betreten mit zumindest einem Fuß vorliegen muss. Nach einer Ansicht genügt es, wenn der Täter mit einem Teil seines Körpers in die geschützten Räume gelangt.²⁰ Demnach wäre R bereits durch das Hineingreifen in die Wohnung des V eingedrungen. Allerdings ist zweifelhaft, ob dieses bloße Hineingreifen das Niveau des in § 123 Abs. 1 StGB geforderten Unwertgehalts zu begründen und eine entsprechende Bestrafung zu rechtfertigen vermag. Sachlich stellt sich insofern das im Strafrecht generell auftauchende „Untergrenzenproblem“.²¹ Dieses ist beispielsweise definitorisch gut bei der Körperverletzung in der Form der körperlichen Misshandlung „verarbeitet“. Bei dieser wird für die Tatbestandsverwirklichung mit Recht eine mehr als nur unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens verlangt. Um das Gewicht einer Straftat des Hausfriedensbruchs annehmen zu können, muss dementsprechend mehr als eine nur bagatelhafte Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts vorliegen. Zumindest das extrem kurzfristige Hineingreifen in den Wohnungsbereich genügt dafür nicht. Ob zwingend ein Betreten erforderlich ist, um das Unwertni-

¹⁸ Bei entsprechender Argumentation ist auch eine Ablehnung des Qualifikationsmerkmals vertretbar.

¹⁹ S. dazu *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 123 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 2), § 123 Rn. 14 f.; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 123 Rn. 5; *Lilie*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 123 Rn. 44; *Wessels/Hettinger* (Fn. 11), Rn. 584.

²⁰ RGSt 39, 440; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 19), § 123 Rn. 12.

²¹ Vgl. näher zu diesem allgemeinen „Untergrenzenproblem“ *Freund* (Fn. 5), § 4 Rn. 21, § 5 Rn. 11; *ders.* (Fn. 10 – MK), Vor §§ 13 ff. Rn. 207 ff.

veau des Hausfriedensbruchs als Straftat zu erreichen, kann daher offenbleiben. R ist jedenfalls nicht in einer für § 123 Abs. 1 StGB ausreichenden Weise in die Wohnung des V eingedrungen. Er erfüllt demnach nicht die Voraussetzungen des Hausfriedensbruchs nach § 123 Abs. 1 StGB.

2. Teil: Strafbarkeit des P

I. § 229 StGB

P kann sich einer fahrlässigen Körperverletzung an V nach § 229 StGB schuldig gemacht haben, indem er R den entscheidenden Hinweis über die Identität des V gab.

1. Dazu muss sich P im Hinblick auf die Körperintegrität des V fahrlässig verhalten haben, d.h. er muss – bei gegebener Sonderverantwortlichkeit – eine nach seinen individuellen Verhältnissen vorhersehbare, vermeidbare und von Rechts wegen zu vermeidende Schädigungsmöglichkeit in dieser Hinsicht geschaffen haben.²²

a) Für P muss die Möglichkeit vorhersehbar gewesen sein, dass R den V zu Hause aufsucht und zusammenschlägt. Dabei kommt es nur darauf an, was er bei einer ihm möglichen verständigen und sorgfältigen Würdigung der vorgefundenen Sachlage hätte erkennen können.²³ P hat R die Adresse des V gegeben, ohne näher darauf einzugehen, wie R den V zur Rede stellen möchte. Bei der ihm möglichen verständigen und sorgfältigen Würdigung der Sachlage, hätte P z.B. das spezielle Milieu von Täter und Opfer des „Kutten-Diebstahls“ berücksichtigen und bei einer näheren Würdigung der gesamten Umstände zu dem Schluss gelangen können, dass R in der geschehenen Form „Selbstjustiz“ üben könnte. P hätte also erkennen können, dass es zu Vergeltungsmaßnahmen kommen kann. Folglich war die Möglichkeit der Verletzung des V für P vorhersehbar.

b) Zudem muss für P die Möglichkeit der Verletzung des V durch R vermeidbar gewesen sein. P muss es nach seinen individuellen Fähigkeiten und Kenntnissen möglich gewesen sein, die Gefahr abzuwenden.²⁴ Vermeiden können hätte P die im Verhaltenszeitpunkt (*ex ante*) anzunehmende Möglichkeit, dass V durch R verletzt wird, dadurch, dass er R die Namen des V und dessen Adresse nicht nennt. Folglich war P nach seinen individuellen Fähigkeiten und Kenntnissen in der Lage, die Gefahr zu vermeiden. Die Möglichkeit der Verletzung des V war für P vermeidbar.

c) Des Weiteren muss für P eine spezifische Vermeidungspflicht bestanden haben. Dies ist der Fall, wenn im Rahmen einer Gesamtabwägung das zu schützende Interesse das des

²² *Freund* (Fn. 5), § 5 Rn. 43 f.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 17 Rn. 16. Ein Vorschlag für eine gesetzliche Regelung der Definition fahrlässigen Verhaltens findet sich bei *Freund* (Fn. 5), § 5 Rn. 87a ff.; *ders.*, in: *Hettinger u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 63 (S. 78). Zur Sonderverantwortlichkeit als Straftatmerkmal s. unten Fn. 27.

²³ Zur Definition von Vorhersehbarkeit s. *Freund* (Fn. 5), § 5 Rn. 87c.

²⁴ Vgl. dazu *Freund* (Fn. 5), § 5 Rn. 87c.

Täters überwiegt.²⁵ Das Interesse des V an seiner körperlichen Unversehrtheit hat erheblich mehr Gewicht als das Interesse des P, dem R einen Gefallen zu tun, und als das Informationsinteresse des R. Zwar hat das Opfer eines Diebstahls grundsätzlich ein rechtlich anzuerkennendes Interesse daran, den Namen und die Adresse des Täters zu erfahren, etwa um diesen zivilrechtlich belangen zu können. Jedoch steht diesem schlichten Informationsbedürfnis die nicht unerhebliche Gefahr für das gewichtige Rechtsgut der Körperintegrität des V gegenüber. Bei der vorzunehmenden umfassenden Güter- und Interessenabwägung, stellt sich allerdings das unter dem Stichwort „Regressverbot“²⁶ bekannte Problem, ob P für die Ermöglichung bzw. Förderung der fremden Vorsatztat des R überhaupt verantwortlich sein kann. Eine beschränkte Berechtigung dieses Gedankens mag mit Blick auf die angemessene Abgrenzung von Verantwortungsbereichen und zur Vermeidung einer problematischen Misstrauensgesellschaft anzuerkennen sein. Bezogen auf den hier interessierenden Kontext ist jedoch festzustellen, dass sich P als Polizeibeamter mit Blick auf die handfesten Anhaltspunkte für den deliktischen Missbrauch der Information nicht auf den Standpunkt stellen darf, dass er mit der Gefahr für die Körperintegrität des V nichts zu tun hat. Die Ermöglichung des deliktischen Agierens des R fällt vielmehr in seinen (besonderen) Verantwortungsbereich. Durch die Nichtweitergabe der Information wird auch nicht etwa einem bestimmten Bürger ein unangemessenes Misstrauen entgegengebracht, sondern gerade angemessen auf dessen Gefährlichkeit für die Körperintegrität anderer reagiert. Letztlich hat also das zu schützende Interesse des V Vorrang vor den Gegeninteressen des P bzw. des R. Für P hat folglich eine spezifische Vermeidspflicht bestanden.

Gründe, die der Sonderverantwortlichkeit des P für die von ihm geschaffene Gefahr entgegenstehen, sind nicht vorhanden.²⁷ P hat sich in Hinblick auf die Körperintegrität des V fahrlässig verhalten.

2. Darüber hinaus muss die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge eingetreten sein. Wie bereits zuvor erläutert, wurde V durch Schläge des R schwer verletzt. Diese Tat geschah

²⁵ Zur Definition des Vermeiden-Müssens vgl. wiederum *Freund* (Fn. 5), § 5 Rn. 87c.

²⁶ Näher zur umstrittenen Problematik eines Regressverbots *John*, Das erlaubte Kausieren verbotener Taten – Regressverbot, 2007, passim; *Diel*, Das Regressverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, 1997, passim; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, passim; *Wehrle*, Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt – Regressverbot?, 1986, passim; s. ferner *Freund* (Fn. 10 – MK), Vor §§ 13 ff. Rn. 345, 410 ff., 500 f. m.w.N.

²⁷ Zu diesem Straftatkriterium, das auch für Tatbestandsverwirklichungen durch aktives Tun erfüllt sein muss, näher *Freund* (Fn. 10 – MK), Vor §§ 13 ff. Rn. 171 ff.; *ders.* (Fn. 5), § 2 Rn. 19; *ders.*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 225. I.d.S. etwa auch *Gauger*, Die Dogmatik der konkludenten Täuschung, 2001, S. 199 ff.; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 169 ff.

aufgrund der Information des P. Somit hat sich ein schadensträchtiger Verlauf ereignet, der durch richtiges Verhalten hätte vermieden werden können und sollen. Dafür spielt es keine Rolle, ob R vielleicht auch auf andere Weise die Identität des V und dessen Adresse hätte in Erfahrung bringen können. Solche hypothetischen Verläufe ändern nichts an der Verantwortlichkeit des P für den allein Wirklichkeit gewordenen schadensträchtigen Verlauf.²⁸ Die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge ist eingetreten.

3. P handelte rechtswidrig und hinreichend schuldhaft.

P hat sich einer fahrlässigen Körperverletzung an V gem. § 229 StGB schuldig gemacht, indem er R dessen Namen und Adresse gab.

II. § 340 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 229 StGB

Zudem kann sich P wegen fahrlässiger Körperverletzung im Amt gegenüber V gem. § 340 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 229 StGB strafbar gemacht haben, indem er R den entscheidenden Hinweis über die Identität des V gab.

1. Dafür muss P den Grundtatbestand der fahrlässigen Körperverletzung nicht gerechtfertigt und hinreichend schuldhaft verwirklicht haben. Dies ist – wie zuvor dargelegt – der Fall.

2. Außerdem muss P die qualifizierenden Merkmale des § 340 Abs. 1, Abs. 3 StGB erfüllen. P muss Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB sein. P ist Polizist und somit Amtsträger. Des Weiteren muss er die fahrlässige Körperverletzung während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst begangen haben. P gab R die Hinweise auf dem Polizeipräsidium während seines Dienstes. P war sich zudem sogar darüber im Klaren, dass er Amtsträger und gerade im Dienst ist. Er erfüllt also die qualifizierenden Merkmale i.S.v. § 340 Abs. 1, Abs. 3 StGB.

3. Die Tat geschah rechtswidrig und hinreichend schuldhaft.

P hat sich einer fahrlässigen Körperverletzung im Amt gegenüber V nach § 340 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 229 StGB schuldig gemacht, indem er R den entscheidenden Hinweis über die Identität des V gab. Diese speziellere Strafbarkeit geht indessen – ungeachtet des leicht missverständlichen Verweises in § 340 Abs. 3 StGB – der allgemeinen nach § 229 StGB vor.

Ohne Änderung in den im Bisherigen bereits behandelten und bejahten sachlichen Voraussetzungen ist das Verhalten des P auch direkt unter die speziell in § 340 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 229 StGB genannte Verwirklichungsform des fahrlässigen Begehenlassens einer Körperverletzung zu subsumieren.

²⁸ Zur Irrelevanz hypothetischer Verläufe vgl. *Freund* (Fn. 5), § 2 Rn. 66, § 7 Rn. 135. Vgl. dazu auch *Kühl* (Fn. 22), § 4 Rn. 12; *Frisch* (Fn. 10), S. 522 f., 563 ff.; *Walter*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 76.

3. Teil: Strafbarkeit des L

I. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

L kann sich wegen Körperverletzung durch begehungsgleiches Unterlassen nach §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er nichts zur Verhinderung der Verletzung des V unternahm.

1. Ein tatbestandsmäßiges Verhalten und eine tatbestandsmäßige Verhaltensfolge i.S.e. Körperverletzung müssen vorliegen.

a) Eine Gefahrenlage – also die Möglichkeit eines schadensträchtigen Verlaufs – muss bestanden haben. Außerdem muss L die Möglichkeit gehabt haben, diese Schädigungsmöglichkeit zu vermeiden. Ob L schon gegen das Handeln seines Mitarbeiters rechtzeitig etwas hätte unternehmen können, ist nicht ganz sicher. Allerdings hat L jedenfalls dadurch, dass er nichts unternahm, um die drohende Körperverletzung des nichtsahnenden V zu vermeiden, die entsprechende Schädigungsmöglichkeit bestehen lassen, dass R aufgrund der Information des P den V aufsucht, um den Diebstahl seiner Kutte auch unter Einsatz körperlicher Gewalt zu vergelten. L hat diese Gefahr sogar erkannt und hätte daher einschreiten können. Nahegelegen hätte es nicht nur, R polizeilich zu ermahnen, sondern vor allem das potentielle Opfer von der ernstzunehmenden Bedrohung in Kenntnis zu setzen, damit dieses keinem Überraschungsangriff ausgesetzt wird. L hatte somit die individuelle Möglichkeit, die konkrete Körperverletzung, zu der es wegen der Überrumpelung des nichtsahnenden V tatsächlich gekommen ist, zu vermeiden.

Zudem muss er diese Gefahr entgegen einer qualifizierten Rechtspflicht zur Gefahrenabwehr nicht abgewendet haben. Für eine besondere Inpflichtnahme als sog. Garantenverantwortlicher muss ein normativ hinreichender Bezug des Normadressaten zum Ursprung oder Zielort der zu vermeidenden Gefahr bestehen. L ist Polizist und kann somit als Amtsträger eine qualifizierte Gefahrenabwendungsspflicht haben.²⁹ Allerdings ist zu überlegen, ob Polizisten nicht vielleicht nur im Verhältnis zu ihren Dienstherren, also nur im Innenverhältnis zwischen Amtswalter und Staat Amtspflichten unterliegen. Eine etwaige faktische Begünstigung strafrechtsrelevanter Rechtsgüter der Bürger durch bloße dienstrechtlich fundierte Amtspflichten wäre in solcher Sicht lediglich ein normativ irrelevanter Schutzreflex.³⁰ Indessen würde mit einer solchen

²⁹ Zur Garantenverantwortlichkeit von Polizeibeamten BGH, Urt. v. 29.10.1992 – 4 StR 358/92 = BGHSt 38, 388; vgl. zu dem umstrittenen Fragenkreis besonderer Amtsträgerverantwortlichkeit ferner *Freund* (Fn. 10 – Erfolgsdelikt), S. 259 f., 291 ff., 305 ff.; *Georgy*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Arzneimittelrisiken, 2011, S. 30 ff.; *Kühl* (Fn. 22), § 18 Rn. 78 ff.; *Laubenthal*, JuS 1993, 907; *Mitsch*, NStZ 1993, 384; *Pawlik*, ZStW 111 (1999), 335 (338, 341 ff.); *Rudolphi*, JR 1995, 167.

³⁰ So etwa vertreten von *Herzberg* (Fn. 27), S. 356, der zwar annimmt, Polizisten seien rechtlich verpflichtet, gegen Straftaten einzuschreiten, die die öffentlich Sicherheit oder Ordnung stören, sie seien aber keine Beschützergaranten eines durch die Straftat konkret bedrohten Menschen. Die Pflicht,

Ansicht die Funktion auch bestimmter Amtspflichten gründlich verfehlt.³¹ Diese bestehen nicht um ihrer selbst willen. Deren Legitimationsgrund ist vielmehr der Schutz bedrohter (Individual-)Rechtsgüter.³² In diesem Zusammenhang muss auch beachtet werden, dass das staatliche Gewaltmonopol nur dann legitimierbar ist, wenn der (partiell gebotene) Verzicht auf private Gewaltanwendung mit einer besonderen Rechtspflicht staatlicher Amtsträger zur Abwendung bestimmter Gefahren einhergeht.³³ Wenn nun aber der Staat seiner auch verfassungsrechtlich verankerten Schutzpflicht für elementare Rechtsgüter der Bürger dadurch entspricht, dass er bestimmte Amtsträger „auf Posten stellt“, werden diese Amtsträger kraft Delegation ebenfalls zu Garantenverantwortlichen. Insofern verhält es sich nicht anders als etwa bei den Eltern, die jemanden einsetzen, um ihrer Schutzpflicht zu genügen. Der diese Funktion Übernehmende ist für die Erfüllung der übernommenen Aufgabe sonderverantwortlich. Dieser (besonderen) Verantwortlichkeit des L steht es ebenso wenig wie bei P entgegen, dass die hier in Frage stehende Gefahr durch einen vollverantwortlich handelnden Vorsatztäter (R) vermittelt wird.³⁴ Dementsprechend ist L als Polizist garantenverantwortlich auch im Verhältnis zu V in Bezug auf die Erfüllung der Gefahrenabwendungs Pflichten, die sich in concreto zum Schutz seiner Rechtsgüter begründen lassen.

Die berechtigten Schutzinteressen des V überwiegen nach Sachlage bei einer Güter- und Interessensabwägung die Interessen des L, untätig zu bleiben. Insbesondere kann das Interesse des L, dem V die Verursachung seines mehrmals verspäteten Feierabends zu vergelten, rechtlich nicht anerkannt werden. Entscheidend ist allemal, dass L als Beamter im Dienst grundsätzlich zur Abwehr zumindest gewichtiger Gefahren verpflichtet ist, sofern ihn nicht zumindest gleich wichtige (dienstliche) Aufgaben daran hindern. Derartiges ist nicht ersichtlich. Daher ist von einer „Ermessensreduzierung auf Null“ auszugehen. Folglich hat L die Gefahr entgegen einer qualifizierten Rechtspflicht zur Gefahrenabwehr nicht abgewendet. Ein grundsätzlich missbilligtes tatbestandsmäßiges (Unterlassungs-)Verhalten liegt vor.

b) Des Weiteren muss eine tatbestandsmäßige Verhaltensfolge eingetreten sein. Durch das Nichteinschreiten des L hat R den V ungehindert aufsuchen und brutal zusammenschlagen können. Wie die weitere Entwicklung des Geschehens zeigt, wäre es dem durchaus wehrhaften V mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gelungen, das für ihn überraschende brutale Zusammenschlagen an der von ihm ohne Argwohn geöffneten Wohnungstür zu vereiteln. Bereits zu dem die konkrete Tat ermöglichenden ahnungslosen Öffnen der Tür wäre es bei rechtzeitiger Information sicher nicht gekommen. Der konkrete schadensträchtige Verlauf hätte durch

ggf. den Privaten zu schützen, sei nur „Reflex und Nebenwirkung“ einer Berufspflicht anderen Inhalts.

³¹ S. dazu *Freund* (Fn. 10), S. 293 f.; vgl. dazu auch (wenn auch in einem anderen Kontext) *Hüwels*, Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung, 1986, S. 195 ff.

³² *Freund* (Fn. 10 – Erfolgsdelikt), S. 294.

³³ S. zu diesem Aspekt *Georgy* (Fn. 29), S. 43 f.

³⁴ Zu dieser „Regressverbotsproblematik“ vgl. bereits Fn. 26.

ein Einschreiten des L verhindert werden können und sollen. Dementsprechend ist eine tatbestandsmäßige Verhaltensfolge (zurechenbar) eingetreten. In diesem Zusammenhang spielt es für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des L wiederum keine Rolle, ob V vielleicht oder sogar sicher an einem anderen Ort, zu einem anderen Zeitpunkt oder unter anderen Umständen vergleichbar verletzt worden wäre. Entscheidend ist allein, dass der konkret Wirklichkeit gewordene Verlauf so beschaffen war, dass er – als Schädigungsmöglichkeit (ex ante) gedanklich antizipiert – von Rechts wegen vermieden werden konnte und musste.³⁵

2. L muss zudem vorsätzlich unterlassen und die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge vorsätzlich nicht abgewendet haben. L rechnete mit einer Racheaktion des R, bei der es auch zum Einsatz körperlicher Gewalt kommen kann und wusste um die Möglichkeit, diese zu vermeiden. Auch war er sich über die seine Sonderverantwortlichkeit für die Gefahrenvermeidung begründenden Umstände im Klaren. Er konnte folglich die Umstände, welche die Tatbestandsverwirklichung i.e.S. begründeten – ohne von einer rechtfertigenden Sachlage auszugehen – und schritt dennoch nicht ein. L hat vorsätzlich unterlassen und die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge vorsätzlich herbeigeführt.

3. Die Tat geschah rechtswidrig und hinreichend schuldhaft.

Indem L nichts zur Gefahrenabwendung unternahm, hat er sich einer Körperverletzung durch begehungsgleiches Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 Abs. 1 StGB

Weitergehend kann sich L sogar einer gefährlichen Körperverletzung an V durch begehungsgleiches Unterlassen nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er nichts zur Verhinderung der Verletzung des V unternahm.

L hat zwar auch die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, die V erlitten hat, entgegen einer qualifizierten Garantenrechtspflicht nicht verhindert. Indessen gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass er bei seinem Unterlassungsverhalten die Umstände erkannt hat, aus denen sich die Möglichkeit einer derart qualifizierten Form der Körperverletzung ergibt. Der insoweit allein zu erhebende Fahrlässigkeitsvorwurf genügt für den erforderlichen Vorsatz in Bezug auf eine Körperverletzung in der Form der lebensgefährdenden Behandlung nicht. L ist folglich nicht strafbar wegen gefährlicher Körperverletzung an V durch begehungsgleiches Unterlassen nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 Abs. 1 StGB.

III. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 Abs. 1 StGB

Allerdings kann sich L wegen Körperverletzung durch begehungsgleiches Unterlassen im Amt nach § 340 Abs. 1 i.V.m. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, in-

dem er nichts zur Verhinderung der Verletzung des V unternahm.

L hat nicht nur – wie dargelegt – den Grundtatbestand der Körperverletzung durch begehungsgleiches Unterlassen nicht gerechtfertigt und hinreichend schuldhaft verwirklicht, sondern erfüllt als Amtsträger im Dienst auch die qualifizierenden Merkmale des § 340 Abs. 1 StGB. Er hat sich also einer Körperverletzung durch begehungsgleiches Unterlassen im Amt nach § 340 Abs. 1 i.V.m. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB schuldig gemacht, indem er zur Verhinderung der Verletzung des V nichts unternahm. In dieser spezielleren Strafbarkeit geht die allgemeine nach §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB auf. Eine denkbare Strafbarkeit des L nach § 323c StGB³⁶ tritt jedenfalls hinter dessen Verantwortlichkeit wegen Körperverletzung durch begehungsgleiches Unterlassen im Amt zurück.

Ohne Änderung in den im Bisherigen bereits behandelten und bejahten sachlichen Voraussetzungen ist das Verhalten des L auch direkt unter die speziell in § 340 Abs. 1 StGB genannte Verwirklichungsform des Begehenlassens einer Körperverletzung zu subsumieren.

3. Geschehensabschnitt: Schuss auf den SEK-Beamten

Strafbarkeit des V

I. § 212 Abs. 1 StGB

I. V kann sich eines Totschlags an dem SEK-Beamten nach § 212 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er ihn erschoss.

1. V muss S in grundsätzlich tatbestandlich missbilligter Weise getötet haben.

a) Dazu muss V ein Verhalten vorgenommen haben, das aufgrund seiner Eignung zur Herbeiführung des Todes eines Menschen bei gegebener Sonderverantwortlichkeit grundsätzlich rechtlich missbilligt ist. V hat einen Schuss auf S abgegeben. Ein solches Verhalten ist geeignet, den Tod eines Menschen herbeizuführen und im Hinblick auf das Lebensschutzinteresse des S grundsätzlich rechtlich missbilligt. V hat somit ein grundsätzlich rechtlich zu missbilligendes Tötungsverhalten vorgenommen.

b) Zudem muss die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge (grundsätzlich zurechenbar) eingetreten sein. S verstirbt an der Folge des von V abgegebenen Schusses. Hätte V diesen Schuss nicht abgegeben, wäre S nicht gestorben. Auch realisiert sich im konkreten Erfolg die grundsätzlich rechtlich missbilligte Gefährlichkeit dieses Schusses. Die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge ist also grundsätzlich zurechenbar eingetreten.

2. Des Weiteren muss V zunächst vorsätzlich in Bezug auf die Tatbestandsverwirklichung i.e.S. gehandelt und die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge insofern auch vorsätzlich herbeigeführt haben. V nahm den Tod der Person hinter der Tür (billigend) in Kauf. Fraglich ist, ob es einem vorsätzlichen

³⁵ Zu diesem allein maßgeblichen „Zurechnungskriterium“ und zur Irrelevanz hypothetischer Verläufe s. bereits Fn. 28.

³⁶ Auch die drohende Straftat eines Dritten kann einen „Unglücksfall“ begründen; vgl. dazu etwa BGHSt 3, 65 (66 ff.), 30, 391 (397); Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 323c Rn. 65.

Tötungsverhalten in Bezug auf die hinter der Tür befindliche Person entgegensteht, dass V diese Person für ein Mitglied der „Hölleng-Engel“ gehalten hat. Indessen hat V genau den Menschen hinter der Tür akustisch wahrgenommen, für den er wissentlich die sich letztlich realisierende Lebensgefahr begründet hat. Die irri- ge Annahme über die Identität dieses konkreten Menschen schließt demnach den Vorsatz in Bezug auf die Tatbestandsverwirklichung i.e.S. nicht aus, sondern begründet insoweit lediglich einen irrelevanten Motivirrtum bei der vorsätzlichen vollendeten Tötung des konkreten Opfers. Allerdings kann eine vorsätzlich-rechtswidrige Tötung letztlich noch deshalb abzulehnen sein, weil V u.U. von einer Sachlage ausgegangen ist, die ihn bei ihrem tatsächlichen Gegebensein rechtfertigen würde.³⁷ Diese spezielle Problematik der genauen Anforderungen an eine Verurteilung wegen Vorsatztat mit Blick auf einen sog. Erlaubnistatbestandsirrtum stellt sich indessen nur, wenn V nicht wirklich gerechtfertigt war.³⁸

3. V muss rechtswidrig gehandelt haben. Das Verhalten des V kann durch Notwehr nach § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt sein. Dafür muss eine Notwehrlage vorliegen und der Schuss des V eine entsprechende Notwehrhandlung darstellen.

a) Für eine Notwehrlage muss ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorliegen.

³⁷ Sieht man von vereinzelt Anhängern der sog. strengen Schuldtheorie ab (zu deren Konzeption vgl. etwa *Heuchemer*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005, S. 201 ff., 292 ff.; *ders.*, JuS 2012, 795 [799 f.]; näher zur Kritik an dieser Position statt vieler *Sternberg-Lieben* [Fn. 9], § 16 Rn. 15), ist zumindest im Ergebnis eines allgemein anerkannt: Für die Verurteilung wegen einer Vorsatztat darf sich der Betreffende keine Umstände vorgestellt haben, die ihn bei ihrem tatsächlichen Gegebensein rechtfertigen würden. Unterschiede gibt es lediglich bei der genauen dogmatischen Herleitung: Während von manchen angenommen wird, dass der Erlaubnistatbestandsirrtum vorsätzlich-(unrechts)tatbestandsmäßigem Verhalten entgegensteht (dazu gelangt insbesondere die „Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen“; grundlegend zu dieser Lehre A. Kaufmann, JZ 1954, 653; *ders.*, JZ 1956, 353; *ders.*, JZ 1956, 393; weitere Nachw. bei Freund [Fn. 5], § 7 Rn. 19 Fn. 12; s. auch die entsprechende Vorsatzdefinition bei Freund [Fn. 5], § 7 Rn. 108a), möchten die Anhänger der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorien bloß den „Vorsatzschuldvorwurf“ ausschließen (*Blei*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 1996, § 59 II. Rn. 3; *Fischer* [Fn. 2], § 16 Rn. 22; *Gallas*, in: Kaufmann [Hrsg.], Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dez. 1978, 1979, S. 155 [S. 170]; *Wessels/Beulke* [Fn. 5], Rn. 478 ff. Zur Kritik an dieser Konzeption näher Freund [Fn. 5], § 7 Rn. 92 ff., § 10 Rn. 18 ff.).

³⁸ Selbst der Streit mit den Anhängern der strengen Schuldtheorie kann dahinstehen, wenn der Betreffende davon ausgehen durfte, dass eine rechtfertigende Sachlage vorliegt (also bei einem „unvermeidbaren Irrtum“ – genauer: bei nicht auf Fahrlässigkeit beruhender Einschätzung). Zu einem von den Anhängern der Schuldtheorien insofern unbemerkten inneren Widerspruch vgl. unten Fn. 54.

aa) Ein Angriff erfordert eine durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Güter und Interessen.³⁹ Dabei muss der Mensch für sein Verhalten im Idealfall uneingeschränkt verantwortlich sein.⁴⁰

Umstritten ist, aus welcher Perspektive ermittelt werden muss, ob ein Angriff i.S.d. Notwehrrechts vorliegt: Die wohl noch herrschende Auffassung geht davon aus, die Notwehrlage sei „objektiv ex post“ bzw. aus der Sicht eines allwissenden Beobachters zu bestimmen.⁴¹ Auf dieser Basis ist eine Notwehrlage zu verneinen: V ist zwar der Auffassung, dass Mitglieder der „Hölleng-Engel“ versuchen, sich Zutritt zu seiner Wohnung zu verschaffen. In Wirklichkeit geht jedoch das SEK (rechtmäßig) gegen V vor.⁴² Die Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen einer Notwehrlage durch V kann nach dem „objektiven ex post-Konzept“ mit seiner Perspektive des allwissenden Beobachters nur als (vermeidbarer oder unvermeidbarer) Erlaubnistatbestandsirrtum bedeutsam werden.

Nach einer im Schrifttum durchaus verbreiteten Gegenkonzeption ist die wirkliche (!) Notwehrlage auf der Basis der Sachlage zu bestimmen, die sich dem Betreffenden in der konkreten Situation darbietet.⁴³ Maßgeblich ist insofern nicht etwa die bloße Einbildung oder subjektive Fehleinschätzung der Sachlage. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, ob der Betreffende nach den Umständen von Rechts wegen davon ausgehen durfte, er werde gegenwärtig rechtswidrig angegriffen. V durfte in seiner speziellen Situation (ex ante) davon ausgehen, dass er tatsächlich von der verfeindeten Rockerbande gegenwärtig rechtswidrig angegriffen wird. Seine

³⁹ Zu dieser geläufigen Definition des Angriffs vgl. *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Aufl. 2008, Rn. 482; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 32 Rn. 3; *Wessels/Beulke* (Fn. 5), Rn. 325.

⁴⁰ Vgl. zu dieser weiteren Voraussetzung zur Begründung des schneidigen Notwehrrechts Freund (Fn. 5), § 3 Rn. 98 ff. Sachlich übereinstimmend z.B. *Frister*, GA 1988, 291 (305 ff.); *Hruschka*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 140 ff.; *Hoyer*, JuS 1988, 89 (95 f.); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 12/16 f.; *Pawlik*, Jura 2002, 26 (28 f.); s.a. *Otto* (Fn. 11), § 8 Rn. 20 f. (der allerdings mit der fehlenden Infragestellung der Rechtsordnung argumentiert). Anders u.a. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 10, der mit dem Wortlaut argumentiert und meint, § 32 StGB setze nur einen rechtswidrigen und keinen schuldhaften Angriff voraus.

⁴¹ Dieser Auffassung sind u.a. *Gallas* (Fn. 38), S. 166; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2012, Rn. 341; *Kühl* (Fn. 22), § 7 Rn. 21; *Perron* (Fn. 39), § 32 Rn. 2, 27; *Walther*, JZ 2003, 52 (53); *Wessels/Beulke* (Fn. 5), Rn. 330; vgl. außerdem RGSt 27, 44 (45 f.); BGHSt 1, 273 (274), 3, 217 (218); OLG Stuttgart NJW 1992, 850.

⁴² Zu einem anderen Ergebnis für den Originalfall gelangt *Rotsch*, ZJS 2012, 109 (113).

⁴³ Näher dazu Freund (Fn. 5), § 3 Rn. 9 ff.; *ders.*, GA 1991, 387 (406 ff.). I.d.S. etwa auch A. Kaufmann, in: Stratenwerth (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 393 (S. 399); *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 419, 424; *Herzberg*, JA 1989, 243 (247).

entsprechende Situationseinschätzung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Er hat diese Einschätzung sogar kundgetan, indem er die „Höllens-Engel“ aufforderte, von seiner Tür wegzutreten, und dadurch den davon Betroffenen (den SEK-Beamten) die Möglichkeit gegeben, darauf angemessen zu reagieren.

Für die zuerst genannte Ansicht wird ins Feld geführt, dass sich nur so die „scharfe“ Eingriffsbefugnis des Verteidigers und die Belastung des Angreifers mit der entsprechenden Duldungspflicht rechtfertigen lassen.⁴⁴ Ein Missbilligungsurteil über das Verhalten des V kann indessen nicht aus einer höheren Werte – von oben herab – gefällt werden. Es muss vielmehr auf die dem Betreffenden verfügbare Beurteilungsbasis Bezug genommen werden. Ein Rückgriff auf Umstände, die sich erst im Nachhinein ergeben oder die sonst für den Betreffenden in der konkreten Situation nicht erkennbar sind, würde im Bereich der Verhaltensnormkonturierung – und darum geht es bei der Rechtfertigungsfrage – nur Verwirrung stiften.⁴⁵ Die Problematik der Duldungspflicht des von dem Verhalten Betroffenen steht auf einem ganz anderen Blatt.⁴⁶ Somit kann es hier für die Frage, ob V gegen eine ihm gegenüber in der konkreten Situation rechtlich legitimierbare Verhaltensnorm – also gegen das entsprechend legitimierte Tötungsverbot – verstoßen hat, nur auf die für V verfügbare Beurteilungsbasis ankommen: Auf dieser Basis durfte er davon ausgehen, dass die Höllens-Engel vor seiner Tür stehen. Folglich ist ein Angriff bei verständiger rechtlicher Würdigung tatsächlich und nicht nur in der bloß subjektiven Einbildung des V gegeben.⁴⁷

bb) Der bei rechtlich korrekter Beurteilung anzunehmende Angriff muss weiter gegenwärtig sein. Gegenwärtig ist ein Angriff jedenfalls dann, wenn er gerade begonnen hat oder noch fort dauert.⁴⁸ Nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Einschätzung des V versuchten die Personen an der Tür, sich Zutritt zu verschaffen, sodass der Angriff begonnen hatte und noch fort dauerte. Die Gegenwärtigkeit des Angriffs liegt vor.

⁴⁴ Vgl. dazu *Kühl* (Fn. 22), § 7 Rn. 21.

⁴⁵ I.d.S. *Freund* (Fn. 5), § 3 Rn. 11.

⁴⁶ Das Duldungspflicht-Argument liegt neben der Sache, weil es auf der unzutreffenden Prämisse einer entsprechenden Duldungspflicht beruht; vgl. dazu *Freund* (Fn. 5), § 3 Rn. 27 ff.

⁴⁷ Bei entsprechender Begründung ist es ebenfalls vertretbar, einen Angriff zu verneinen. Dann kommt man allerdings zur Irrtumsproblematik (i.S.e. solchen „Irrtumslösung“ letztlich auch der BGH in einem ähnlichen Fall [BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 375/11 „Hells-Angels-Fall“ = BeckRS 2012, 00743 – m. Bespr. *Hecker*, JuS 2012, 263; *Jäger*, JA 2012, 227; *Mandla*, StV 2012, 334; *van Rienen*, ZIS 2012, 377; *Roitsch*, ZJS 2012, 109; vgl. dazu auch *Voigt/Hoffmann-Holland*, NSTZ 2012, 362]). Zum Erlaubnistatbestandsirrtum s. *Freund* (Fn. 5), § 7 Rn. 102 ff.; *Herzberg/Scheinfeld*, JuS 2002, 649; *Herzberg*, JA 1989, 243 294.

⁴⁸ Zur Gegenwärtigkeit des Angriffs *Wessels/Beulke* (Fn. 5), Rn. 328; *Kühl* (Fn. 22), § 7 Rn. 39 ff., jew. m.w.N. Allerdings wird die Wortlautgrenze erheblich strapaziert, wenn schon ein lediglich unmittelbar bevorstehender Angriff genügen soll – s. dazu *Freund* (Fn. 5), § 3 Rn. 101.

cc) Schließlich muss der Angriff rechtswidrig gewesen sein. Rechtswidrig i.S.d. § 32 ist der Angriff, wenn er im Widerspruch zu den Normen des Rechts steht.⁴⁹ Zwar war dem SEK der Zutritt gestattet. Jedoch kommt es – wie dargelegt – nur darauf an, wovon V ausgehen durfte. Nach der Sachlage, die sich ihm bei verständiger Würdigung darbot, versuchten sich die „Höllens-Engel“ Zutritt zu verschaffen, was rechtswidrig war. Für V lag somit ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vor, der eine Notwehrlage begründet.

b) V muss zudem eine Notwehrhandlung vorgenommen haben, der Schuss also eine erforderliche und gebotene Verteidigung darstellen.

aa) Das Maximalmaß erforderlicher Verteidigung richtet sich danach, was einerseits geeignet ist, den Angriff sofort und endgültig zu beenden und andererseits das relativ mildeste Gegenmittel darstellt.⁵⁰ An die Eignung des gewählten Verteidigungsmittels dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Vielmehr genügt es, wenn damit überhaupt die Chance erfolgreicher Abwehr verbunden ist. Davon kann auch unter der Voraussetzung von vor der Tür stehenden mehreren schwer bewaffneten Angreifern ausgegangen werden. Der Schuss war also in ausreichendem Maße geeignet, den Angriff abzuwehren. V hat auch dazu aufgefordert, von der Tür wegzutreten und sogar klar angedroht, er werde andernfalls schießen. Als im Verhältnis zu dem abgegebenen Schuss gleichermaßen geeignetes milderer Abwehrmittel könnte man an einen vorherigen Warningschuss oder vielleicht auch an einen Schuss in Fußhöhe durch die Tür denken. Indessen würde V durch eine solche Vorgehensweise seine im Verhältnis zu mehreren schwer bewaffneten Angreifern vor der Tür ohnehin schwache Verteidigungsposition entscheidend verschlechtern. Zu berücksichtigen ist insofern nicht nur der Zeitvorteil, der den Angreifern dadurch für ein erfolgreiches Aufbrechen der Tür verschafft würde, sondern auch der Verlust der nicht mehr effektiv gegen die übermächtigen Angreifer einsetzbaren „verschossenen“ Munition sowie die für V zu erwartende „Antwort“ der durch den Schuss in Fußhöhe gewarnten Angreifer in Form von lebensgefährlichen Schüssen. Ein anderer – gleichermaßen effektiver – Ausweg als der konkret abgegebene Schuss blieb ihm nicht mehr. Folglich hat V durch den Schusswaffeneinsatz ein geeignetes und auch das relativ mildeste Mittel gewählt.

bb) Eine zur Angriffsabwehr geeignete und erforderliche Notwehrhandlung ist nur dann nicht geboten, wenn sie im Wege einer sozial-ethischen Einschränkung des ansonsten schneidigen Notwehrrechts missbilligt ist.⁵¹ Überlegenswert erscheint allenfalls eine Notwehreinschränkung im Hinblick auf eine Provokation des verfeindeten Motorradclubs durch den Diebstahl an der Kutte des R. Für die Legitimation einer Notwehreinschränkung müsste eine rechtliche Mitverantwortlichkeit des V für die hier in Frage stehende Notwehrlage be-

⁴⁹ I.d.S. etwa *Freund* (Fn. 5), § 3 Rn. 102.

⁵⁰ Vgl. dazu statt vieler *Freund* (Fn. 5), § 3 Rn. 105.

⁵¹ Zu gewissen Beschränkungen des – ansonsten schneidigen – Notwehrrechts vgl. *Freund* (Fn. 5), § 3 Rn. 110 ff.

gründbar sein.⁵² Schon das ist zweifelhaft: Die maßlos überzogene Racheaktion, von der V diesseits der Tür ausgehen durfte, ist zwar durch den Diebstahl ausgelöst worden, aber nicht im Entferntesten von V zu verantworten. Wer sich durch einen Diebstahl dazu hinreißen lässt, am Dieb tödliche Rache zu üben, ist dafür im Rechtssinne allein verantwortlich. Selbst wenn eine beschränkte Mitverantwortlichkeit des V angenommen würde, wäre diese jedenfalls so gering, dass sich mit Blick darauf die Hinnahme einer entscheidenden Verschlechterung seiner Verteidigungsposition nicht legitimieren ließe. Auch dem geringfügig mitverantwortlichen Angegriffenen sind keine ernstzunehmenden Lebensgefahren zuzumuten.⁵³ Weitere Anhaltspunkte für eine sozial-ethische Einschränkung sind nicht ersichtlich. Somit ist die Verteidigungshandlung auch geboten. Eine Notwehrhandlung ist ebenfalls gegeben. Der Schuss auf S ist durch Notwehr nach § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt.

V hat sich keines Totschlags an S nach § 212 Abs. 1 StGB schuldig gemacht, indem er ihn erschoss.

II. § 222 StGB

Nach dem im Kontext der vorsätzlichen Tötung zum rechtlich nicht zu beanstandenden – weil gerechtfertigten – Verhalten des V Ausgeführten hat dieser selbstverständlich auch keine fahrlässige Tötung an dem SEK-Beamten nach § 222 StGB begangen, indem er ihn erschoss. Es fehlt bereits an dem für eine entsprechende Strafbarkeit nötigen Verhaltensnormverstoß i.S.d. Unrechtstatbestands einer fahrlässigen Tötung. Vielmehr hat V die in der konkreten Situation an ihn zu stellenden Verhaltensanforderungen vollumfänglich erfüllt. Jeder andere gewissenhafte und besonnene Bürger in derselben Situation hätte ganz genauso handeln dürfen.⁵⁴

⁵² Näher zu den Voraussetzungen der Notwehreinschränkung bei Provokation *Freund* (Fn. 5), § 3 Rn. 116 ff.; *Lackner/Kühl* (Fn. 2), § 32 Rn. 14 m.w.N.

⁵³ Vgl. dazu etwa den Notwehrprovokationsfall BGH NJW 2001, 1075 = JZ 2001, 667 m. Anm. *Roxin*.

⁵⁴ An dieser Stelle offenbart sich der innere Widerspruch, an dem die Schuldtheorien leiden, wenn sie auch im Falle des nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden („unvermeidbaren“) „Erlaubnistatbestandsirrtums“ im Kontext der Vorsatztat lediglich die (Vorsatz-)Schuld verneinen möchten, obwohl überhaupt kein Verhaltensunrecht vorliegt. Zutreffend gerügt wird dieser innere Widerspruch etwa von *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 19), Vor § 32 Rn. 21 (Kein Verhaltensunrecht bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten!). Sachlich bedeutsam könnte das etwa für die Möglichkeit einer durch Nothilfe gerechtfertigten Tötung des V sein: V verwirklicht kein Verhaltensunrecht und greift daher nicht etwa seinerseits rechtswidrig i.S.d. § 32 StGB an. Nothilfe nach § 32 StGB scheidet daher aus. Mit Blick auf das bedrohte Leben des SEK-Beamten jenseits der Tür läge für eine die Sachlage insgesamt überblickende Person (etwa ein in die Wohnung des V bereits eingestiegener Beamter) vielmehr lediglich eine Notstandslage nach § 34 StGB vor. Und für diese ist jedenfalls nicht V, sondern sind allenfalls die SEK-Beamten aufgrund ihres taktisch unklugen – nämlich auch noch nach dem Bemerkwerden heimlichen –

Gesamtergebnis

V hat sich eines Diebstahls an der Kutte des R nach § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

R hat sich wegen einer gefährlichen Körperverletzung an V nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB strafbar gemacht.

P hat sich einer fahrlässigen Körperverletzung im Amt gegenüber V nach § 340 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 229 StGB schuldig gemacht.

Schließlich hat sich L wegen einer Körperverletzung im Amt durch begehungsgleiches Unterlassen nach § 340 Abs. 1 i.V.m. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Vorgehens verantwortlich. Eine Notstandsrechtfertigung ist deshalb – mangels Wahrung eines (wesentlich) überwiegenden Interesses – ebenfalls ausgeschlossen.

Übungsfall: Der mutige Mitarbeiter

Von Prof. Dr. Georg Steinberg, Wiss. Hilfskraft Mark Müller, Köln

Die Aufgabe wurde als Abschlussprüfung der Vorlesung „Strafrecht III: Vermögensdelikte“ (plangemäß drittes Fachsemester) im Sommersemester 2012 an der Universität zu Köln gestellt. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer an der Klausur erzielten einen Durchschnitt von 5,47 Punkten. Die Bearbeitungszeit betrug 180 Minuten.

Sachverhalt

A ist in der Vergangenheit schon mehrfach nachts durch ein Fenster in das ebenerdig gelegene Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu K. eingestiegen und hat stets erfolgreich hochwertige Elektrogeräte (Rechner, Monitore u.a.) mitgenommen und anschließend via Internet verkauft. Er plant, auch weiterhin, wie er zu sich selbst sagt, diese „ergiebige Quelle anzuzapfen“.

Für die Nacht auf den 10.7.2012 hat er wieder eine solche Aktion geplant. Abends jedoch fesseln ihn starke Kopfschmerzen an sein Bett. Missmutig berichtet er seinem WG-Mitbewohner B von seinen Plänen. B äußert Interesse, die Aktion selbst durchzuführen. Daraufhin erläutert A seine Erfahrungen und Taktik und demonstriert ihm, wie gekippte Fenster mittels eines kleinen Schraubenschlüssels von außen ganz zu öffnen sind (wobei eine leichte Beschädigung unvermeidbar ist). Im Übrigen erklärt A dem B, dass die Sache völlig risikolos sei, weil sich nachts niemand in dem Gebäudeteil aufhalte. Das trifft aber nicht zu, denn der besonders fleißige und dabei mutige Mitarbeiter M arbeitet hier auch nachts und hätte den A in der Vergangenheit einmal fast gestellt und überwältigt; A konnte sich damals aber erfolgreich mit Hilfe des Schraubenschlüssels wehren.

B macht sich gegen Mitternacht unter Mitnahme des 8 cm langen Schraubenschlüssels auf den Weg, nachdem er noch mit A vereinbart hat, dass A die Hälfte des erhofften Beuteerlöses bekommen soll. B schleicht sich an das Gebäude heran und erspäht von draußen in einem der Büros einen nagelneuen Rechner. Um hineinzugelangen, beschädigt er mit dem Schraubenschlüssel eines der Fenster in der ihm von A gezeigten Weise. Genau in diesem Moment hört ihn aber der auch in dieser Nacht im Institut arbeitende M, betritt das betreffende Büro und schaltet das Licht ein. Aus Angst, erkannt zu werden, läuft B schnell davon.

Bearbeitervermerk

Prüfen Sie gutachterlich, wie sich A und B aufgrund der Ereignisse am 9./10. Juli strafbar gemacht haben. Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösung

A. Strafbarkeit des B

I. Strafbarkeit nach §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, lit. b, Nr. 2, Nr. 3, 22 StGB

Hinweis: § 244 ist zwingend vor § 243 StGB zu prüfen, da letztere Norm eine Strafrahmenschiebung bewirkt,

die nur Relevanz entfaltet, wenn der betroffene Strafrahmen (nämlich der des Grunddelikts) überhaupt als Rechtsfolge eintritt. Dies ist nicht der Fall, wenn der Strafrahmen der Qualifikation § 244 StGB als Rechtsfolge eintritt.

B könnte sich nach den genannten Normen strafbar gemacht haben, indem er das Fenster des Institutes beschädigte.

1. Vorprüfung

Mangels Wegnahme blieb die Tat unvollendet. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 242 Abs. 2 bzw. § 244 Abs. 2 StGB.

2. Tatentschluss

a) Bezogen auf den Grundtatbestand

B müsste zum Diebstahl entschlossen gewesen sein. Dazu müsste seine Vorstellung auf die Verwirklichung aller den Tatbestand ausfüllenden Umstände gerichtet gewesen sein und er alle besonderen subjektiven Merkmale aufgewiesen haben. Bei dem im Eigentum des Instituts stehenden Computer handelte es sich um eine für B erkennbar fremde bewegliche Sache, also um ein geeignetes Tatobjekt. Dieses müsste B haben wegnehmen wollen, also hinsichtlich desselben fremden Gewahrsam haben brechen und neuen begründen wollen, wobei Gewahrsam das von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung ist.¹ Der Computer befand sich jedenfalls im Gewahrsam des rechtlich zuständigen und sachlich raumbherrschenden Institutsleiters. Diesen Gewahrsam wollte B durch Mitnahme des Rechners brechen, um eigenen zu begründen. Mithin hatte er Vorsatz hinsichtlich einer Wegnahme. Auch handelte B in der Absicht rechtswidriger Zueignung, war also zur Begehung eines Diebstahles entschlossen.

b) Bezogen auf § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB

Fraglich ist, ob der – absichtlich – mitgeführte Schraubenschlüssel ein gefährliches Werkzeug ist. Zur Auslegung des Begriffs könne, so der Gesetzgeber, auf die zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden;² ein gefährliches Werkzeug wäre demnach also ein Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und in der konkreten Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.³ Allerdings wird bei § 244 StGB der Gebrauch gerade nicht vorausgesetzt, es genügt das bloße Beisichführen. Damit scheidet der Gebrauch als Subsumtionsbasis für die Gefährlichkeit aus.

Nach den objektiven Theorien kommt es für das Kriterium der Gefährlichkeit allein auf die objektive Zweckbestim-

¹ Vgl. BGHSt 16, 271.

² BT-Drs. 13/9064, S. 18.

³ Vgl. nur Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 224 Rn. 8 f.

mung und Beschaffenheit des Gegenstandes an. Um nicht jeden irgendwie gearteten gefährlichen Gegenstand zu erfassen, werden verschiedene Einschränkungen formuliert. So wird vertreten, dass der Gegenstand zu potenziellen Verletzungszwecken einsetzbar sein⁴ oder eine zumindest annähernd abstrakte Gefährlichkeit wie Waffen besitzen⁵ oder als Waffenersatz fungieren muss.⁶ Andere bejahen die Gefährlichkeit dann, wenn der Gegenstand nach den Tatumständen keine andere Funktion erfüllt, als zu Verletzungszwecken eingesetzt zu werden,⁷ oder wenn die Verwendung gegen Menschen zumindest naheliegt.⁸ Dem objektiven Ansatz folgend hat auch der 3. Strafsenat des BGH für Gebrauchsmesser mit „längerer Klinge“ die Eigenschaft als gefährliches Werkzeug bejaht.⁹ Der Schraubenschlüssel, den B mitführte, ist, auch wenn er bei früherer Gelegenheit dem A diente, sich zu wehren, mangels hinreichender Größe nicht spezifisch und „waffenähnlich“ zu Verletzungszwecken einsetzbar und hatte auch objektiv eine andere Funktion im Geschehensablauf (Fensteröffnung). Er ist also nach all diesen Kriterien kein gefährliches Werkzeug.

Hinweis: Hier kann man den Sachverhalt auch anders interpretieren. Dann gelangt man zu unterschiedlichen Ergebnissen bei Anwendung der Theorien, muss also den Meinungsstreit entscheiden.

Nach den subjektiven Theorien erfordert der Begriff des gefährlichen Werkzeugs, dass der Täter sich eine entsprechende Verwendung zumindest vorbehält. Nur mittels dieser im Wortlaut allerdings nicht angelegten Reduktion sei die Norm zweckmäßig auszulegen. Das Werkzeug sei demnach dann gefährlich, wenn es geeignet sei, in einer bestimmten Verwendung erhebliche Verletzungen herbeizuführen, und wenn der Täter es auch „notfalls“ dazu oder zumindest zur Drohung mit solchen Verletzungen einsetzen wolle.¹⁰ Da B den Schraubenschlüssel lediglich zum Öffnen des Fensters nutzen wollte, liegt auch nach den subjektiven Ansichten kein gefährliches Werkzeug vor. Mithin scheidet eine Strafbarkeit nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB aus.

c) Bezogen auf § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

Ein Diebstahl mit sonstigen Werkzeugen oder Mitteln nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB ist mangels Verwendungsvorsatz zu verneinen.

⁴ Hörnle, Jura 1998, 169 (172).

⁵ Dencker, JR 1999, 33 (36).

⁶ Streng, GA 2001, 359 (365).

⁷ Schlothauer/Sättele, StV 1998, 505.

⁸ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 244 Rn. 15.

⁹ BGHSt 52, 257.

¹⁰ Vgl. Geppert, Jura 1999, 599 (602); Küper, JZ 1999, 187 (193); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 13. Aufl. 2012, § 4 Rn. 32; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 34. Aufl. 2011, Rn. 275.

Hinweis: Dieser Qualifikationstatbestand musste, da offensichtlich unerfüllt, nicht zwingend erwähnt werden.

d) Bezogen auf § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Ein Bandendiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB scheidet aus, da sich hier nur zwei und nicht – wie erforderlich – mindestens drei Personen zusammengeschlossen haben.¹¹

e) Bezogen auf § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Vorsatz bezogen auf einen Wohnungseinbruchsdiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist nicht gegeben, da Wohnung i.d.S. nur solche Räumlichkeiten sind, die als Mittelpunkt des privaten Lebens Selbstentfaltung, -entlastung und vertrauliche Kommunikation gewährleisten,¹² was auf die Institutsräume nicht zutrifft.

Hinweis: Dieser Qualifikationstatbestand musste, da offensichtlich unerfüllt, nicht zwingend erwähnt werden.

f) Ergebnis

Somit war der Entschluss des B nur auf Verwirklichung des Grundtatbestandes gerichtet.

3. Unmittelbares Ansetzen

B müsste unmittelbar zur Tat angesetzt haben, § 22 StGB. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht.¹³ Vorliegend hatte B das Fenster bereits beschädigt. Er hätte es nur noch öffnen, durch das Fenster den Raum betreten und den bereits visuell ausgewählten Computer an sich nehmen müssen, um den Tatbestand zu vollenden. Mithin setzte er unmittelbar an.

Hinweis: Würde man hier – nach dem gegebenen Sachverhalt kaum überzeugend – das unmittelbare Ansetzen verneinen, gelangte man zu der Streitfrage, ob das „unmittelbare Ansetzen zum Regelbeispiel“ i.S.d. § 22 StGB ausreicht. Diese Problematik wurde demnach hier nicht abgeprüft.

4. Rechtswidrigkeit; Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

5. Rücktritt

B könnte nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein, indem er davon Abstand nahm, den Rechner mitnehmen zu wollen. Dazu müsste B die weitere Ausführung der Tat freiwillig aufgegeben haben. Auch wenn man einen Fehlschlag des Versuchs verneint, also davon ausgeht,

¹¹ Vgl. BGHSt 46, 321.

¹² Vgl. Wessels/Hillenkamp (Fn. 10), Rn. 290; Lackner/Kühl, Strafrecht, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 244 Rn. 11.

¹³ Vgl. BGHSt 28, 162 (163).

dass B die Tatvollendung trotz des Erscheinens des M noch hier und jetzt für möglich hielt, so scheidet ein wirksamer Rücktritt jedenfalls mangels Freiwilligkeit, das heißt mangels autonomer Motive.¹⁴ Er ergriff nämlich die Flucht aus Angst, erkannt zu werden. B trat somit nicht nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB strafbefreiend zurück.

6. Ergebnis

B hat sich nach §§ 242 Abs. 1, 22 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit nach §§ 242 Abs. 1, 22, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB

B könnte sich durch dieselbe Handlung wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

1. Verwirklichung des Grunddelikts (Versuch)

B hat §§ 242 Abs. 1, 22 StGB tatbestandlich, rechtswidrig, schuldhaft und strafbar realisiert (s.o.).

2. Besonders schwerer Fall

a) Bezogen auf § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB

B könnte in einen umschlossenen Raum, nämlich einen Dienstraum, eingebrochen sein. Einbrechen ist die Aufhebung einer Umschließung durch gewaltsame Beseitigung eines dem Diebstahl entgegenstehenden Hindernisses.¹⁵ Zwar braucht der Täter die Räumlichkeiten dabei nicht zu betreten. Erforderlich ist aber, dass er mit der Hand oder mit Werkzeugen hineinlangt.¹⁶ Dem Sachverhalt ist lediglich zu entnehmen, dass B von draußen das Fenster mit dem Schraubenschlüssel beschädigte, um hineinzugelangen. Er drang also weder mit einem Körperteil noch mit dem Werkzeug ein, brach also nicht ein. Auch ein Einsteigen, das das Eindringen in den umschlossenen Raum auf einem nicht ordnungsgemäßen Wege voraussetzt, scheidet aus.

b) „Versuch“ des Regelbeispiels

Indem B das Fenster beschädigte, um dann durch dieses ins Gebäude zu gelangen, hat er zur Verwirklichung des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB (Handlungsvarianten „Einbrechen“, „Einsteigen“) „unmittelbar angesetzt“. Fraglich ist daher, ob auch der „Versuch“ des Regelbeispiels ausreicht, um die Indizwirkung für einen besonders schweren Fall auszulösen. Der 3. Strafsenat des BGH hat dies in einer Grundsatzentscheidung für den Fall bejaht, dass auch das Grunddelikt nur versucht ist; Regelbeispiele beschrieben ebenso wie Qualifikationstatbestände unrechtershöhende Umstände der Tat und seien somit tatbestandsähnlich, was die Anwendung der §§ 22-24 StGB auch auf Regelbeispiele rechtfertigt.¹⁷

Die Literatur hält dem überzeugend entgegen, dass (Qualifikations-)Tatbestand und Regelbeispiel strukturell verschieden sind. Nur Straftaten, nicht aber Strafzumessungsgründe können versucht werden, und die Anwendung der §§ 22-24 StGB auf letztere bildet eine täterbelastende Analogie, mithin einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Auch bringt die – dann allein konsequente – Annahme der Indizwirkung des „versuchten“ Regelbeispiels auch beim vollendeten Grunddelikt die Schwierigkeit mit sich, dass hier die Milderungsmöglichkeit des § 23 Abs. 2 StGB entfällt.¹⁸ Schließlich führt die generelle Ablehnung der Indizwirkung des „versuchten Regelbeispiels“ auch nicht zu Ungerechtigkeit im Einzelfall, weil gegebenenfalls gesamtwürdigend ein unbenannter schwerer Fall angenommen werden kann.¹⁹ Die Indizwirkung für einen besonders schweren Fall ist somit nicht ausgelöst.

c) Bezogen auf § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB

B könnte gewerbsmäßig gestohlen haben, also in der Absicht gehandelt haben, sich aus der wiederholten Begehung von Diebstählen eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu schaffen.²⁰ Zwar kann das Regelbeispiel auch schon bei der ersten Tat mit Wiederholungsabsicht erfüllt sein.²¹ Da bei B eine solche Absicht aber nicht feststellbar ist, hat er auch das Regelbeispiel Nr. 3 nicht verwirklicht.

3. Ergebnis

B hat sich nicht nach §§ 242 Abs. 1, 22, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit nach § 303 Abs. 1 Alt. 1 StGB

B hat sich durch dieselbe Handlung wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht. Ein Strafantrag (vgl. § 303c StGB) wurde gestellt.

IV. Strafbarkeit nach § 123 Abs. 1 StGB

Da B den Raum nicht betreten hat, scheidet ein Eindringen i.S.d. § 123 Abs. 1 StGB aus. Eine Versuchsstrafbarkeit ist nicht vorgesehen. Eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs entfällt mithin.

V. Ergebnisse und Konkurrenzen²²

B hat sich wegen versuchten Diebstahls nach §§ 242 Abs. 1, 22 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht, da die Taten durch dieselbe Handlung begangen wurden und die Erwähnung beider Delikte zur Klarstellung des insgesamt verwirklichten Unrechtsgehalts erforderlich ist.

¹⁴ Vgl. dazu etwa BGH NSTz 2007, 399 (400).

¹⁵ Vgl. Fischer (Fn. 3), § 243 Rn. 5.

¹⁶ Vgl. Fischer (Fn. 3), § 243 Rn. 5.

¹⁷ S. BGHSt 33, 370; s.a. BayObLG NSTz 1997, 422; für die Steuerhinterziehung im besonders schweren Fall gem. § 370 Abs. 3 S. 2 AO ebenfalls BGH wistra 2010, 449 (450).

¹⁸ Näher etwa Steinberg/Burghaus, ZIS 2011, 579 (582).

¹⁹ Graul, JuS 1999, 852 (853); Wessels/Hillenkamp (Fn. 10) Rn. 218.

²⁰ Vgl. BGH NSTz 2008, 282; BGH StV 2008, 357.

²¹ BGH NSTz 2004, 265.

²² Näheres zum Umgang mit den Konkurrenzen bei Steinberg/Bergmann, Jura 2009, 905.

B. Strafbarkeit des A**I. Strafbarkeit nach §§ 242 Abs. 1, 22, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB**

A könnte sich nach den genannten Normen wegen versuchten mittäterschaftlichen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben, indem er B schilderte, wie man ins Institut gelangen könnte und sich die Hälfte des Beuteerlöses versprechen ließ.

1. Vorprüfung

Die Tat blieb – auch seitens des B (s.o.) – unvollendet.

2. Tatentschluss

A müsste zum mittäterschaftlichen Diebstahl entschlossen gewesen sein. Er wollte, dass B Elektrogeräte aus dem Institut entwendete, also fremde bewegliche Sachen wegnähme. Fraglich ist, ob A Vorsatz zur gemeinschaftlichen Begehung der Tat hatte, wodurch ihm das Handeln des B nach § 25 Abs. 2 StGB zurechenbar wäre.

Dazu müsste sein Vorsatz zunächst auf die Erbringung eines hinreichenden eigenen Mitverursachungsbeitrags zur Tatausführung im Rahmen eines gemeinsamen Tatplanes gerichtet gewesen sein.²³ A erläuterte dem B zur Durchführung des Diebstahls seine Erfahrungen und Taktik und demonstrierte ihm, wie gekippte Fenster mittels eines kleinen Schraubenschlüssels von außen ganz zu öffnen sind. Fraglich ist, ob dies ausreicht. Nach der Tatherrschaftslehre müssen die Mitwirkungshandlungen in so enger Beziehung zur Tatausführung stehen, dass sie dem Beteiligten zur Tatherrschaft verhelfen, wobei Tatherrschaft das vom Vorsatz umfasste Inden-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs ist. Täter ist danach, wer objektiv (und willentlich) das „Ob“ und „Wie“ der Tatbestandsverwirklichung beherrscht, Teilnehmer hingegen ist, wer dieses vom Willen anderer abhängig macht.²⁴ Bei der Mittäterschaft, für die Wesensmerkmal die arbeitsteilige Zusammenarbeit ist, kommt es auf die funktionale Tatherrschaft an.

Problematisch ist vorliegend, dass sich die Mitwirkung des A auf das Vorbereitungsstadium beschränkte. Sofern man eine Mitverwirklichung bei der Tatbestandshandlung²⁵ oder zumindest im Versuchsstadium fordert,²⁶ entfällt demnach vorliegend die Mittäterschaft. Nach überwiegender Meinung innerhalb der Tatherrschaftslehren können aber auch Handlungen im Vorbereitungsstadium Mittäterschaft begründen, wenn das „Beteiligungsminus“ bei der eigentlichen Tatausführung durch das Gewicht des Beitrages für die Tatverwirk-

lichung und durch die Stellung des Beteiligten in der Organisation ausgeglichen wird.²⁷ Innerhalb der Tatherrschaftslehren ist dieser Auffassung zu folgen, weil hierdurch insbesondere Hintermänner oder Bandenchefs erfasst sind, die bei entsprechender Organisation das Geschehen (auch sozial) beherrschen können, auch wenn sie die Tat nur vorbereiten. A hatte durch die oben geschilderte Verhaltensweise eine dominierende organisatorische Rolle inne, zeichnete nämlich das Handeln des B sowohl hinsichtlich des Zeitpunkts als auch der Tatausführung in allen Einzelheiten vor. Er besaß somit (funktionale) Mit-Tatherrschaft.

Die subjektive Theorie geht davon aus, dass als objektive Voraussetzung jede Art von Mitwirkung genügt, durch die der tatausführende Beteiligte in dessen Tatentschluss bestärkt wird.²⁸ Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme erfolgt hierbei nach der Willensrichtung des Handelnden, wobei es darauf ankommt, ob der Täter die Tat als eigene will (animus auctoris) oder lediglich eine fremde Tat fördern will (animus socii). Kriterium ist dabei unter anderem der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg.²⁹ Auch nach dieser Ansicht ist A, der sich insbesondere die Hälfte des Beuteerlöses versprechen ließ, Mittäter. Folglich hatte A Vorsatz hinsichtlich eines ausreichenden eigenen Mitverursachungsbeitrags für die Tatausführung im Rahmen eines gemeinsamen Tatplanes, so dass er, als Zwischenergebnis, Vorsatz hinsichtlich des gemeinschaftlichen Handelns i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB hatte.

Hinweis: Wer einer Theorie folgt, die im vorliegenden Fall zu einem negativen Ergebnis hinsichtlich der Mittäterschaft führt, muss sodann eine Strafbarkeit wegen Anstiftung zum versuchten Diebstahl (§§ 242 Abs. 1, 22, 26 StGB) prüfen, die mangels vorsätzlichen Bestimmens zu verneinen ist. Es ist demnach dann mit positivem Ergebnis eine Strafbarkeit wegen Beihilfe (§§ 242 Abs. 1, 22, 27 StGB) zu prüfen.

Auch handelte A in der Absicht rechtswidriger (Dritt-)Zu-eignung.

3. Unmittelbares Ansetzen; Rechtswidrigkeit; Schuld

Das unmittelbare Ansetzen des B wird dem A nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

4. Besonders schwerer Fall

A könnte das Regelbeispiel § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB verwirklicht haben. Da er plante, auch weiterhin, wie er zu sich selbst sagte, diese „ergiebigste Quelle anzuzapfen“, han-

²³ Zur Prüfungsreihenfolge der Mittäterschaftsvoraussetzungen vgl. Rotsch, ZJS 2012, 680 (682 ff., 689).

²⁴ Schünemann, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 8; Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 10 Rn. 35.

²⁵ Rudolphi, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dez. 1978, 1979, S. 369 (S. 374).

²⁶ Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 65 ff., 67.

²⁷ Gropp (Fn. 24), § 10 Rn. 84; Lackner/Kühl (Fn. 12), § 25 Rn. 11; Seelmann, JuS 1980, 571 (573); Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012, Rn. 528 f.

²⁸ Ständige Rspr., vgl. BGH NStZ 1995, 285.

²⁹ Ständige Rspr., vgl. BGH NStZ 2003, 253; aus der Literatur nur Weber, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 29 Rn. 59.

delte er in der Absicht, sich aus der wiederholten Begehung von Diebstählen eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu schaffen, wies also das persönliche strafschärfende Merkmal der Gewerbsmäßigkeit auf. Da sich § 28 Abs. 2 StGB nach seinem Wortlaut nicht auf die Tatbestandsmäßigkeit beschränkt, ist seine Anwendung auf ein Regelbeispiel auch keine verbotene Analogie zu Lasten des Täters. Das Regelbeispiel § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB ist mithin verwirklicht. Da auch keine besonderen strafmildernden Umstände ersichtlich sind, die die Indizwirkung der Verwirklichung des Regelbeispiels entkräften könnten, liegt ein besonders schwerer Fall vor.

5. Ergebnis

A hat sich nach §§ 242 Abs. 1, 22, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit nach §§ 303 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB

A hat sich durch dieselbe Handlung wegen mittäterschaftlicher Sachbeschädigung auch nach §§ 303 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Ergebnisse und Konkurrenzen

Eine Konsumtion des § 303 StGB durch ein Regelbeispiel ist (trotz der Eigenschaft des letzteren als Strafzumessungsregel) dann diskutabel, wenn die Sachbeschädigung zum regelmäßigen Tatbild des betreffenden Regelbeispiels dazugehört. Für dasjenige der Gewerbsmäßigkeit entfällt das von vornherein. A hat sich somit nach §§ 242 Abs. 1, 22, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit §§ 303 Abs. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Entscheidungsbesprechung

Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge

Eine Regelung in einer Polizeiverordnung, wonach es im zeitlichen und örtlichen Geltungsbereich der Verordnung verboten ist, Glas- oder sonstige zerbrechliche Behältnisse mitzuführen, wenn deren Inhalt bei dauerhaftem Verweilen konsumiert werden soll, ist nur dann durch die Ermächtigungsgrundlage des § 10 i.V.m. § 1 PolG gedeckt, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das verbotene Verhalten regelmäßig und typischerweise erhebliche Rechtsgutverletzungen zur Folge hat. Vorsorge-maßnahmen zur Abwehr möglicher Beeinträchtigungen im Gefahrenvorfeld werden durch die Ermächtigungsgrundlage in § 10 i.V.m. § 1 PolG nicht gedeckt (Fortführung der ständigen Senatsrechtsprechung). (Amtlicher Leitsatz.)

PolG BW §§ 10, 1
VwGO § 47 Abs. 2 S. 1

VGH Mannheim, Urt. v. 26.07.2012 – 1 S 2603/11¹

I. Einleitung

Für das Bodenseufer ein Mitführverbot von Glas- und anderen zerbrechlichen Behältnissen zu erlassen, ist mangels abstrakter Gefahr nicht Aufgabe der Polizeibehörden, sondern des Gesetzgebers. Diese Grundaussage lässt sich dem Urteil des VGH BW vom 26.7.2012 entnehmen, in dem er die §§ 2 und 4 der Polizeiverordnung der Stadt Konstanz zum Schutz des frei zugänglichen Seeufers vor Verunreinigungen und den damit einhergehenden Gefahren für unwirksam erklärt hat. Der VGH BW hat damit nach seinem bundesweit für Aufsehen sorgenden Urteil zum mittels Polizeiverordnung ergangenen Verbot des Alkoholkonsums der Stadt Freiburg i. Br.² erneut dem Vorgehen einer Gemeinde mittels Polizeiverordnung wegen Fehlens einer abstrakten Gefahr den Riegel vorgeschoben. Mit beiden Entscheidungen sieht sich der VGH BW in der Tradition des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 3.7.2002 zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung³, in dem sich das BVerwG ausführlich mit der abstrakten Gefahr i.S.d. Polizei- und Ordnungsrechts und mit der Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge beschäftigt hat. Tatsächlich geht der VGH BW jedoch in wesentlichen Teilen über die in diesem Urteil festgelegten bundesverwaltungsgerichtlichen Grundsätze hinaus und legt ein eigenständiges und von der hergebrachten Dogmatik abweichendes polizeirechtsdogmatisches Konzept zugrunde. Nicht zuletzt deshalb, weil Entscheidungen des VGH BW zum

Themenkomplex Verhaltensverbote im öffentlichen Raum seit vielen Jahren bundesweite Ausstrahlungswirkung zukommt⁴ und daher die vom VGH BW entwickelten polizeirechtsdogmatischen Grundsätze Bedeutung für die verwaltungs- und oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung bundesweit haben, gilt es, die Schlüssigkeit und Überzeugungskraft des vom VGH BW zugrundegelegten Konzepts einer kritischen Überprüfung zu unterziehen und Schwachpunkte in der Argumentation aufzuzeigen.

II. Zum Sachverhalt

Am 21.7.2011 erließ die Stadt Konstanz eine Polizeiverordnung zum Schutz des frei zugänglichen Seeufers vor Verunreinigungen und den damit einhergehenden Gefahren (im Folgenden: PVO), deren Herzstück, § 2 PVO, ein örtlich und zeitlich begrenztes Verbot von Glas- und anderen zerbrechlichen Behältnissen vorsah. Dort hieß es:

„Das Mitführen von Glasflaschen, Gläsern und jeglichen sonstigen Behältnissen aus Glas, Porzellan oder anderen zerbrechlichen Materialien ist, wenn aufgrund der konkreten Umstände die Absicht erkennbar ist, dass deren Inhalt beim dauerhaften Verweilen konsumiert werden soll, im Geltungsbereich nach § 1 I, II dieser Verordnung untersagt.“

Zweck des Verbots war ausweislich des Titels der PVO und der von der Stadtverwaltung gelieferten Begründung der Schutz bestimmter Seebereiche vor Abfällen aus Glas und anderen zerbrechlichen Materialien, sowie der Schutz der Bevölkerung vor Verletzungen und Sachbeschädigungen, die aufgrund herumliegender Scherben entstehen würden. Belastbare Daten, die Aufschluss über die Menge des im zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich der PVO vor Erlass der PVO anfallenden Mülls oder über die Anzahl von Verletzungen und Sachbeschädigungen gegeben hätten, standen der Stadt Konstanz jedoch nicht zur Verfügung.

III. Einführung in das grundlegende Problem: Der polizeirechtliche Gefahrenbegriff und die Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge

Maßgeblich für die Rechtmäßigkeit polizeilichen oder ordnungsbehördlichen Einschreitens ist das Bestehen einer „Gefahr“;⁵ in den letzten Jahrzehnten sind daneben aber insbesondere in den Bereichen Umweltrecht und technisches Sicherheitsrecht erweiternde Begriffe wie „Vorsorge“ oder „Risiko“ getreten, die auch in der bundesverwaltungs- und oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung der letzten Jahre zu Polizeiverordnungen vermehrt thematisiert wurden.⁶ Da die Begriffe „Vorsorge“ und „Risiko“ jedoch ein anderes dogmatisches Feld – nämlich das Recht der Risiko- und Gefahren-

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter http://lrwb.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=VGH+Baden-W%FCrttemberg&Art=en&Datum=2012-7&nr=15967&pos=3&anz=19 und BeckRS 2012, 54931.

² VGH BW NVwZ-RR 2010, 55.

³ BVerwGE 116, 347.

⁴ Vgl. dazu Hecker, NVwZ 2010, 359 (362).

⁵ Vgl. nur Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 4 Rn. 1.

⁶ Grundlegend BVerwGE 116, 347; vgl. ferner NdsOVG, Urt. v. 27.1.2005 – 11 KN 38/04; ThürOVG, Urt. v. 26.4.2007 – 3 N 699/05; VGH BW, Urt. v. 28.7.2009 – 1 S 2200/08 = NVwZ-RR 2010, 55 = VBIBW 2010, 29; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 17.3.2010 – 3 K 319/09.

vorsorge – eröffnen, das durch andere Rechtsvoraussetzungen und Rechtsfolgen gekennzeichnet ist als das Polizeirecht,⁷ ist eine trennscharfe Abgrenzung dieser Begriffe von der Gefahr unumgänglich. Auszugehen ist dabei vom klassischen Gefahrenbegriff,⁸ dem dann die „Gefahrenvorsorge“ und das „Risiko“ entgegengesetzt werden können; nur so ist zu gewährleisten, dass schwierige Fallgruppen nicht vorschnell der Gefahrenvorsorge oder dem Risikorecht unterstellt werden, sondern zunächst gründlich überprüft werden kann, ob diese nicht bereits auf Basis des klassischen Gefahrenabwehrrechts bewältigt werden können.⁹

1. Eine *Gefahr* im überkommenen polizei- und ordnungsrechtlichen Sinn liegt vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird.¹⁰ Dieser Gefahrbegriff und damit die Feststellung einer Gefahr setzt sich also aus zwei Elementen zusammen: einer *Diagnose* der Sachlage und einer *Prognose* des zu erwartenden Geschehensablaufs.¹¹ Die Diagnose bildet die Grundlage der Gefahrenprognose und setzt gesicherte tatsächliche Erkenntnisse voraus. Mit Hilfe von Fakten, Erfahrungswissen, wissenschaftlichen und technischen Erkenntnissen sowie der allgemeinen Lebenserfahrung ist der Sachverhalt festzustellen und sind die möglichen Kausalverläufe, die von dem festgestellten Sachverhalt ausgehen können, und die relative Häufigkeit deren Eintritts in vergleichbaren Situationen zu erfassen.¹² Hinsichtlich der möglichen Kausalverläufe ist dabei nicht zu fordern, dass diese naturwissenschaftlich durchdrungen und vorhersehbar sind; vielmehr genügt es, wenn – auch bei Unsicherheit über das Wie des Zustandekommens – hinreichendes Erfahrungswissen oder auch statistische Belege für die möglichen Auswirkungen einer Sachlage bestehen.¹³

Gestützt auf diese Diagnose – auch als „tatsächliche Grundlagen der Gefahrenprognose“ bezeichnet¹⁴ – erfolgt die Prognose des weiteren Kausalverlaufs: Gefordert ist die Einschätzung, dass die diagnostizierte Sachlage bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit

ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird.¹⁵ „Hinreichende Wahrscheinlichkeit“ meint dabei keine mathematische Wahrscheinlichkeit, d.h. keine mehr als 50 %-ige Eintrittshäufigkeit, sondern bewegt sich im Korridor zwischen der Sicherheit (unter Einschluss derselben) und der nahezu, aber nicht völlig auszuschließenden Möglichkeit, und ist eine Zusammensetzung aus der diagnostisch ermittelten (relativen) Häufigkeit und einem normativen Anteil.¹⁶ Der normative Anteil besteht dabei in einer Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, dem Grundsatz der gegenläufigen Proportionalität: Je größer und folgenschwerer die drohende Schädigung und/oder je höher der Wert des gefährdeten Rechtsguts ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit. Anders gewendet: Die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit wachsen, wenn die Bedeutung des bedrohten Rechtsguts und/oder der drohenden Schädigung gering ist.¹⁷

Dies alles gilt gleichermaßen für die konkrete wie die abstrakte Gefahr, unterschiedlich ist lediglich der Bezugspunkt der Diagnose und Prognose: Bei der *konkreten Gefahr* kommt es auf einen Einzelfall an, d.h. die Diagnose hat alle für den weiteren Verlauf relevanten Merkmale der konkreten Situation zu berücksichtigen und kann sich hinsichtlich der relativen Häufigkeitsverteilung der möglichen Kausalverläufe nicht mit typisierenden Erkenntnissen oder Statistiken begnügen, sondern kann lediglich Fälle einbeziehen, die die gleichen für den weiteren Verlauf relevanten Merkmale der konkreten Situation aufweisen; die Prognose ist basierend auf dieser Diagnose zu treffen, d.h. es ist zu fragen, ob in einem einzelnen Fall mit dem Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich zu rechnen ist. Bei der *abstrakten Gefahr* erfolgen Diagnose und Prognose hingegen anhand typischer Merkmale, d.h. eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder für bestimmte mehrfach auftretende Zustände zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflegt.¹⁸

Nun kommt es aber vor, dass der handelnde Beamte über die Gegebenheiten einer Situation oder die einschlägigen Erfahrungssätze im Unklaren ist. Wenn sich der Beamte dieser Unvollständigkeit seiner Erkenntnisse bewusst ist, bedeutet dies in beiden Alternativen, dass er die möglichen Kausalverläufe, die aus einer Sachlage folgen können, nicht diagnostizieren kann: In der ersten Alternative, weil selbst das umfassendste Erfahrungswissen nicht mit der notwendigen Beurteilungssicherheit eine Aussage darüber zulässt, wie sich ein ungewisser Sachverhalt weiterentwickeln kann; in der zweiten

⁷ *Di Fabio*, Jura 1996, 566.

⁸ Dabei genügt es für die hier verfolgten Zwecke, den Gefahrbegriff unter Außerachtlassung der sog. Anscheinsgefahr zu erläutern.

⁹ *Möstl*, Jura 2005, 48 (51).

¹⁰ Vgl. nur BVerwGE 45 (51, 57); *Denninger*, in: Lisen/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. D Rn. 39; *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2011, Rn. 108; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 69; *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 5), § 4 Rn. 2.

¹¹ Vgl. nur *Gusy* (Fn. 10), Rn. 111 ff.; *Schoch*, in: Schmidt-Abmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, Kap. 2 Rn. 87.

¹² *Poscher*, DV 41 (2008), 345 (353 ff.); *Schoch*, Jura 2003, 472 (473); vgl. auch *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 85.

¹³ BVerwGE 116, 347 (357); *Möstl*, Jura 2005, 48 (51).

¹⁴ Z.B. BVerwGE 116, 347 (352).

¹⁵ Vgl. nur *Schoch* (Fn. 11), Rn. 89.

¹⁶ *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 5), § 4 Rn. 7; *Schoch* (Fn. 11), Rn. 89; *Di Fabio*, Jura 1996, 566 (568).

¹⁷ Schon BVerwGE 45 (51, 61); ferner BVerwGE 116, 347 (356); *Gusy* (Fn. 10), Rn. 119; *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 5), § 4 Rn. 7; *Schenke* (Fn. 10), Rn. 77; *Di Fabio*, Jura 1996, 566 (568).

¹⁸ BVerwGE 116, 347 (351 f.); *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 5), § 4 Rn. 9; *Poscher*, DV 41 (2008), 345 (360 f., 363 f.); *Schenke* (Fn. 10), Rn. 70; so auch der VGH BW NVwZ-RR 2010, 55 (56).

Alternative, weil der handelnde Beamte mögliche Kausalverläufe mangels Wissens nicht feststellen kann.¹⁹ Beiden Alternativen ist aber gemein, dass es sich um eine vorübergehende, situative Unklarheit handeln muss, d.h. der Sachverhalt muss grundsätzlich aufklärbar sein bzw. Erfahrungswissen oder sonstige Erkenntnisse über mögliche Kausalverläufe sind grundsätzlich verfügbar bzw. zu erlangen.²⁰ Da eine Gefahrenprognose wie bereits erläutert eine sichere Diagnose voraussetzt, kann auf Grundlage einer solchermaßen unsicheren Diagnose nicht prognostiziert werden, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden an einem polizeilich geschützten Rechtsgut eintreten wird. Der Beamte kann daher nicht von einer Gefahr, sondern lediglich von der Möglichkeit einer Gefahr ausgehen. Es besteht dann ein *Gefahrenverdacht*.²¹

Nach h.M. berechtigt grundsätzlich auch ein Gefahrenverdacht die Polizeibehörden zum Einschreiten auf Grundlage der Generalklausel, jedoch ist die verhältnismäßige Reaktion auf den Gefahrenverdacht nur selten ein endgültiges Einschreiten zur Abwehr der Gefahr, über die ja keine Gewissheit besteht, sondern meistens ein vorläufiges Einschreiten zur Verschaffung von Gewissheit über den Sachverhalt oder die einschlägigen Erfahrungssätze, der sog. Gefahrforschungseingriff.²²

2. Ist damit nun der Bereich des klassischen Polizei- und Ordnungsrechts in Bezug auf dessen Zentralbegriff hinreichend klar abgesteckt, so kann derjenige Bereich ins Auge gefasst werden, der mit der Konstruktion des Gefahrenbegriffs als auf eine gesicherte Diagnose gestütztes Wahrscheinlichkeitsurteil nicht erfasst werden kann: Sachverhalte und Kausalverläufe, die nicht nur aus einer situativen Gebundenheit heraus nicht aufgeklärt werden können, sondern die nach derzeitigem Wissensstand strukturell unaufklärbar sind. Die Unaufklärbarkeit kann z.B. daran liegen, dass eine Technik neu ist und noch kein Erfahrungswissen über die mit ihr verbundenen Schadensmöglichkeiten besteht, also nur auf rein theoretische, konstruktive Prognosemodelle zurückgegriffen werden kann; der Grund kann aber auch darin bestehen, dass in Bereichen, in denen es um physikalische, biologische oder ökologische Systeme geht, die in ihren Kausal- und Wirkungszusammenhängen komplex, diffus und von häufig nicht-linearen, sprunghaften, chaotischen Entwicklungen und Veränderungen geprägt sind, die Möglichkeit, gesicherte Diagnosen anzustellen, bereits prinzipiell in Frage gestellt werden muss.²³ In diesen Fällen ist eine Wahrscheinlichkeitspro-

gnose nach klassischem Polizei- und Ordnungsrecht wegen der strukturell unzureichenden Diagnosemöglichkeiten strukturell ausgeschlossen. Mit dem Gefahrenabwehrrecht ist solchen Konstellationen daher nicht beizukommen.²⁴ In Abgrenzung zur polizeirechtlichen Terminologie sollten solche Gegebenheiten dann auch nicht als „Gefahrenverdacht“,²⁵ sondern können im Anschluss an die grundlegende Wyhl-Entscheidung des BVerwG als „Besorgnispotenzial“²⁶ oder „Risiko“²⁷ bezeichnet werden.²⁸

Das Vorgehen gegen bzw. aufgrund eines Besorgnispotenzials bzw. eines Risikos geschieht im Wege der sog. *Risiko- und Gefahrenvorsorge*. Dabei geht es um breite Informationssammlung und -bewertung, um Vergleiche verschiedener Risiken und um Nutzen-Risiko-Abschätzungen, die neben der Beurteilung der Intensität der bestehenden „Verdachtsmomente“ eine Abschätzung der Hinnehmbarkeit der Risiken sowie der Akzeptanz oder Nichtakzeptanz der in Betracht kommenden Freiheitseinschränkungen in der Öffentlichkeit einschließen; die auftretenden Wertungsfragen sind also „politisch“ geprägt oder mitgeprägt und daher Sache des Gesetzgebers.²⁹ Denn „[a]llein der Gesetzgeber ist befugt, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen die Rechtsgrundlagen für Grundrechtseingriffe zu schaffen, mit denen Risiken vermindert werden sollen, [...] Das geschieht üblicherweise durch eine Absenkung der Gefahrenschwelle in dem ermächtigenden Gesetz von der ‚Gefahrenabwehr‘ zur ‚Vorsorge‘ gegen drohende Schäden (vgl. etwa § 7 II Nr. 3 AtG, § 5 I Nr. 2 BImSchG, § 6 II GenTG, § 7 BBodSchG).“³⁰

3. Diese Abgrenzung macht deutlich, dass Gefahr und Risiko und dass Gefahrenabwehr und Gefahren- bzw. Risikovorsorge sich nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ voneinander unterscheiden; Gefahrenabwehr und Gefahren- bzw. Risikovorsorge bezeichnen zwei strukturell verschiedene Bereiche; ein Sachverhalt ist entweder strukturell der Gefahrenabwehr oder strukturell der Gefahrenvorsorge zuzuordnen.³¹ Insbesondere ist daher auch eine auf Grundlage eines

¹⁹ Ähnlich Schoch (Fn. 11), Rn. 95.

²⁰ Poscher, Gefahrenabwehr, 1999, S. 93; Di Fabio, Jura 1996, 566 (569); Trute, DV 36 (2003), 501 (507).

²¹ Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 5), § 4 Rn. 7; Schenke (Fn. 10), Rn. 83; Möstl, Jura 2005, 48 (52); Schoch, Jura 2003, 472 (475).

²² Denninger (Fn. 10), Kap. D Rn. 48; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, § 13 3. (S. 227); Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 5), § 4 Rn. 59; Schoch (Fn. 11), Rn. 97; krit. dazu Schenke (Fn. 10), Rn. 86 ff.

²³ Dazu ausführlich Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 257 f.; vgl. auch

BVerwGE 116, 347 (351 ff.); Di Fabio, Jura 1996, 566 (570); Jaeckel, JZ 2011, 116 (119 f.); Trute, DV 36 (2003), 501 (507); vgl. ferner auch BVerfG DÖV 2010, 485 = NVwZ 2010, 702 zur Möglichkeit des Weltuntergangs durch das CERN.

²⁴ Möstl, Jura 2005, 48 (52); Poscher (Fn. 20), S. 95 f.

²⁵ So aber missverständlich BVerwGE 116, 347 (351 f.); dazu Ehlers, DVBl. 2003, 336.

²⁶ BVerwGE 72, 300 (315).

²⁷ So Di Fabio, Jura 1996, 566 (570); Möstl, Jura 2005, 48 (52); Poscher (Fn. 20), S. 95 f.

²⁸ Andere Konzeption des Risikobegriffs u.a. bei Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Abmann/Kunig, Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, 1990, § 2 Abs. 6; Kahl, DVBl. 2003, 1105 (1107 ff.); ausführlich zu diesen Konzeptionen Jaeckel, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, 2010, S. 57 ff.; Lepsius, in: VVDStRL 63 (2004), 264.

²⁹ BVerwGE 116, 347 (352).

³⁰ BVerwGE 116, 347 (353).

³¹ Di Fabio (Fn. 12), S. 104, 115, 450 ff., 456; Drews/Wacke/Vogel/Martens (Fn. 22), § 11 2. (S. 160); Jaeckel, JZ 2011,

Gefahrenverdachts ergehende auf Gefahrenabwehr gerichtete Maßnahme keine Maßnahme der Gefahren- bzw. Risikovor-sorge.³² In der Regel ist zwar die verhältnismäßige Reaktion auf einen Gefahrenverdacht ein Gefahrerforschungseingriff; die auf Gefahrenabwehr gerichtete Maßnahme ist meist noch unverhältnismäßig und damit rechtswidrig; nicht jedoch entweicht sie aufgrund dieser Unverhältnismäßigkeit dem Bereich des klassischen Polizei- und Ordnungsrechts.

IV. Entscheidungsgründe

1. Eingangs bejaht der VGH BW in wenigen Sätzen die Zulässigkeit des Antrags, dabei insbesondere die Antragsbefugnis des Antragstellers nach § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO, und widmet sich dann der Begründetheit des Antrags und dabei zunächst der Frage, ob die angegriffenen Regelungen der PVO dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügen. Unter Verweis auf die Anforderungen, die der VGH BW in Anknüpfung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³³ bereits in früheren Urteilen³⁴ entwickelt hat, stellt er ohne nähere Ausführungen die hinreichende Bestimmtheit des räumlichen Anwendungsbereichs, des objektiven Tatbestandsmerkmals des Mitführens und des subjektiven Tatbestandsmerkmals der Konsumabsicht fest.

2. Den Schwerpunkt des Urteils nehmen die abstrakten Erläuterungen, was unter einer *abstrakten Gefahr* i.S.d. § 10 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 PolG BW³⁵ zu verstehen ist, und die Frage ein, ob das durch § 2 PVO verbotene Verhalten eine abstrakte Gefahr in diesem Sinne darstellt.

Im abstrakten Rechtssatz stellt der *Senat* fest, dass eine abstrakte Gefahr nur dann vorliege, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führe, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflege. Nachdem anschließend die Unterschiede und Gemeinsamkeiten von konkreter und abstrakter Gefahr im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerwG³⁶ erläutert worden sind, folgen die Anforderungen an die tatsächlichen Grundlagen einer Gefahrenprognose: Die Feststellung einer

abstrakten Gefahr verlange eine in tatsächlicher Hinsicht genügend abgesicherte Prognose; der Exekutive komme dabei in Bezug auf die Frage, ob die vorliegenden Erkenntnisse die Annahme einer abstrakten Gefahr rechtfertigen würden, keine Einschätzungsprärogative zu. Für die Gerichte müssten vielmehr hinreichende Anhaltspunkte erkennbar sein, die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen würden.

Da die Anforderungen, die an die Annahme einer abstrakten Gefahr zu stellen seien, umso geringer seien, je höher der Wert der gefährdeten Rechtsgüter sei und je schwerer die abstrakt drohende Rechtsgutsverletzung im Einzelfall wiege, reiche es bei besonders hochwertigen Rechtsgütern aus, dass sich der Eintritt einer Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht als ein so seltener und atypischer Kausalverlauf darstelle, dass ein unbefangener Beobachter mit dem Schadenseintritt nicht hätte rechnen müssen. In diesem Sinne genüge bereits die entferntere Möglichkeit eines Schadenseintritts. Dagegen würden Risikobewertungen und -bewältigungen im Bereich der Gefahrenvorsorge von den polizeisetzlichen Ermächtigungen nicht erfasst; für derartige Regelungen bleibe allein der Gesetzgeber zuständig.

Die Subsumtion unter diesen abstrakten Rechtssatz ist dreigeteilt: zunächst geht der VGH BW der Frage nach, ob im Hinblick auf mögliche Schnittverletzungen eine abstrakte Gefahr gegeben sei (a), dann klärt er, ob unter dem Gesichtspunkt des Entstehens von Scherben eine abstrakte Gefahr anzunehmen sei (b), und schließlich erörtert er, ob wegen etwaigen bei abendlichen Zusammenkünften entstehenden Lärms eine abstrakte Gefahr bestehe (c).

a) Zwar seien angesichts des in Rede stehenden hochwertigen Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit die Anforderungen, die an die Annahme einer abstrakten Gefahr zu stellen seien, gemindert. Der *Senat* verkenne auch nicht die Gefährlichkeit verdeckter (namentlich im Uferbereich verborgener) Glas- oder Porzellanscherben und das Risiko, dass es bei einer Verletzung im Einzelfall zu langwierigen und schmerzhaften Komplikationen kommen könne; jedoch könne die PVO selbst diesen geminderten Anforderungen nicht standhalten, da sich bereits nicht feststellen ließe, in welchem Umfang es zu Schnittverletzungen aufgrund zerstörter Glasflaschen oder anderer in § 2 PVO genannter Gegenstände gekommen sei.

Zur Begründung bezeichnet der *Senat* die wenigen aktenkundigen Schnittverletzungen als Einzelfälle und stellt fest, dass die Stadt Konstanz lediglich allgemeine, nicht näher belegte Ausführungen zur Anzahl der Verletzungen getätigt habe, was für den Nachweis einer abstrakten Gefahr nicht genüge. Anhand der wenigen aktenkundigen Einzelfälle sei nicht einmal eine Hochrechnung der Gesamtzahl der Schnittverletzungen möglich. Zudem sei das Vorbringen, durch sieben einmonatige Polizeiverordnungen im Vorfeld des Erlasses der PVO sei es zu einem Rückgang der scherbenbedingten Verletzungen gekommen, mangels konkreter Belege nicht stichhaltig. Nicht einmal sei klar, inwieweit die wenigen, von der Stadt Konstanz erfassten Schnittverletzungen überhaupt aus dem räumlichen Anwendungsbereich der PVO stammen würden bzw. ob die gelegentlichen Schnittverletzungen Einzelner

116 (123); *Möstl* (Fn. 23), S. 190 f., 252, 255; *Poscher* (Fn. 20), S. 96.

³² *Poscher* (Fn. 20), S. 96; missverständlich insoweit BVerwGE 116, 347 (356 f.); siehe dazu *Ehlers*, DVBl. 2003, 336.

³³ Namentlich BVerfGE 113, 348 (375 f.).

³⁴ VGH BW VBl. BW 2008, 134 f. und VGH BW NVwZ-RR 2010, 55; dabei standen bei letzterem Urteil aufgrund der nahezu wortgleich verwendeten Tatbestandsmerkmale auch das objektive Merkmal des Mitführens sowie das subjektive Merkmal der Konsumabsicht in Streit, deren hinreichende Bestimmtheit der VGH BW damals mit ausführlichen Erläuterungen bejaht hat.

³⁵ Entspricht §§ 25 Abs. 1, 26 Abs. 1 bbgOBG; § 55 berlASOG; § 49 bremPolG; § 1 I hambSOG; §§ 72, 73, 74 hessSOG; § 17 mvSOG; § 55 ndsSOG; §§ 26 Abs. 1, 27 Abs. 1 nwOBG; § 43 rpPOG; § 59 Abs. 1 saarlPolG; § 9 Abs. 1 sächsPolG; § 94 saSOG; § 175 Abs. 1 shLVwG; § 27 Abs. 1 thürOBG.

³⁶ U.a. BVerwGE 116, 347 (351 f.).

zeitlich und sachlich überhaupt in einem kausalen Zusammenhang mit Handlungen Dritter stehen, die den Tatbestand des § 2 PVO erfüllt hätten.

b) Zwar begründe auch die unerlaubte Entsorgung von Abfall eine Störung der öffentlichen Sicherheit, jedoch sei es bei wertender Betrachtung nicht bereits das Mitführen zerbrechlicher Materialien, das zu Scherben führe, sondern es müssten vielmehr weitere Umstände hinzutreten. Das Verbot des Mitführens zerbrechlicher Materialien erweise sich damit – auch im Hinblick darauf, dass das Verunreinigen öffentlicher Straßen etc. durch § 7 Abs. 1 der Umweltschutz- und Polizeiverordnung der Stadt Konstanz vom 28.4.2005 ohnehin verboten sei – als Maßnahme einer bloßen Gefahrenvorsorge und nicht der Gefahrenabwehr.

c) Abgesehen davon, ob der Zweck der Lärmvermeidung überhaupt in Betracht zu ziehen sei, nachdem die Stadt Konstanz die PVO ausweislich ihrer Bezeichnung nur gegen „Verunreinigungen und [die] damit einhergehenden Gefahren“ richte, stelle das verbotene Verhalten jedenfalls für sich genommen noch keine hinreichende Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar, da das Mitführen zerbrechlicher Gefäße nur bei Hinzutreten weiterer Umstände (z.B. Gruppenbildung etc.) – entfernt – zum Entstehen von Lärmmissionen beitragen könne.

3. Die angegriffene PVO verfehle daher unter jedem Gesichtspunkt die Anforderungen, die an die Annahme einer abstrakten Gefahr i.S.d. §§ 1 Abs. 1 und 10 Abs. 1 PolG BW zu stellen seien. § 2 PVO und damit auch der ebenfalls angegriffene § 4 PVO seien deshalb nichtig.

V. Bewertung

Der Entscheidung des VGH BW ist nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung zu widersprechen. Zu kritisieren ist die vom VGH BW vorgenommene Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge (1.), zudem, dass der VGH BW der Stadt Konstanz als Verordnungsgeberin lediglich einen verkürzten Diagnosemaßstab zugesteht (2.), ferner, dass der VGH BW Zurechnungsgesichtspunkte aus der Störerdogmatik in den Gefahrenbegriff einbezieht (3.) und schließlich, dass der VGH BW das Teilschutzgut der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung verkürzt (4.).

1. Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge

Die grundlegende Aussage des VGH BW bei der Beurteilung der PVO ist, dass es sich beim Verbot des § 2 PVO nicht um eine Maßnahme der Gefahrenabwehr, sondern um Gefahrenvorsorge handele. Die vom VGH BW vorgenommene Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge lässt sich dabei dahingehend beschreiben, dass eine als Gefahrenabwehr gedachte Maßnahme immer dann eine Maßnahme der Gefahrenvorsorge darstellt, wenn eine abstrakte Gefahr nicht angenommen werden kann – sei es wegen lückenhafter Erfassung des zugrundegelegten Sachverhalts, sei es wegen Einschreitens an zu früher Stelle der Ursachenkette bzw. wegen Vorverlagerung des Schutzes gegen ein ohnehin verbotenes Verhalten.

Diese Punkte können jedoch nicht eine Einstufung der PVO als Maßnahme der Gefahrenvorsorge begründen, denn

ausgehend von der bereits erläuterten Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge ist der dem Urteil des VGH BW zugrundeliegende Sachverhalt nach klassischem Polizeirecht zu beurteilen und hat strukturell nichts mit dem Bereich der Risiko- und Gefahrenvorsorge zu tun. Denn die Verhaltensweisen der im räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich der PVO Zusammenkommenden und die Auswirkungen (hinsichtlich des Abfalls und daraus möglicherweise entstehender Verletzungen) dieses Zusammenkommens sind grundsätzlich beobachtbar und dokumentierbar und können in Erfahrungssätzen festgehalten werden. Selbst wenn dies – wovon der VGH BW ausgeht – bisher nicht in hinreichendem Maße geschehen sein sollte, so wäre dies dennoch ein prinzipiell zu bewerkstellendes Unterfangen, mithin würde es sich nur um eine situative Unklarheit, nicht jedoch eine strukturelle handeln und damit um einen Gefahrenverdacht.

Dass der VGH BW die PVO dennoch als Maßnahme der Gefahrenvorsorge einstuft und damit eine Rechtsprechung, die in der Auseinandersetzung mit strukturell unklaren und mit den derzeitigen Mitteln der Fachwissenschaft nicht aufklärbaren Gegebenheiten und Kausalzusammenhängen in der Atomtechnik entwickelt wurde,³⁷ auf den Fall des Konstanzer Glasverbots anwendet, führt zu einer Verschiebung der Grenzen von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge. Dass der VGH BW eine solche Grenzverschiebung vornimmt, dürfte angesichts der Verweisungen auf das Urteil des BVerwG zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung³⁸ darauf zurückzuführen sein, dass er davon ausgeht, das BVerwG habe dort die aufgrund eines Gefahrenverdachts ergriffene Gefahrenabwehrmaßnahme der Gefahrenvorsorge zugesprochen, mithin eine solche Verschiebung der Grenzen von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge vorgenommen.³⁹ Eine solche Grenzverschiebung kann diesem Urteil des BVerwG jedoch nicht entnommen werden; vielmehr nimmt das BVerwG in diesem Urteil genauso wie bereits in seinem grundlegenden Wyhl-Urteil⁴⁰ in gleichem Sinne wie in diesem Beitrag die Abgrenzung von Gefahrenabwehrrecht und dem Recht der Risiko-

³⁷ Vgl. die Wyhl-Entscheidung, BVerwGE 72, 300.

³⁸ BVerwGE 116, 347.

³⁹ Dieses Verständnis prägte im Übrigen bereits das Urteil des VGH BW zum Freiburger Alkoholverbot, in dem er das Verbot des Alkoholkonsums auf öffentlich zugänglichen Flächen dem Bereich der Gefahrenvorsorge unterstellt hat. Bei konsequenter Anwendung der Abgrenzung von Gefahrenabwehrrecht und Gefahrenvorsorge hätte der damals in Rede stehende Sachverhalt aber allein nach Gefahrenabwehrrecht beurteilt werden müssen, denn schon die Tatsache, dass der VGH BW gegen die Annahme eines gewaltfördernden Potentials des Alkoholkonsums Erfahrungssätze anführt und dass die Stadt Freiburg Statistiken vorlegt, die die Auswirkungen des Alkoholkonsums unter bestimmten Bedingungen belegen sollten – auch wenn diese Statistiken methodisch fragwürdig sein mögen –, zeigt, dass es sich hierbei nicht um einen Bereich der strukturellen Unaufklärbarkeit, mithin nicht um Gefahrenvorsorge handelte.

⁴⁰ BVerwGE 72, 300, dort allerdings auch mit missverständlicher Formulierung, vgl. dazu Poscher (Fn. 20), S. 92 ff.

und Gefahrenvorsorge vor. Zwar hat das Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung insoweit für Verwirrung gesorgt, als es so scheinen kann, das BVerwG habe alle Fälle von Unklarheit über Sachverhalte oder mögliche Kausalverläufe dem Recht der Risiko- und Gefahrenvorsorge zugeordnet, mithin den Gefahrenverdacht aus dem klassischen Gefahrenabwehrrecht herausgenommen,⁴¹ indem es generalisierend formulierte, dass in Fällen, in denen die Behörde mangels genügender Erkenntnisse über die Einzelheiten der zu regelnden Sachverhalte und/oder über die maßgeblichen Kausalverläufe zu der erforderlichen Gefahrenprognose nicht im Stande sei, keine Gefahr, sondern ein Risiko vorliege und nur der Gesetzgeber im Wege der Vorsorge ein solches Risiko bekämpfen könne.⁴² In diesem Sinne dürfte denn auch der VGH BW diese Passage des Urteils verstehen. Diese Äußerung des BVerwG kann jedoch aus zweierlei Gründen nicht dahingehend verstanden werden, das BVerwG habe die in der Wyhl-Entscheidung vorgenommene Abgrenzung von Gefahrenabwehrrecht und Gefahrenvorsorge in erheblichem Maße dahingehend verschoben, dass auch Situationen des Gefahrenverdachts der Gefahrenvorsorge zuzurechnen sind. Denn zum einen liefert das BVerwG keine Begründung zur Verschiebung dieser Grenzen und damit wäre es – bei der Annahme, eine solche Verschiebung sei gewollt gewesen – den im Revisionsverfahren gestellten Erfordernissen nach Rechtsfortbildung und Rechtssicherheit, die die Begründung einschließen,⁴³ – quasi sehenden Auges – nicht gerecht geworden, weshalb dem BVerwG eine solche Verschiebung der Grenzen nicht unterstellt werden kann. Zum anderen ist dadurch, dass das BVerwG wenige Zeilen zuvor seine Wyhl-Entscheidung in Bezug nimmt, in der es mit der Atomtechnik um einen Bereich ging, der durch strukturelle Unaufklärbarkeit von Sachverhalten und Kausalverläufen gekennzeichnet und daher dem klassischen Gefahrenabwehrrecht verschlossen ist, ersichtlich, dass sich auch die darauffolgenden Äußerungen lediglich auf solche Sachverhalte und Kausalverläufe beziehen; das BVerwG nimmt also mitnichten den Begriff des Gefahrenverdachts aus dem Gefahrenabwehrrecht heraus, sondern nimmt lediglich in gleichem Sinne wie in diesem Beitrag die Abgrenzung von Gefahrenabwehrrecht und dem Recht der Risiko- und Gefahrenvorsorge vor. Diese Einschätzung wird im Übrigen auch dadurch gestützt, dass die seither ergangene Rechtsprechung des BVerwG nicht erkennen lässt, dass mit dem Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung die Grenzen von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge verschoben werden sollten;⁴⁴ vielmehr zeigen seither ergangene Urteile, dass das

BVerwG – wenn auch teilweise weiterhin mit missverständlicher Begriffsbildung – an der im Wyhl-Urteil entwickelten Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahren- und Risikoversorge festhält.⁴⁵ Die Situationen des klassischen Gefahrenverdachts sind also auch nach der Konzeption des BVerwG nach Gefahrenabwehrrecht zu beurteilen und fallen nicht etwa in die Zuständigkeit des Gesetzgebers.⁴⁶

Der vom VGH BW unter Berufung auf die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hergestellte Zusammenhang, dass eine gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme eine Maßnahme der Gefahrenvorsorge sei, wenn keine Gefahr, sondern nur ein Gefahrenverdacht oder nicht einmal ein solcher vorliege, stellt damit eine Fehlinterpretation der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung dar und kann schon deshalb, erst recht aber vor dem Hintergrund, dass eine solche Grenzverschiebung letztlich zu einer Verwischung der Konturen des klassischen Gefahrenabwehrrechts führt und damit Rechtsunsicherheit zur Folge hat, nicht überzeugen.

2. Der Diagnosemaßstab des VGH BW

Wie bereits ausgeführt ist Grundlage der Gefahrenprognose eine Diagnose der Sachlage; diese kann nach der herkömmlichen gefahrenabwehrrechtlichen Dogmatik mit Hilfe von Fakten, Erfahrungswissen, wissenschaftlichen und technischen Erkenntnissen und auch der allgemeinen Lebenserfahrung vorgenommen werden. Dass die Diagnose auch mit Hilfe der allgemeinen Lebenserfahrung vorgenommen werden kann, hat der VGH BW noch in seinen Urteilen vom 15.12.2008 zu einer Sperrgebietsverordnung⁴⁷ und vom 28.7.2009 zum Freiburger Alkoholverbot⁴⁸ bestätigt und auch das BVerwG hat dies in seinem grundlegenden Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung betont.⁴⁹ Im Urteil zum Konstanzer Glasverbot spielt die allgemeine Lebenserfahrung als Teil des Diagnosemaßstabs in den Überlegungen des VGH BW hingegen keine Rolle mehr und findet im abstrakten Rechtssatz nicht einmal Erwähnung. Zwar könnte diese Nichterwähnung auch darauf zurückzuführen sein, dass nach Ansicht des VGH BW mithilfe der allgemeinen Lebenserfahrung der konkrete

stätigung der hier als Missverständnis eingestuften Folgerung ableiten.

⁴⁵ Z.B. BVerwGE 119, 329 (332 f.); BVerwGE 131, 129 (144 f.), dort mit ausdrücklicher Differenzierung zwischen Gefahrenverdacht und Besorgnispotenzial.

⁴⁶ Wieder eine andere Frage, die hier jedoch dahingestellt bleiben soll, ist, ob das BVerwG die im Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung entwickelten Grundsätze in der Subsumtion selbst konsequent anwendet oder ob es dabei nicht selbst die Verwischung der unmittelbar zuvor festgelegten Grenzen von Gefahrenabwehrrecht und dem Recht der Risiko- und Gefahrenvorsorge betreibt; die in dieser Subsumtion zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung denn auch korrigierend BVerfGE 110, 141 (159 f.); BVerfG (K) NVwZ 2004, 975; BVerfG (K) NVwZ 2005, 925 (926); vgl. auch die Einschätzung bei Möstl, Jura 2005, 48 (52).

⁴⁷ VGH BW VBl. BW 2009, 220 (222).

⁴⁸ VGH BW NVwZ-RR 2010, 55 (56).

⁴⁹ BVerwGE 116, 347 (350, 356).

⁴¹ So Ehlers, DVBl. 2003, 336; differenzierter Trute, DV 36 (2003), 501 (506 ff.).

⁴² BVerwGE 116, 347 (352).

⁴³ Vgl. zu den Zielen der Revision BVerfGE 19, 323 (327).

⁴⁴ Zwar nimmt das BVerwG in einigen weiteren Entscheidungen zu Hundeverordnungen Bezug auf die im Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung dargelegte Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahren- und Risikoversorge. Da das BVerwG die rassespezifische Gewaltgeneigtheit von Hunden allerdings dem Bereich der strukturellen Unaufklärbarkeit zugeordnet hat, lässt sich daraus jedoch keine Be-

Fall nicht gelöst werden könne, mithin ein Ausscheiden dieses Kriteriums auf Obersatzebene nicht beabsichtigt gewesen sei. Da der VGH BW im Obersatz jedoch ausführlich abstrakt darlegt, welche Anforderungen an die Feststellung einer abstrakten Gefahr zu stellen seien und dabei auch den Diagnosemaßstab darlegt, in diesem Rahmen mithin auch die allgemeine Lebenserfahrung der Erwähnung bedurft hätte, liegt eher der Schluss nahe, der VGH BW wolle die allgemeine Lebenserfahrung aus dem Diagnosemaßstab bei abstrakten Gefahren und damit aus dem Begriff der abstrakten Gefahr ausscheiden. Der VGH BW weicht damit im abstrakten Rechtssatz vom herkömmlichen Diagnosemaßstab und damit auch von seiner eigenen Rechtsprechung und derjenigen des BVerwG ab.

Eine Begründung für diese Abweichung von der gefestigten, auch von ihm selbst vertretenen und dem herkömmlichen Gefahrenbegriff entsprechenden Rechtsprechung gibt der VGH BW nicht. Es ist jedoch zu vermuten, dass diese Abweichung in einer weiteren Fehlinterpretation von Aussagen des BVerwG in dessen Urteil zur Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung begründet liegt. Dort heißt es, die Gefahrenprognose müsse in tatsächlicher Hinsicht genügend abgesichert sein, bei abstrakt-genereller Betrachtung müssten *hinreichende Anhaltspunkte* vorhanden sein, die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen würden, der Behörde müssten *genügende Erkenntnisse* über die Einzelheiten der zu regelnden Sachverhalte und/oder über die maßgeblichen Kausalverläufe vorliegen.⁵⁰ Der VGH BW, der diese Äußerungen in seinem Urteil z.T. wortgleich, im Übrigen jedenfalls sinngemäß übernimmt, scheint diese nunmehr dahingehend zu interpretieren, dass mit „Erkenntnisse“ der allgemeine Diagnosemaßstab „allgemeine Lebenserfahrung oder die Erkenntnisse fachkundiger Stellen“ auf die „Erkenntnisse fachkundiger Stellen“ beschränkt sei und die allgemeine Lebenserfahrung aus dem Prüfprogramm ausscheide. Diese Interpretation mag vielleicht aufgrund der Wortwahl „genügende Erkenntnisse“ – „Erkenntnisse fachkundiger Stellen“ naheliegen. Dies ist jedoch lediglich eine missverständliche begriffliche Überschneidung und in Wahrheit war es nicht die Intention des BVerwG, den Prüfmaßstab zu beschränken; dies hat es in einem späteren Beschluss⁵¹ ausdrücklich hervorgehoben und damit die Bedeutung der allgemeinen Lebenserfahrung auch für den Begriff der abstrakten Gefahr betont. Schon allein aufgrund dieser Klarstellung hätte der VGH BW der Stadt Konstanz als Verordnungsgeberin auch die Berufung auf die allgemeine Lebenserfahrung zugestehen, mithin den üblicherweise verwendeten und dem überkommenen Gefahrenbegriff inhärenten Diagnosemaßstab zugrundelegen müssen.

3. Einbeziehung von Zurechnungsgesichtspunkten der Störerdogmatik in den Gefahrenbegriff

In den Ausführungen dazu, ob unter dem Gesichtspunkt der Abwehr von Scherben als solchen das von § 2 PVO verbotene Verhalten abstrakt gefährlich ist, formuliert der VGH BW, dass es bei wertender Betrachtung nicht bereits das Mitführen

zerbrechlicher Materialien sei, das zu Scherben führe, sondern dass vielmehr weitere Umstände hinzutreten müssten.

Abgesehen davon, dass dies keine „wertende Betrachtung“ ist, sondern eine formale mit dem Inhalt „Mitführen von Glas ≠ Scherben“, ist auffällig, dass der VGH BW an dieser Stelle ein Kriterium der „unmittelbaren Verursachung der Störung“ einführt, das weder im abstrakten Rechtssatz Erwähnung findet, noch – wenigstens an der Stelle seiner Verwendung – durch einen Verweis auf frühere Rechtsprechung oder Fundstellen in der Literatur belegt wird. Es mag verwundern, dass der VGH BW dieses Kriterium nicht schon bemüht hat, um eine abstrakte Verletzungsgefahr auszuschließen, da dort die Kausalkette noch um (mindestens) ein Glied länger ist und der VGH BW sich dadurch die lange Prüfung der Tatsachengrundlage hätte sparen können. Unabhängig davon soll hier jedoch über die Herkunft dieses Kriteriums Klarheit verschafft werden.

Der Gedankengang und dessen Formulierung erinnern an die in einem Beschluss des VGH BW aus dem Jahr 1998 zu einem Alkoholverbot der Stadt Ravensburg⁵² dargelegte Rechtsprechung zu sog. „mittelbaren Ursachen“ und es liegt daher nahe, dass der VGH BW mit seinen Ausführungen tatsächlich Bezug auf diese auch z.T. in der Literatur befürwortete⁵³ Rechtsprechung genommen hat. Letztlich dürfte es sich bei dieser Rechtsprechung um eine Anleihe bei der Störerdogmatik handeln. Dort ist im Rahmen der von der h.M. befürworteten Lehre der unmittelbaren Verursachung anerkannt, dass nur dasjenige Verhalten als polizeirechtlich erhebliche Ursache anzusehen ist, das selbst unmittelbar die Gefahr oder Störung verursacht und damit die Gefahrengrenze überschreitet.⁵⁴ Damit sollen entferntere, lediglich mittelbare Bedingungen des eingetretenen oder drohenden Erfolges, die sog. „mittelbaren Ursachen“, als polizeirechtlich irrelevant ausgeschieden werden. Bei der Unmittelbarkeit bzw. der Gefahrengrenze handelt es sich dabei nicht um einen faktischen, sondern um einen normativen Gesichtspunkt, d.h. die Grenze zwischen Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit der Verursachung ist nicht zwangsläufig durch die größere oder geringere Nähe zur Gefahr oder durch die Stellung als spätes oder frühes Glied der Ursachenkette vorgegeben. Vielmehr muss in wertender Betrachtung festgestellt werden, ob eine Ursache lediglich als mittelbare oder als unmittelbare und damit polizeirechtlich relevante Ursache anzusehen ist.⁵⁵

Da diese Lehre eine sachgerechte Zurechnung ermöglicht, hat sie in der Störerdogmatik ihre Berechtigung. Der VGH BW verwendet das Kriterium der „unmittelbaren Verursachung“ jedoch weder damals noch heute zur Klärung der Fra-

⁵² VGH BW VBl. BW 1999, 101.

⁵³ Vgl. z.B. *Hebeler/Schäfer*, DVBl. 2009, 1424 (1426); *Kaufmann*, ZJS 2010, 261 (265).

⁵⁴ Vgl. z.B. BVerwG NVwZ 2008, 684; *Gusy* (Fn. 10), Rn. 335; *Schenke* (Fn. 10), Rn. 242; *Schoch* (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 128 m.w.N.

⁵⁵ Vgl. dazu ausführlich *Dreows/Wacke/Vogel/Martens* (Fn. 22), § 20 3. (S. 313 ff.); ferner *Gusy* (Fn. 10), Rn. 335; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, (Fn. 5), § 9 Rn. 11 ff.; *Schenke* (Fn. 10), Rn. 243.

⁵⁰ BVerwGE 116, 347 (352).

⁵¹ BVerwG, Beschl. v. 24.1.2008 – 6 BN 2.07, Rn. 4 ff.

ge, wer Störer ist, sondern bereits zur Klärung der vorgelagerten Frage, ob eine abstrakte Gefahr vorliegt und damit als Teil des Gefahrenbegriffs. Dies ist aus grundlegenden Erwägungen abzulehnen, denn die Übertragung dieser Lehre in den Gefahrenbegriff führt unweigerlich zu einem Zirkelschluss: wer zeigen möchte, dass ein bestimmtes Verhalten keine polizeirechtliche Gefahr darstellt und dabei darauf hinweist, dass erst noch weitere Ursachen gesetzt werden müssen, damit eine Gefahr oder eine Störung entsteht, der fragt nicht mehr, ob das in Blick genommene Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen Schaden an einem polizeilichen Schutzgut zur Folge haben wird, sondern setzt das voraus, was er erst noch beweisen möchte: nämlich, dass das betreffende Verhalten keine Gefahr darstellt. Die Rechtsprechung von den „mittelbaren Ursachen“ als Teil des Gefahrenbegriffs kann daher schon aus logischen Gründen nicht überzeugen. Abgesehen davon besteht ohnehin schon kein Bedürfnis, mit der „unmittelbaren Verursachung“ einen weiteren Wertungsbegriff in den Gefahrenbegriff einzubeziehen, da es bereits den leistungsstarken Wertungsbegriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit gibt, mit dem ohne Weiteres auch die Fallkonstellationen gelöst werden können, für die die Rechtsprechung von den „mittelbaren Ursachen“ eingeführt wurde.

Aus diesen Gründen ist daran festzuhalten, dass entscheidend für die Bewertung, ob eine abstrakte Gefahr vorliegt, nicht die Anzahl der Verursachungsbeiträge ist, sondern nur das sich aus der diagnostisch ermittelten relativen Häufigkeit eines Kausalverlaufs und dem normativen Anteil zusammensetzende Merkmal der hinreichenden Wahrscheinlichkeit.⁵⁶ Zwar kann die Anzahl der auf einer Kausalkette liegenden Verursachungsbeiträge Einfluss auf den Wahrscheinlichkeitsgrad haben, da möglicherweise in vielen Bereichen die Diagnose und die sich darauf stützende Prognose ergeben, dass je länger die Kausalkette ist, umso unwahrscheinlicher der Schaden eintritt. Insofern kann eine lange Kausalkette zwischen einem Verhalten und Schadenseintritt dazu führen, dass der Schadenseintritt nicht hinreichend wahrscheinlich ist. Es bleibt aber festzuhalten, dass beim Begriff der Gefahr der Anzahl der Verursachungsbeiträge nicht für sich Gewicht zukommen kann, so dass entfernte Schadensursachen nicht per se aus dem Gefahrenbegriff ausgeschlossen werden können, sondern zwingend immer gefragt werden muss, ob ein Schadenseintritt ausgehend von der entfernten Ursache hinreichend wahrscheinlich ist oder nicht.

4. Verkürzung des Teilschutzguts der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung

Als weitere Begründung dafür, dass das Verbot des § 2 PVO eine Maßnahme der Gefahrenvorsorge darstelle, führt der VGH BW an, dass das Verunreinigen öffentlicher Straßen etc. durch § 7 Abs. 1 der Umweltschutz- und Polizeiverordnung der Antragsgegnerin v. 28.4.2005⁵⁷ ohnehin verboten sei. Auch hiermit scheint der VGH BW auf die Rechtsprechung aus dem

bereits zitierten Beschluss aus dem Jahre 1998⁵⁸ Bezug zu nehmen. Abgesehen davon, dass die Folgerung, es handle sich um eine Maßnahme der Gefahrenvorsorge, angesichts der oben vorgenommenen Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Gefahren- und Risikovorsorge, nicht überzeugen kann, hält auch die Begründung, aufgrund derer das Nichtvorliegen einer abstrakten Gefahr postuliert wird, einer dogmatischen Überprüfung nicht stand. Dies ist schon im Ausgangspunkt der Ausführungen des VGH BW begründet, indem er ohne Normanbindung feststellt, auch die unerlaubte Entsorgung von Abfall sei eine Störung der öffentlichen Sicherheit. Richtigerweise ist die Entsorgung von Abfall dann unerlaubt, wenn sie gegen eine Norm verstößt. Eine solche Norm ist § 7 Abs. 1 Umw-/PVO. Eine unerlaubte Entsorgung von Abfall ist also dann gegeben, wenn diese entgegen dieser Vorschrift erfolgt. Und da diese Vorschrift Teil der Rechtsordnung ist und damit zum Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“ gehört, stellt die gegen § 7 Abs. 1 Umw-/PVO verstoßende Entsorgung von Abfall eine Störung der öffentlichen Sicherheit dar. Und bei Anwendung der – auch vom VGH BW ausgeführten – gefahrenrechtlichen Dogmatik, wäre dann eine abstrakte Gefahr zu bejahen, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung ergibt, dass das Mitführen von Glas und anderen zerbrechlichen Behältnissen im zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich der PVO regelmäßig und typischerweise zu einem Entsorgen von Abfall entgegen und damit einem Verstoß gegen § 7 Abs. 1 Umw-/PVO führt. Es ist also nicht so, dass das von § 2 PVO verbotene Verhalten keine abstrakte Gefahr darstellen kann, weil § 7 Abs. 1 Umw-/PVO das Verunreinigen ohnehin verbietet, sondern so, dass gerade weil es § 7 Abs. 1 Umw-/PVO gibt, die objektive Rechtsordnung als Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit überhaupt erst betroffen sein kann, mithin auch nur deshalb eine abstrakte Gefahr überhaupt begründet werden kann.⁵⁹ Anstatt § 2 PVO apodiktisch als Maßnahme der Gefahrenvorsorge einzustufen, wäre vom VGH BW unter konsequenter Anwendung der gefahrenrechtlichen Dogmatik daher vielmehr zu prüfen gewesen, ob das Entsorgen der zerbrechlichen Glasbehältnisse entgegen § 7 Abs. 1 Umw-/PVO regelmäßige und typische Folge des Mitführens dieser Behältnisse im zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich der PVO ist.

5. Die Bedeutung dieser dogmatischen Grundsätze für die Lösung des Falles

Bei dem Insistieren auf diesen dogmatischen Grundsätzen handelt es sich nicht etwa um ein juristisches Gasperspiel, sondern die Berücksichtigung dieser Grundsätze ist durchaus von Bedeutung für die Lösung dieses Falles. So hätten bei

⁵⁸ VGH BW VBl. BW 1999, 101 (104).

⁵⁹ Aufgrund des Grundsatzes der gegenläufigen Proportionalität hat dies auch nicht etwa zur Folge, dass sich die Polizeibehörden deswegen auf diese Weise kaskadenartig neue Kompetenzen erschaffen und den Gefahrenbeginn immer weiter nach vorne verlagern können; denn mit jeder weiteren Stufe der Kaskade sinkt die Bedeutung des Schutzgutes und/oder das Ausmaß des Schadens und steigen damit die Anforderungen an das Merkmal der hinreichenden Wahrscheinlichkeit.

⁵⁶ So auch BVerwGE 116, 347 (351); VGH BW NVwZ-RR 2010, 55 (56); so wohl auch bereits BVerfG NJW 1980, 2572 (2573); Gusy (Fn. 10), Rn. 109.

⁵⁷ Im Folgenden: § 7 Abs. 1 Umw-/PVO.

Zugrundelegung des herkömmlichen Diagnosemaßstabs schon hinsichtlich des Entsorgens von Glasmüll mit der allgemeinen Lebenserfahrung die Verhaltensweisen bei größeren abendlichen Zusammenkünften oder gar Trinkgelagen mit bis zu mehreren hundert Personen in den Blick genommen werden können; zusammen mit der Tatsache, dass die Technischen Betriebe der Stadt Konstanz die betreffenden Areale in den Sommermonaten fast täglich von Glasmüll reinigen müssen, was für eine erhebliche Menge an Glasmüll spricht,⁶⁰ hätte damit mit der allgemeinen Lebenserfahrung diagnostiziert werden können, dass bei den abendlichen Zusammenkünften im räumlichen Geltungsbereich der PVO erhebliche Mengen an Glasmüll entgegen der Vorschrift des § 7 Abs. 1 Umw-/PVO entsorgt werden. Auch hinsichtlich der Anzahl an Verletzungen hätte insbesondere angesichts der auch vom VGH BW angedeuteten Tatsache, dass im Uferbereich verborgene Glas- und Porzellanscherben nur schwer zu erkennen sind und dass in den von § 2 PVO erfassten Arealen viele Menschen barfuß gehen, mit der allgemeinen Lebenserfahrung angenommen werden können, dass der z.T. als Scherben zurückbleibende Glasmüll Verletzungen verursacht. Dass die Stadt Konstanz diesbezüglich keine konkreten Zahlen vorgelegt hat, wäre insofern unschädlich.

Aufbauend auf dieser Diagnose hätte zumindest prognostiziert werden können, dass bei einer generell-abstrakten Betrachtung das durch § 2 PVO erfasste Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit im Einzelfall zu Verletzungen führt. Denn angesichts des hochwertigen Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit genügt es – wie auch der VGH BW ausführt –, dass der Eintritt des Schadens sich nicht als ein so seltener und atypischer Kausalverlauf darstellt, dass ein unbefangener Beobachter mit dem Schadenseintritt nicht hätte rechnen müssen; die auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützte Diagnose zeigt aber, dass es sich gerade nicht um einen solchen atypischen Kausalverlauf handelt, so dass hinsichtlich der Verletzungen (trotz der dazwischenliegenden weiteren Umstände) bereits das Mitführen von Glas- und anderen zerbrechlichen Behältnissen eine abstrakte Gefahr darstellt. In Bezug auf die Entsorgung von Glasmüll entgegen § 7 Abs. 1 Umw-/PVO wären zwar wegen des nicht so hohen in Rede stehenden Schutzguts höhere Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad zu stellen gewesen; angesichts des mit der allgemeinen Lebenserfahrung diagnostizierten erheblichen Aufkommens an ordnungswidrig entsorgtem Glas hätte aber auch insofern bei einer generell-abstrakten Betrachtung angenommen werden können, dass das Mitführen von Glas- und anderen zerbrechlichen Behältnissen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das ordnungswidrige Entsorgen dieser Behältnisse im Einzelfall zur Folge hat, mithin eine abstrakte Gefahr darstellt.⁶¹ Eine Abgrenzung von Gefahrenabwehr und

Gefahrenvorsorge vorzunehmen, ist bei Berücksichtigung der herkömmlichen gefahrenabwehrrechtlichen Dogmatik somit gar nicht erst notwendig.

VI. Ausblick

Durch sein Urteil und die darin angeführten Anforderungen an die Annahme einer abstrakten Gefahr schränkt der VGH BW den Handlungsspielraum der Polizeibehörden im Hinblick auf den Erlass von Polizeiverordnungen erheblich ein. Bei Zugrundelegung dieser erhöhten Anforderungen dürften nicht nur zahllose bereits erlassene kommunale Polizeiverordnungen rechtswidrig sein, sondern dürften diese hohen Hürden dazu führen, dass die ohnehin schon rückläufige praktische Bedeutung von Polizeiverordnungen⁶² zumindest in Baden-Württemberg weiter absinkt und es fraglich erscheint, ob die – personell ohnehin chronisch unterbesetzten Kommunen⁶³ – in Zukunft überhaupt noch in der Lage sein werden, Nachweise zu erbringen, die den Anforderungen des VGH BW zur Annahme einer abstrakten Gefahr genügen. Zu hoffen bleibt, dass diesem polizeirechtlichen Urteil des VGH BW ausnahmsweise keine Ausstrahlungswirkung zukommt und dass auch der VGH BW in Zukunft wieder auf die Linie der hergebrachten Dogmatik einschwenkt und mit dem herkömmlichen gefahrenabwehrrechtlichen Instrumentarium arbeitet, anstatt vorschnell mit der Kategorie der Risiko- und Gefahrenvorsorge zu argumentieren; da die Polizeigesetze sich die herkömmliche gefahrenrechtliche Dogmatik zu Eigen gemacht haben,⁶⁴ wäre dies im Interesse einer konsequenten Gesetzesanwendung und, da die Zugrundelegung klarer dogmatischer Strukturen zu Rechtssicherheit führt, auch im Interesse der Rechtssicherheit. Interessant dürfte es werden, wenn die Stadt Konstanz dieses Urteil zum Anlass nimmt, die vom VGH BW als fehlend vermerkten Erkenntnisse nun zu sammeln und daraufhin ggf. eine neuerliche inhaltsgleiche PVO erlässt; denn dann müsste selbst der VGH BW mit seinen hohen Anforderungen eine abstrakte Gefahr bejahen und würde damit in Konflikt mit seinem Postulat von der strukturellen Zuständigkeit des Gesetzgebers für ein Glasverbot an Uferabschnitten des Bodensees geraten. Spätestens in diesem Fall ist eine Klarstellung der Rechtsprechung durch den VGH BW unumgänglich.

Stud. iur. Lucas Hartmann, Heidelberg

⁶⁰ Insbesondere in Zeiten „leerer Kassen“ ist anzunehmen, dass die Stadt Konstanz diesen personellen und finanziellen Aufwand nicht betreiben würde, wenn es sich um vernachlässigbar geringe Mengen an ordnungswidrig entsorgtem Glas und daraus entstehender Scherben handeln würde.

⁶¹ Vgl. hierzu die Wertung bei OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 17.3.2010 – 3 K 319/09.

⁶² Vgl. *Denninger* (Fn. 10), Kap. E Rn. 59.

⁶³ Vgl. *Denninger* (Fn. 10), Kap. E Rn. 62.

⁶⁴ Vgl. BVerwGE 116, 347 (351).

Entscheidungsanmerkung

Zur Sittenwidrigkeit und zeitlichen Obergrenze von schuldrechtlichen Verfügungsverboten

1. Unterlassungsverpflichtungen nach § 137 S. 2 BGB (schuldrechtliche Verfügungsverbote) werden nicht nach 30 Jahren nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unwirksam.

2. In Übergabeverträgen zur vorweggenommenen Erbfolge vereinbarte Unterlassungspflichten, die dem Übernehmer Verfügungen über das Vermögen eines übergebenen Betriebs insgesamt oder über dessen Grundvermögen untersagen, sind nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn der Übernehmer von dem Übergeber nicht die Zustimmung zu einer mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Wirtschaft zu vereinbarenden und den Zweck des Verfügungsverbots nicht wesentlich gefährdenden Verfügung (Veräußerung oder Belastung) verlangen kann. (Amtliche Leitsätze)

BGB §§ 137 S. 2, 138 S. 1

BGH, Urt. v. 6.7.2012 – V ZR 122/11 (OLG Frankfurt a.M.)¹

I. Sachverhalt

Mit notariellem Vertrag vom 11.4.1980 übertrug die im Jahre 2007 verstorbene Mutter der Parteien ihren $\frac{3}{4}$ Miteigentumsanteil des zu einem Gut gehörenden Grundbesitzes im Wege vorweggenommener Erbfolge auf den Bekl., dem bereits $\frac{1}{4}$ Miteigentumsanteil an dem Grundbesitz gehörte. In dem Vertrag verpflichtete sich der Bekl. dazu, die Grundstücke während eines Zeitraums von 35 Jahren, hilfsweise von 30 Jahren – mit Ausnahme einer Übertragung an leibliche, eheliche Abkömmlinge – nicht zu veräußern (§ 4 Nr. 1). Der Verstoß gegen das Veräußerungsverbot sollte den Rückfall der betroffenen Ländereien an den Veräußerer zur Folge haben (§ 4 Nr. 2). Das Veräußerungsverbot sollte nach dem Tod der Veräußerin fortbestehen und danach der Rückfallanspruch dem Kl. zustehen (§ 4 Nr. 3). Der Anspruch auf Rückübertragung sollte auch bei Eingriffen Dritter, wie Pfändungen, ebenso bei Verpfändungen wirksam werden (§ 4 Nr. 5). Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs wurden die betroffenen Grundstücke mit Vormerkungen belastet.

Nach Eintragung von Zwangssicherungshypotheken auf drei Grundstücken hat der Kl. von dem Bekl. die Rückauflassung eines dieser Grundstücke verlangt. Mit der Widerklage verlangt der Bekl. von dem Kl., die Löschung der auf den anderen Grundstücken des Guts eingetragenen Vormerkungen zu bewilligen.

Das LG hat der Klage durch Teilurteil stattgegeben und die Widerklage durch Schlussurteil abgewiesen. Das OLG hat der Widerklage – unter Zurückweisung des Löschan-

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=b50f081b0b06d76df0686a4f78cbff30&nr=61364&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

spruchs für die zwei weiteren mit Zwangssicherungshypotheken belasteten Grundstücke – stattgegeben. Die vom Senat zugelassene Revision des Klägers hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

II. Relevanz und Hintergrund der Entscheidung

Der auf den ersten Blick exotisch anmutende Fall berührt Grundfragen des BGB, insbesondere des allgemeinen Teils und ist daher durchaus examensrelevant. Zudem setzt seine Lösung eine Beherrschung der juristischen Methoden voraus. Eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung und ihren Hintergründen dürfte für jeden Studenten verständnisfördernd sein.

Im Grundsatz geht es um einen sogenannten Übergabevertrag, der praktisch sehr relevant ist,² im Studium aber nur eine untergeordnete Rolle spielt. Mit diesem gesetzlich nicht typisiertem Vertrag überträgt eine Person zu Lebzeiten Vermögenswerte auf einen oder mehrere künftige Erben.³ Als rechtliches Gestaltungsmittel kommt unter anderem eine Schenkung gem. § 516 Abs. 1 BGB in Betracht.⁴ Auf die Rechtsnatur des Vertrages kam es vorliegend jedoch nicht an, sodass die Frage vom BGH unerörtert blieb.

1. § 137 BGB: Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsverbote

a) Unterscheidung von Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsverboten

Grundlegend für das Verständnis des Falles ist zunächst die Unterscheidung von (dinglichen) Verfügungsbeschränkungen und (schuldrechtlichen) Verfügungsverboten, auch Unterlassungspflichten genannt. § 137 S. 1 BGB statuiert den Grundsatz, dass die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Gemeint sind damit Rechtsgeschäfte, die den verfügungsbefugten unmittelbar in seinem rechtlichen Können beeinträchtigen. Verfügungsverbote, also schuldrechtliche Abreden, welche dem Verfügungsbefugten verbieten, ganz oder in bestimmter Weise über das Recht zu verfügen, also sein rechtlichen *Dürfen* reduzieren, sind hingegen gem. § 137 S. 2 zulässig. Letztere Kategorie ist im vorliegenden Fall einschlägig.

b) Normzweck des § 137 BGB

Die Unzulässigkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen intendiert jedenfalls die Sicherung der Zwangsvollstreckung, da nur übertragbare Vermögensrechte pfändbar sind (§§ 851 Abs. 1, 857 ZPO).⁵ Daneben bewirkt die Norm eine institutionelle Sicherung des numerus clausus der dinglichen Rechte; insbesondere das Eigentum bleibt so als Ganzes

² Litzemberger, ZEV 2012, 550 (554).

³ Weidlich, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, Einl v § 1922 Rn. 6.

⁴ Vgl. auch zu weiteren Gestaltungsmöglichkeiten Weidlich (Fn. 2), Einl v § 1922 Rn. 6.

⁵ Vgl. Kohler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 137 Rn. 11 m.w.N.

erhalten und kann nicht etwa in Fortsetzung feudaltrechtlicher Tradition in Nutzungs- und Verfügungseigentum aufgespalten werden.⁶ Darüber hinaus sind verschiedene Normzwecke diskutiert worden,⁷ insbesondere der Schutz der persönlichen Freiheit⁸, was der BGH jedoch zu Recht ablehnt.⁹ Dagegen spricht insbesondere die Zulässigkeit schuldrechtlicher Verfügungsverbote nach § 137 S. 2 BGB, welche den sich rechtstreuhaltenden Verbotsschuldner an der Ausübung seiner Verfügungsfreiheit hindern.¹⁰

c) Rechtsfolgen von Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsverboten

Gegen § 137 S. 1 BGB verstoßende Verfügungsbeschränkungen sind rechtlich unwirksam.¹¹ Verfügungsverbote hingegen sind nach § 137 S. 2 BGB wirksam. Wird verbotswidrig verfügt und hat der Verbotsschuldner dies zu vertreten, erhält der Begünstigte des Verbots einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, welcher gemäß § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution in Form der Rückgängigmachung der Verfügung gerichtet ist.¹² Ein auf Rückgängigmachung der Verfügung gerichteter Schadensersatzanspruch gegen den Erwerber kann gemäß § 826 BGB bestehen.¹³

d) Zulässigkeit von Abtretungsbeschränkungen gem. § 399 2. Alt. BGB

Im Zusammenhang mit § 137 S. 1 BGB ist stets an die wichtige Norm des § 399 2. Alt. BGB zu denken, welcher es Gläubiger und Schuldner einer Forderung erlaubt, deren Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung auszuschließen.¹⁴ Gleichwohl vorgenommene Abtretungen sind absolut unwirksam,¹⁵

im Handelsverkehr sowie im Verkehr mit der öffentlichen Hand nach der Ausnahmevorschrift des § 354a Abs. 1 S. 1 HGB allerdings wirksam bei gleichzeitig gewährleistetem weitreichendem Schuldnerschutz (§ 354a Abs. 1 S. 2 HGB).¹⁶

Über das (praktisch wenig bedeutsame) Verhältnis von § 137 S. 1 BGB und § 399 2. Alt. BGB wird seit jeher gestritten.¹⁷ Die h.M. sieht in § 399 2. Alt. BGB keine Ausnahme zu § 137 S. 1 BGB, da die Vorschrift die Schaffung eines unveräußerlichen Rechts gestatte, sodass der Anwendungsbereich des § 137 S. 1, der ein „veräußerliches Recht“ voraussetzt, nicht eröffnet sei.¹⁸

Für die Abrede nach § 399 2. Alt. BGB hat sich der Begriff „Abtretungsverbot“ trotz seiner Ungenauigkeit¹⁹ (die Abrede verbietet die Abtretung nicht nur, sie verhindert sie), durchgesetzt. Abgesehen davon sollte die oben getroffene sachliche Trennung von Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsverboten jedoch auch begrifflich durchgehalten werden.

2. „Lückenausfüllung“ durch Gesamtanalogie und ergänzende Vertragsauslegung

In methodischer Hinsicht müssen dem Rechtsanwender zur Lösung des vorliegenden Falls die Rechtsanalogie²⁰ sowie die ergänzende Vertragsauslegung²¹ geläufig sein. Mit der Gesetzesanalogie wird das Gesetz ergänzt, mit der ergänzenden Vertragsauslegung der Vertrag. Beide setzen eine Regelungslücke voraus.

Eine Lücke liegt dann vor, wenn das Gesetz bzw. der Vertrag gemessen am jeweiligen Regelungsziel unvollständig ist, wenn also das Regelungsziel des Gesetzes oder Vertrages nicht ohne Ergänzung durch eine nichtvorhandene Regelung erreicht werden kann.²²

Ist die Lücke festgestellt, muss sie ausgefüllt werden. Bei Lücken im Gesetz ist auf wortlautgemäß nicht anwendbare, nach ihrem Regelungszweck aber passende Normen zurückzugreifen.²³ Die oft neben der Lücke als Analogievoraussetzung genannte „vergleichbare Interessenlage“ ist dann gegeben, wenn eine Norm ihrem Zweck nach nicht nur auf den von ihr wortlautgemäß geregelten Fall, sondern auch darüber hinaus angewendet werden muss.²⁴ Die analoge Anwendung

sim; Hattenhauer, in: Festschrift für Hans Holzhauser, 2005, S. 549 (S. 554 ff.); Armgardt, RabelsZ 73 (2009), 314.

¹⁶ Vgl. zu § 354a HGB Lettl, JA 2010, 109.

¹⁷ Dazu eingehend Wagner, AcP 194 (1994), 451-478 m.N.

¹⁸ RGZ 136, 395 (399); BGHZ 40, 156 (160); BGH ZIP 1997, 1072 (1073); Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 17, 7, S. 363.

¹⁹ Wagner (Fn. 14), S. 30; Piekenbrock, NJW 2007, 1247 in Fn. 1.

²⁰ Vgl. zur Analogie instruktiv und mit zahlreichen Beispielen Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15-24.

²¹ Vgl. dazu Cziupka, JuS 2009, 103-106.

²² Zur Lücke im Vertrag Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 157 Rn. 3 ff.; BGHZ 127, 138 (142); BGH ZIP 2007, 774; BGHZ 127, 138 (142).

²³ Vgl. Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (17) m.w.N.

²⁴ Vgl. Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (17).

⁶ Vgl. Kohler (Fn. 4), § 137 Rn. 7 m.w.N.

⁷ Vgl. Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 137 Rn. 2 f.; eingehend zum Normzweck Berger, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 66 ff.

⁸ Etwa Raible, Vertragliche Beschränkung der Übertragung von Rechten, 1969, S. 77 ff.; Schlosser, NJW 1970, 681 (683 f.). Umfangreiche Nachweise bei Kohler (Fn. 4), § 137 Rn. 5.

⁹ BGHZ 134, 182 (186).

¹⁰ Kohler (Fn. 4), § 137 Rn. 5 und 41; Berger (Fn. 6), S. 69..

¹¹ Ellenberger, in: Palandt: Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 137 Rn. 3.

¹² Ellenberger (Fn. 10), § 137 Rn. 6.

¹³ Ellenberger (Fn. 10), § 137 Rn. 6; Armbrüster (Fn. 6), § 137 Rn. 32.

¹⁴ Wagner, JZ 1994, 227.

¹⁵ Ganz h.M., BGHZ 56, 173 (176); 56, 228 (230); 70, 299 (301); 102, 293 (301); 108, 172 (176); 112, 387 (389); BGH VersR 1992, 561; BGH NJW 1997, 2747 f.; BGH ZIP 97, 1072 (1073); BGH NJW-RR 2010, 904 (905); BGH LM Nr. 36 Bl. 3; Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 399 Rn. 12; Busche, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 399 Rn. 65; Berger (Fn. 6), S. 291 ff., jeweils m.w.N. Für relative Unwirksamkeit hingegen insbesondere Canaris, in: Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, 1992, S. 9; Wagner, Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse, 1994, pas-

einer einzigen Norm wird als Einzel- oder Gesetzesanalogie bezeichnet. Werden hingegen mehrere Normen analog angewendet, so spricht man von einer Gesamt- oder Rechtsanalogie. Bei Letzterer geht es darum, aus einer Reihe von Normen einen (allgemeinen) Rechtsgrundsatz abzuleiten, welcher im konkreten Fall weiterhilft.²⁵ Eine Rechtsanalogie stand vorliegend in Rede.

Lücken im Vertrag hingegen sind mit dispositivem Gesetzesrecht auszufüllen, sofern dieses den Interessen der Vertragsparteien nicht widerspricht. Sofern die Regelungslücke nicht interessengerecht mit Regelungen des dispositiven Rechts gefüllt werden kann, ist der Vertragsinhalt auf Grundlage des hypothetischen Parteiwillens zu ergänzen.²⁶

III. Die Entscheidung des BGH

Der Kläger und Widerbeklagte war auf die Widerklage des Beklagten und Widerklägers vom Berufungsgericht zu einer teilweisen Löschung der Vormerkungen verurteilt worden. Mit der Revision beehrte der Kläger die Aufhebung dieses Urteils. Demgemäß war es Aufgabe des *Senats*, zu prüfen, ob die Widerklage begründet ist, ob der Widerkläger also wie vom Berufungsgericht angenommen gegen den Kläger einen Anspruch auf die Bewilligung der Löschung der Vormerkungen hat.

1. Die richtige Anspruchsgrundlage

Der BGH stimmt dem Berufungsgericht darin zu, dass sich ein Anspruch des Beklagten auf Zustimmung zur Löschung der Vormerkungen nach Fristablauf entweder aus § 894 BGB oder aus § 886 BGB ergeben kann sofern innerhalb der vereinbarten Frist nicht gegen das schuldrechtliche Veräußerungs- und Belastungsverbot verstoßen worden ist.²⁷ Der Anspruch ergäbe sich aus § 894 BGB, wenn nicht nur das schuldrechtliche Verbot, sondern auch der Auflassungsanspruch des Widerbeklagten befristet wäre, da dann mit Ablauf der Befristung der Anspruch und damit auch die ihn akzessorisch sichernde Vormerkung erloschen wäre.²⁸ Aus § 886 BGB hingegen folge der Anspruch, wenn die Befristung des schuldrechtlichen Verfügungsverbots sich nicht auf den Auflassungsanspruch erstreckte.²⁹ Die Frage der Befristung des Auflassungsanspruchs und damit auch der richtigen Anspruchsgrundlage konnte jedoch offenbleiben, da die Rechtsfolgen beider Normen insofern identisch sind, als dass sie vorliegend zu einem Anspruch auf Löschung der Vormerkungen führen.

2. Keine ipso iure-Befristung schuldrechtlicher Verfügungsverbote auf 30 Jahre

Zu prüfen war nun, ob der für einen Lösungsanspruch erforderliche Fristablauf eingetreten ist. Dies wäre offensichtlich nicht der Fall, wenn die am 11.4.1980 vereinbarte 35-

jährige Frist gilt. Der gesicherte Rückauflassungsanspruch könnte jedoch aus anderen Gründen erloschen sein.

Eine Verjährung kam von vornherein nicht in Betracht. Zwar unterliegen auch Unterlassungsansprüche gem. § 194 Abs. 1 BGB der Verjährung und damit vorliegend der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren gem. § 195 BGB.³⁰ Nach § 199 Abs. 5 BGB beginnt die Verjährungsfrist bei Unterlassungsansprüchen jedoch erst mit der Zuwiderhandlung gegen das Verbot zu laufen.

Nach einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung erlöschen schuldrechtliche Verfügungsverbote im Sinne des § 137 S. 2 BGB ipso iure nach dem Ablauf von 30 Jahren,³¹ wobei diese Auffassung mit unterschiedlichen Begründungen auf eine Rechtsanalogie zu den §§ 462 S. 1, 544, 2044 Abs. 2 S. 1, 2109 Abs. 1, 2262 Abs. 2 S. 1, 2210 S. 1 BGB gestützt wird. Dieser Auffassung ist das Berufungsgericht gefolgt.³²

Einer anderen Ansicht zufolge enthält das Gesetz gerade keine Regelung zur Höchstgeltungsdauer schuldrechtlicher Verfügungsverbote nach § 137 S. 2 BGB, da dem Unterlassungsanspruch auch nach dem Ablauf von 30 Jahren noch ein anerkennungswertes Interesse zugrunde liegen könne.³³

Dieser Auffassung hat sich der *Senat* unter intensiver Auseinandersetzung mit den von der erstgenannten Auffassung herangezogenen Normen angeschlossen.³⁴ Zunächst weist der *Senat* das Argument zurück, ohne eine zeitliche Obergrenze werde die Bestimmung des § 137 S. 1 BGB unterlaufen, da § 137 S. 2 BGB die Vereinbarung schuldrechtlicher Verfügungsverbote gerade zulasse.³⁵ Zudem bezwecke die Norm nicht den Schutz der persönlichen Freiheit des Rechtsinhabers, sondern diene der Sicherung des numerus clausus der Sachenrechte und der Zwangsvollstreckung.³⁶

Aus der Ausschlussfrist für unbefristete Wiederkaufsrechte gem. § 462 S. 1 BGB lasse sich für eine zwingende Befristung von Verfügungsverboten nichts herleiten, da gem. § 462 S. 2 BGB in Abbedingung der 30-jährigen Ausschlussfrist des § 462 S. 1 BGB eine längere Frist vereinbart werden könne.³⁷ § 544 BGB passe teleologisch nicht, da die Norm ewige vertraglich begründete Nutzungsrechte verhindern solle, Verpflichtungen für längere Zeiträume als 30 Jahre jedoch nicht ausschließe.³⁸

Ob den erbrechtlichen Vorschriften der §§ 2044 Abs. 2 S. 1, 2109 Abs. 1, 2262 Abs. 2 S. 1, 2210 S. 1 BGB der all-

³⁰ Vgl. Kohler (Fn. 4), § 137 Rn. 45.

³¹ Großfeld/Gersch, JZ 1988, 937 (943 f.); Berger (Fn. 6), S. 116 f.; Armbrüster (Fn. 6), § 137 Rn. 25; Ellenberger (Fn. 21), § 137 Rn. 5; Wiesmann, Zur Tragweite des § 137 BGB, 1991, S. 101 ff.

³² S. Rn. 11 der Entscheidungsgründe.

³³ Kohler (Fn. 4), § 137 Rn. 45; Schack, JZ 1989, 609 (612).

³⁴ S. Rn. 13 der Entscheidungsgründe; zustimmend Litzemburger, ZEV 2012, 550 (554).

³⁵ S. Rn. 14 der Entscheidungsgründe; so aber Großfeld/Gersch, JZ 1988, 937 (944); Wiesmann (Fn. 30), S. 101 f.

³⁶ So auch schon BGHZ 47, 387 (392); BGH NJW 2011, 515 (516).

³⁷ S. Rn. 15 der Entscheidungsgründe.

³⁸ S. Rn. 16 der Entscheidungsgründe.

²⁵ Vgl. Würdinger/Bergmeister, Jura 2007, 15 (22) mit Beispielen.

²⁶ Ellenberger (Fn. 21), § 157 Rn. 6 f. m.w.N.

²⁷ S. Rn. 7 der Entscheidungsgründe.

²⁸ S. Rn. 8 der Entscheidungsgründe.

²⁹ S. Rn. 9 der Entscheidungsgründe.

gemeine Rechtsatz entnehmen sei, dass der Erblasser nur bis zu einem Zeitraum von 30 Jahren nach seinem Tod über sein Vermögen bestimmen können soll,³⁹ könne dahinstehen, da die Mutter der Parteien, welche das Verfügungsverbot mit dem Widerkläger vereinbart hatte erst im Jahre 2007 verstorben war, eine aus den erbrechtlichen Normen abgeleitete Frist also erst im Jahre 2037 auslaufen würde.⁴⁰ Eine Befristung für unter Lebenden abgeschlossene Rechtsgeschäfte lasse sich dem Erbrecht jedoch nicht entnehmen.⁴¹

3. Keine Nichtigkeit des Verfügungsverbots gem. § 138 Abs. 1 BGB wegen 35-jähriger Bindung

Da keine ipso iure-Befristung für schuldrechtliche Verfügungsverbote besteht, musste geprüft werden, ob andere Gründe gegen ein wirksames Verfügungsverbot sprechen. Das Berufungsgericht hat die Ansicht vertreten, eine mehr als 30-jährige Bindung an ein Verfügungsverbot sei sittenwidrig und damit gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Der *Senat* stellt klar, dass die Frage der Sittenwidrigkeit nicht anhand einer starren Frist, sondern einer Gesamtschau der Umstände (Maß der Beeinträchtigung des Schuldners, Dauer der Bindung, durch das Verfügungsverbot geschütztes Interesse des Begünstigten) zu beurteilen ist.⁴² Eine Sittenwidrigkeit liege nicht vor, da der mit der Verbot verfolgte Zweck, dass Familienvermögen zusammenzuhalten, zeitlos sei und der Betroffene das Verbot privatautonom in dem Wissen eingegangen sei, dass er das Vermögen ohne es nicht bekommen hätte.⁴³

Da das Berufungsgericht die Rechtslage nicht durchgängig richtig beurteilt hat, war das Urteil aufzuheben und die Sache zurückverwiesen (§§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 ZPO). Als bei der erneuten Entscheidung zu berücksichtigende Rechtsansicht (§ 562 Abs. 2 ZPO) gab der *Senat* dem Berufungsgericht die nachfolgenden Aspekte mit auf den Weg.

4. Grundsätzlich Sittenwidrigkeit wegen des Umfangs der Verfügungsverbots

Der BGH erachtet dass Verfügungsverbot nicht wegen seiner Dauer, sondern wegen des Umfangs der „Verfügungsbeschränkung“ für sittenwidrig und damit nichtig gem. § 138 Abs. 1 BGB. Dieses führe zu einer übermäßige Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit (Knebelung) des Widerklägers.⁴⁴ Eine Knebelung wird nicht angenommen, wenn sich das Verfügungsverbot auf nur auf einen Gegenstand des Vermögens erstreckt.⁴⁵ Sie wird indes bejaht, wenn das ganze Vermögen des Verbotsschuldners erfasst werden soll.⁴⁶ In der vorliegenden Konstellation wird zwar nicht das gesamte bewegliche Betriebs- und Privatvermögen des Beklagten, aber dennoch das gesamte Immobilienvermögen des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs einschließlich des dem Beklagten

bereits zuvor gehörenden ¼-Anteils erfasst.⁴⁷ Da jede Verfügung, also auch etwa die Belastung durch Grundpfandrechte untersagt ist, sind die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten des Verbotsschuldners stark eingeschränkt. Somit ist eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Betriebs erheblich gefährdet.

Der *Senat* nimmt daher für die vorliegende Konstellation im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung⁴⁸ gegen Teile der Literatur⁴⁹ eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB an, sofern der Übernehmer vom Übergeber nicht die Zustimmung zu einer mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Wirtschaft zu vereinbarenden und den Zweck des Verfügungsverbots nicht wesentlich gefährdenden Verfügung (Veräußerung oder Belastung) verlangen kann. An einem solchen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung fehlt es vorliegend.

5. Ergänzende Vertragsauslegung zur Vermeidung der Gesamtnichtigkeit

Nach der Auffassung des *Senats* muss geprüft werden, ob das nichtige Verfügungsverbot „im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) um einen Anspruch des Schuldners auf Zustimmung des Begünstigten zu den ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entsprechenden Verfügungen zu ergänzen ist, um die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zu vermeiden“.⁵⁰

Die Nichtigkeit des Verfügungsverbots würde vorliegend zu einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages gem. § 139 BGB führen, da nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne ein das Familienvermögen sicherndes Verfügungsverbot abgeschlossen worden wäre. Eine Gesamtnichtigkeit widerspräche jedoch dem Parteiwillen, da sie zu einer Anwendung des gesetzlichen Erbrechts mit der Folge der Entstehung einer Erbengemeinschaft nach § 2032 BGB und damit regelmäßig auch zu einer Auseinandersetzung durch Teilung gem. § 2049 i.V.m. §§ 750, 751 BGB führen würde.⁵¹

Eine Regelungslücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit des Vertrages ist vorliegend zu bejahen, da zur Verwirklichung des durch ein Verfügungsverbot ergänzten Übergabevertrages ein Anspruch des Verbotsschuldners gegen den Begünstigten auf Zustimmung zu den ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entsprechenden Verfügungen erforderlich ist.⁵² Die Lücke besteht also, weil eine Regelung fehlt, welche die Sittenwidrigkeit des Vertrages verhindert.

Zum Ausfüllen der Lücke war mangels passendem dispositiven Gesetzesrecht auf den hypothetischen Parteiwillen zurückzugreifen. Nach Auffassung des *Senats* entspricht der geschilderte Zustimmungsanspruch in der Regel dem Parteiwillen.⁵³ Da hierzu jedoch noch keine Feststellungen getroffen

³⁹ So *Schack*, JZ 1989, 609 (612).

⁴⁰ S. Rn. 19 der Entscheidungsgründe.

⁴¹ S. Rn. 18 der Entscheidungsgründe.

⁴² S. Rn. 21 der Entscheidungsgründe.

⁴³ S. Rn. 22 der Entscheidungsgründe.

⁴⁴ S. Rn. 24 ff., 31 der Entscheidungsgründe.

⁴⁵ BGHZ 134, 182 (190).

⁴⁶ *Berger* (Fn. 6), S. 114; *Armbrüster* (Fn. 6), § 137 Rn. 25.

⁴⁷ S. Rn. 27 der Entscheidungsgründe.

⁴⁸ BGH NJW 2009, 1135m (136); OLG Celle RdL 2002, 45.

⁴⁹ *Fassbender*, DNotZ, 67 (75); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2. Aufl. 2010, Rn. 1559; *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, 2. Aufl. 1999, Rn. 180.

⁵⁰ S. Rn. 32 der Entscheidungsgründe.

⁵¹ S. Rn. 33 der Entscheidungsgründe.

⁵² S. Rn. 34 der Entscheidungsgründe.

⁵³ S. Rn. 35 der Entscheidungsgründe.

wurden, war weitere Sachaufklärung durch das Berufungsgericht nötig.⁵⁴

IV. Bewertung

Der Entscheidung ist grundsätzlich zuzustimmen.⁵⁵ Überzeugend ist die Auffassung, aus § 137 S. 1 BGB ergebe sich kein Gebot der Festlegung einer Höchstgrenze für schuldrechtliche Verfügungsverbote. Die Gegenauffassung verkennt, wie der *Senat* zutreffend klarstellt, dass § 137 BGB explizit zwischen dinglichen Verfügungsbeschränkungen und schuldrechtlichen Verfügungsverboten differenziert, und letztere gerade explizit zulässt.⁵⁶ Alleine die Existenz der Gegenauffassung zeigt jedoch, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, schuldrechtliche Verfügungsverbote in § 137 S. 2 BGB ausdrücklich zuzulassen, notwendig war. Die Norm ist keineswegs überflüssig; sie stellt nicht nur das klar, was aus ohnehin aus der Vertragsfreiheit folgt.⁵⁷ Sie konstituiert die Regel und Wertung, dass jedenfalls schuldrechtliche Verfügungsverbote den Grundsatz des § 137 S. 1 BGB *nicht* unterlaufen und damit auch keine unzulässige Umgehung einer (vom BGH zu Recht verneinten) freiheitssichernden Funktion des § 137 S. 1 BGB sind.

Daraus folgt, dass schuldrechtliche Verfügungsverbote eine eigenständige Kategorie darstellen und getrennt von der Dogmatik dinglicher Verfügungsbeschränkungen zu betrachten sind. Zu kritisieren ist lediglich, dass der BGH die in der Sache vorgenommene scharfe Differenzierung zwischen Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsverboten begrifflich nicht durchhält, sondern die Begriffe teilweise synonym verwendet.

Die Ansicht, eine starre zeitliche Obergrenze von 30 Jahren für Verfügungsverbote sei dem BGB nicht zu entnehmen, ist richtig. Der *Senat* hat überzeugend dargelegt, warum die von der Gegenmeinung im Rahmen der Gesamtanalogie herangezogenen Normen teleologisch für schuldrechtliche Verfügungsverbote nicht passen. Zu folgen sein dürfte jedoch der in der Literatur geäußerten (hier nicht entscheidungserheblichen) Ansicht, aus dem Erbrecht ergebe sich der allgemeine Rechtssatz, der Erblasser dürfe maximal für einen Zeitraum von 30 Jahren nach seinem Tod über sein Vermögen bestimmen.⁵⁸

Problematisch sind die Ausführungen zur richtigen Anspruchsgrundlage. In Betracht kommen dürfte entgegen dem BGH alleine § 894 BGB. Wenn der durch die Vormerkungen gesicherte Auflassungsanspruch nicht befristet ist, so ist er doch zumindest aufschiebend bedingt durch den Verstoß gegen das Verfügungsverbot (§ 158 Abs. 1 BGB). Sofern das Verfügungsverbot kraft Zeitablauf nicht mehr existiert, ist der Bedingungseintritt unmöglich, was zum sogenannten Ausfall der Bedingung führt. Der Ausfall der Bedingung führt zur

Beendigung der Schwebezeit⁵⁹ mit dem Ergebnis, dass das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft wirkungslos wird.⁶⁰ Da die Vormerkung akzessorisch, also vom Bestand des gesicherten Anspruchs abhängig ist,⁶¹ erlischt sie, wenn der gesicherte Anspruch wirkungslos wird. Damit wird das Grundbuch zulasten des Eigentümers unwirksam und dieser kann gem. § 894 BGB Grundbuchberichtigung verlangen.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Alexander Nefzger, Hannover

⁵⁴ S. Rn. 36 der Entscheidungsgründe.

⁵⁵ *Litzenburger*, ZEV 2012, 550 (554 f.); vgl. auch *Lorenz*, LMK 2012, 337419.

⁵⁶ S. Rn. 14 der Entscheidungsgründe.

⁵⁷ So aber *Berger* (Fn. 6), S. 99.

⁵⁸ *Schack*, JZ 1989, 609, 612.

⁵⁹ Vgl. zur allgemein Schwebezeit *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 158 Rn. 38 ff.

⁶⁰ *Ellenberger* (Fn. 21), § 158 Rn. 3 m.w.N.

⁶¹ *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 883 Rn. 2, § 886 Rn. 3 f.

Entscheidungsanmerkung

Bedingter Tötungsvorsatz

Zur „Hemmschwellentheorie“ bei Tötungsdelikten. (Amtlicher Leitsatz)

StGB §§ 15, 211

BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11 (LG Saarbrücken)¹

I. Sachverhalt und Verfahrensgang

Der Entscheidung des 4. Senats kommt trotz ihres wenig aussagekräftigen Leitsatzes erhebliche Bedeutung zu. Mit deutlichen Worten räumt sie aus dem Wege, was in den vergangenen 30 Jahren zu Unrecht im Rahmen der Abgrenzung von bedingt vorsätzlicher und fahrlässiger Tötung reüssiert hatte und gar als „Theorie“ verkannt worden war, wo es sich doch in Wahrheit bestenfalls um eine Mahnung zur sorgfältigen Arbeit am Sachverhalt, aber niemals um eine ernsthafte Theorie gehandelt hat: die sog. „Hemmschwellentheorie“.² Sie wurde bislang in der universitären wie praktischen Fallbearbeitung gerne als Sonderweg im Rahmen der Tötungsdelikte missverstanden, wie es *Mühlbauer* im Schlusssatz seiner einschlägigen Monographie treffend ausgedrückt hat: „Vor dem Tötungsvorsatz steht zwar eine Hemmschwellentheorie, eine Hemmschwelle jedoch nicht.“³ Das Urteil des Senats enthält deshalb – auch für die juristische Ausbildung – eine wichtige Richtigstellung.

Ihm lag ein gar nicht ungewöhnlicher, zudem vordergründig rechtlich eindeutig erscheinender Sachverhalt zu Grunde: Der Angeklagte hatte sich wegen versuchten Mordes und anderem⁴ vor dem Schwurgericht zu verantworten. Nach den Feststellungen der Schwurgerichtskammer hatte es in einer Diskothek Streit zwischen dritten Personen gegeben, in den sich sowohl der Angeklagte (mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,58 ‰) als auch der Nebenkläger, sein späteres Opfer, einmischten. Schließlich kam es zwischen Angeklagtem und Nebenkläger zu wechselseitigen Beleidigungen; der Angeklagte schlug dem Nebenkläger ins Gesicht, bevor Türsteher die zwei Streitenden trennten. Nach einer etwa 20-

minütigen Unterbrechung lebte die Auseinandersetzung vor der Diskothek erneut auf; diesmal schlug nach beiderseitigen Beleidigungen der Nebenkläger dem Angeklagten ins Gesicht. Wiederum gingen die Türsteher dazwischen. Kurze Zeit später griff der Nebenkläger den Angeklagten ein weiteres Mal an und schlug ihm erneut ins Gesicht. Es entwickelte sich jetzt eine Rangelei, bei welcher sich der Angeklagte als der körperlich Unterlegene erwies. Aber auch nun trennten wieder die herbeigeeilten Türsteher die Kampfhähne. Während der Angeklagte zunächst davonging, gesellte sich der Nebenkläger in Begleitung eines Freundes zu einer an einem Taxenstand versammelten Gruppe.⁵

Nach etwa einer Viertelstunde kam der Angeklagte plötzlich hinter einer Ecke hervor, lief von hinten auf den nichtsahnenden Nebenkläger zu und stach diesem mit den Worten „Verreck, Du Hurensohn“ ein Messer mit einer elf cm langen Doppelklinge so heftig in den Rücken, dass die achte Rippe durchtrennt wurde. Der Nebenkläger brach mit einem lebensgefährlichen Hämatothorax⁶ zusammen – er konnte nur durch eine unmittelbar anschließende Notoperation gerettet werden –, während sein Begleiter den Angeklagten zu überwältigen vermochte.⁷

Angesichts dieses Geschehens hätte vermutlich jeder unbefangene Beobachter eine Verurteilung wegen versuchten Mordes erwartet. Völlig überraschend verneinte das Schwurgericht indes einen Tötungsvorsatz des Angeklagten. Gegen einen solchen stünden der Umstand des nur einen einzigen vom Angeklagten ausgeführten Messerstiches sowie seine nicht unerhebliche Alkoholisierung. Vor diesem Hintergrund sowie unter Berücksichtigung der sog. „Hemmschwellentheorie“ sah das Schwurgericht „im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten einen Tötungsvorsatz als nicht mit letzter Sicherheit erwiesen an“⁸ und verurteilte ihn nur wegen der verbleibenden gefährlichen Körperverletzung.⁹ Diese Beweiswürdigung hielt der Senat für unzureichend, weshalb er das Urteil auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin aufhob und die

¹ Veröffentlicht in NJW 2012, 1524, und NStZ 2012, 384; ferner abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d817971a78c0c0f4db850393e47978e9&nr=59883&pos=5&anz=43>; Bespr. von *Jahn*, JuS 2012, 757; von *Heintschel-Heinegg*, JA 2012, 632; *Puppe*, JR 2012, 477.

² Vgl. *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 212 Rn. 10, 14 (in hohem Maße vage mit logisch-systematisch unklarer Verortung).

³ *Mühlbauer*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tötungshemmschwelle, 1998, S. 184.

⁴ Wegen eines weiteren, offenbar weniger gravierenden (und daher hier nicht zu besprechenden) Vorfalls war er noch wegen fahrlässiger Gefährdung des Straßenverkehrs verurteilt worden.

⁵ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 6.

⁶ Hämatothorax heißt in diesem Fall: Durch den Messerstich drang Luft in den Raum zwischen Rippen- und Lungenfell, in welchem Unterdruck herrscht, wodurch die Lunge überhaupt nur in ihrem normalen, aufgeblähten Zustand bleiben kann und nicht in sich zusammenfällt. Infolge der Eröffnung dieses Raumes und des nun fehlenden Unterdrucks kollabierte der eine Lungenflügel; zugleich füllte sich der entstandene Spalt mit Blut. Ohne notärztliche Versorgung wäre das Opfer vermutlich innerlich verblutet; ein Ersticken drohte jedenfalls nicht unmittelbar, weil der andere Lungenflügel intakt blieb.

⁷ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 7 f.

⁸ Zitat aus dem Urteil des Schwurgerichts nach BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 24.

⁹ Die Gesamtfreiheitsstrafe betrug fünf Jahre und einen Monat, wobei das Urteil nicht mitteilt, welche Einzelstrafe für die gefährliche Körperverletzung verhängt worden war. Außerdem wurde der Angeklagte zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) verurteilt.

Sache an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des LG zurückverwies.

II. Versuchte Tötung

1. Mordversuch

Angesichts des Tatgeschehens war – wie in der gutachterlichen Bearbeitung in Klausur oder Hausarbeit – vorrangig ein versuchter Mord zu erörtern. Dazu tritt in jedem Fall eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 5 StGB.

Als Mordmerkmale kamen Heimtücke¹⁰ (überraschender Angriff von hinten nach vermeintlich abgeschlossener vorheriger Auseinandersetzung) und niedrige Beweggründe¹¹ in Betracht, wobei man für die letzteren und die dazu erforderliche Gesamtwürdigung¹² in der Entscheidung des *Senats* noch zu wenig über die Gemütslage des Angeklagten erfährt. Immerhin war dieser vor dem Dolchstoß seinerseits zweimal vom körperlich überlegenen Nebenkläger attackiert worden und diesem am Ende unterlegen, was er offenbar als demütigend empfand. Das rechtfertigt seine Reaktion zwar in keiner Weise, mag sie aber – möglicherweise – wenigstens als menschlich noch nachfühlbar erscheinen lassen¹³ und damit eine Wertung als „nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe stehen[d]“¹⁴ hindern.

Die Verneinung eines versuchten Tötungsdelikts (gleichgültig, ob man es nun als Mord- oder Totschlagsversuch einstuft) blieb angesichts der Tatumstände überhaupt nur an zwei Stellen theoretisch vorstellbar: beim Tötungsvorsatz und infolge eines etwaigen Rücktritts vom Versuch (§ 24 Abs. 1 S. 1 StGB). Dabei liegt, um es vorweg zu nehmen, ein freiwilliger Rücktritt eher fern. Zum einen erscheint schon ein noch unbeendeter Versuch¹⁵ angesichts der massiven Gewaltanwendung und ihrer sofort sichtbaren Wirkung fragwürdig, zum anderen fehlte es jedenfalls an der Freiwilligkeit eines Verzichts auf weitere Messerstiche, nachdem das Einschreiten des Begleiters des Nebenklägers weiteren Angriffen auf diesen im Wege stand.¹⁶

¹⁰ Zu den Anforderungen an Heimtücke siehe *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester – Besonderer Teil, 2009, Rn. 123 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. Aufl. 2009, § 2 Rn. 43 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl. 2011, § 4 Rn. 23 ff.

¹¹ Dazu näher *Heghmanns* (Fn. 10), Rn. 220 ff.; *Rengier* (Fn. 10), § 4 Rn. 16 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 10), § 2 Rn. 37 ff.

¹² BGHSt 35, 116 (127); 47, 128 (130); BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 24; *Heghmanns* (Fn. 10), Rn. 225; *Rengier* (Fn. 10), § 4 Rn. 16.

¹³ Vgl. die nicht unähnliche Situation in BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 36; ferner *Rengier* (Fn. 10), § 4 Rn. 17.

¹⁴ BGHSt 3, 132 (133); 47, 128 (130).

¹⁵ Bei Annahme eines beendeten Versuchs fehlte es an der erforderlichen aktiven Rücktrittshandlung des Angeklagten.

¹⁶ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 30.

2. Der Nachweis bedingten Tötungsvorsatzes

Die im Ergebnis alleinige Schaltstelle zwischen Tötungsversuch in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung einerseits oder bloßer gefährlicher Körperverletzung andererseits lag daher angesichts der Fallgestaltung tatsächlich bei der Frage nach einem (bedingten) Tötungsvorsatz. Wenn dazu in universitären Strafrechtsklausuren oft „mundgerechte“ Informationen über die jeweilige Tätervorstellung geliefert werden (z.B.: „Dabei nahm er den Tod des Opfers billigend in Kauf“), so spiegelt dies eine Klarheit vor, die in der Realität allzu häufig Utopie bleibt. Sieht man einmal vom – eher seltenen – Exemplar des vollständig Geständigen ab, steht der Richter regelmäßig einem entweder bestreitenden („Den Tod des Nebenklägers habe ich nicht gewollt und ich habe nicht einmal gedacht, er könne an dem Stich sterben, ich wollte ihm doch nur eine Lehre erteilen“) oder einem gänzlich schweigenden Angeklagten gegenüber.¹⁷ In beiden Fällen (und manchmal auch in Klausuren, so ist zur Ehrenrettung mancher Aufgabensteller zu sagen, die auch in universitären Klausuren auf unrealistische Beschreibungen der Tätervorstellungen verzichten) ist man deshalb darauf verwiesen, aus dem objektiv sichtbaren Geschehen auf die verborgene subjektive Tätervorstellung zur Tatzeit rückzuschließen.

Diese Notwendigkeit besteht dabei völlig unabhängig davon, welche konkreten Anforderungen an einen bedingten Vorsatz man aus den zahlreichen, zu seiner Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit entwickelten Theorien ableiten will. Im Kern geht es dabei um die Fragen nach einer Berechtigung und ggf. nach einer präzisen Beschreibung des voluntativen Vorsatzelementes, das man etwa als Billigung, Ernstnahme oder Gleichgültigkeit definieren mag, während das Erfordernis eines kognitiven Elements (das Erkennen der Todesgefährlichkeit des eigenen Verhaltens) heute unbestritten ist. Diese Vorfrage der Definition des bedingten Vorsatzes führt aber für die folgende eigentliche Subsumtionsleistung zu keinen wesentlichen methodischen Unterschieden: Was auch immer für einen bedingten Vorsatz im Einzelnen verlangt wird, seine Existenz in der Tätervorstellung bleibt aus den objektiven Tatumständen zu folgern. Deshalb soll an dieser Stelle auch auf eine eingehendere Darstellung der divergierenden Vorsatztheorien verzichtet und den folgenden Überlegungen der Einfachheit halber diejenige Definition des bedingten Vorsatzes zu Grunde gelegt werden, welche auch der *Senat* und mit ihm ein nicht unerheblicher Teil des Schrifttums vertritt. Danach handelt bedingt vorsätzlich, wer die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt und dennoch handelt, wobei er den Erfolgseintritt zwar vielleicht nicht gutheißt, aber bereit ist, ihn um seiner eigentlichen Handlungsziele willen notfalls in Kauf zu nehmen.¹⁸

¹⁷ Wie es im konkreten Fall war, ist nicht bekannt; geständig war der Angeklagte jedenfalls nicht.

¹⁸ BGHSt 7, 363 (369); BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 1 und 6; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 299 f.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012, § 14 Rn. 26 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 27.

Hat man hierzu keine (oder nur ungläubhafte) Äußerungen des Angeklagten, so erlaubt wie gesagt allein sein Verhalten zur Tatzeit Aufschlüsse darüber, ob er während des Messerstichs eine derartige Haltung zum möglichen Tode seines Opfers einnahm. Im vorliegenden Fall waren dies, wie der *Senat* betont, insb. die Wucht des Messerstichs und seine Stoßrichtung, die eine tödliche Wirkung objektiv nahelegten.¹⁹ Ob auch der Angeklagte diese potenzielle Tödlichkeit erkannt hatte (kognitives Vorsatzelement), müsste nun erwogen werden. Handelt es sich um einen intellektuell normal entwickelten Menschen, so bestehen daran zunächst einmal keine prinzipiellen Bedenken. Situativ hinderte ihn an der Wahrnehmung seiner Handlung und ihrer möglichen Folgen allenfalls seine Alkoholisierung, die aber zu unerheblich erscheint, um seine Wahrnehmungsfähigkeiten in einem Maße herabzusetzen, welches ihn (im Sinne des kognitiven Vorsatzelementes) gehindert hätte, sein Handeln intellektuell ausreichend zu erfassen, zumal er trinkgewohnt gewesen sein soll.²⁰

Ein Indiz für das voluntative Vorsatzelement, ja sogar für einen direkten Tötungsvorsatz, mag man in der Äußerung „Verreck, [...]“ sehen, welche der *Senat* mehrmals erwähnt.²¹ Allerdings ist hier Vorsicht geboten, denn solche Worte sagen sich leicht und unbedacht daher; man muss sie nicht immer wörtlich meinen und darf ihnen deshalb als Richter keine allzu große Bedeutung beimessen, wie es auch der *Senat* offenbar nicht tut.²² Genauso wenig wäre es zulässig, Rückschlüsse auf den Tatvorsatz aus den mitgeteilten Vorauffälligkeiten des Angeklagten zu ziehen, obschon diese einem unkritischeren Betrachter durchaus zu denken geben mögen. Er wies nämlich zwei Vorstrafen wegen Körperverletzung auf, wobei er in einem Fall mit einem Schraubendreher in den Bauch seines Opfers gestochen und im zweiten Fall seine Lebensgefährtin heftig gewürgt hatte. Schlussendlich hatte er nicht einmal eine Woche vor der verfahrensgegenständlichen Tat ebenfalls in einer Diskothek einem anderen Besucher gedroht, er werde ihn abstechen.²³ Wenngleich und warum auch immer der *Senat* diese Details einleitend erwähnt: Er scheint ihnen ebenfalls keine Bedeutung für den Vorsatz beizumessen und auch dies zu Recht. Denn selbst wenn der Angeklagte grundsätzlich gewaltgeneigt (gewesen) sein mag und selbst wenn bisherige Taten ebenfalls Tötungsphantasien oder -in-

tionen nahelegen sollten, so lässt dies indes nichts für seine Vorstellungen *zur Tatzeit* erkennen. Erstens ist die Vergangenheit vergangen und der Angeklagte ist für sein jetzt gezeigtes, womöglich ganz anders motiviertes Verhalten zur Rechenschaft zu ziehen. Zweitens existiert kein Erfahrungssatz der Art „Einmal ein Mörder, immer ein Mörder“, und drittens gilt auch für einschlägig Vorbestrafte immer noch die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK).

Aber selbst bei dem deshalb nur einen verbleibenden Indiz, der Wucht und Gefährlichkeit des Messerstichs, hegt der *Senat* im Unterschied zum Schwurgericht offenbar nicht die geringsten Zweifel an einem darin zum Ausdruck gelangenden Tötungsvorsatz.²⁴ Die vom Schwurgericht ins Feld geführten Gegenindizien weist er zutreffend und deutlich zurück: Weder der Umstand des nur einen Messerstichs (der offenbar ja genügte und den zu wiederholen dem Angeklagten dank des Begleiters des Nebenklägers ohnehin verwehrt war²⁵) noch die Alkoholisierung (die im Allgemeinen eher enthemmend wirkt, als gegen die billigende Inkaufnahme eines Tötungserfolges, im Sinne des voluntativen Vorsatzelementes, zu sprechen²⁶) erscheinen ihm geeignet, das gewonnene Bild eines bedingt vorsätzlich handelnden Angeklagten ernsthaft in Frage zu stellen.

Im Ergebnis folgert der *Senat* damit das voluntative Vorsatzelement gleichfalls aus der Gefährlichkeit der Tathandlung. Eine derartige normative Zuschreibung begrüßt *Roxin* nachdrücklich und veranschaulicht sie mit folgenden Worten: „Wer also einen anderen aus kurzer Entfernung in den Kopf schießt oder ihm ein Messer durch die Brust stößt, wird mit dem Einwand, er habe auf einen glücklichen Ausgang vertraut, nicht gehört.“²⁷ Wenn sich der *Senat* diese normative Sicht nunmehr zu eigen macht und das Vertrauen auf ein Überleben des Opfers auch bei dem in Rede stehenden Stich in den Lungenbereich ausschließt, so ist dagegen methodisch wie im Ergebnis wenig einzuwenden.

III. Die Absage an die sog. „Hemmschwellentheorie“

Anschließend befasst sich der *Senat* mit den – anscheinend sehr knappen und eher schlagwortartigen – Hinweisen des Schwurgerichts auf die „Hemmschwellentheorie“,²⁸ welche offenbar für dessen Zweifel an einem Nachweis „mit letzter Sicherheit“²⁹ verantwortlich war. Er referiert dazu die bisherige einschlägige Rechtsprechung und deutet deren Judikate als bloße Anweisung, angesichts einer für Tötungsdelikte deutlich höheren Hemmschwelle besonders sorgfältig alle Tatumstände zu berücksichtigen.³⁰ Der Richter habe sich immer die Möglichkeit vor Augen zu halten, der Täter könne die Todesgefahr verkannt oder wenigstens auf ein Ausbleiben des als möglich erkannten Todes vertraut haben. Im Ergebnis ändere

¹⁹ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 29 f.

²⁰ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 28.

²¹ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 28, 36, bei letzterer als Hinweis für die spätere Neuverhandlung der Sache, die betreffende Äußerung könne ggf. sogar direkten Tötungsvorsatz nahelegen. Das ist missverständlich und nur im Kern richtig: Sobald erst einmal bedingter Tötungsvorsatz anderweitig nachgewiesen wäre, mag die Begleitäußerung das Mehr zum unbedingten Tötungsvorsatz belegen. Für den Nachweis, überhaupt eine Tötung in Kauf genommen zu haben, taugt sie indes aus den sogleich genannten Gründen nichts.

²² Vgl. BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 24 ff. Der erwähnten Äußerung misst der *Senat* offenkundig für seine Einschätzung kaum Bedeutung bei.

²³ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 3.

²⁴ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 30.

²⁵ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 30.

²⁶ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 35.

²⁷ *Roxin* (Fn. 17), § 12 Rn. 32.

²⁸ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 31 ff.

²⁹ Zitat aus dem Urteil des Schwurgerichts nach BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 24.

³⁰ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 32.

das Postulat einer höheren Hemmschwelle aber nichts an den rechtlichen Voraussetzungen eines Tötungsvorsatzes³¹ und sei vielmehr als schlichter Hinweis auf § 261 StPO zu verstehen.³²

Dem *Senat* ist an dieser Stelle das Bemühen anzumerken, die bisherigen Hinweise der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf eine „Hemmschwelle“ in ihrer Bedeutung herunterzuspielen. Das kennzeichnet ihre argumentative Bedeutung zwar im Kern zutreffend, erklärt damit aber erst recht nicht, warum in der Vergangenheit gleichwohl eine solche Vielzahl an Entscheidungen des BGH – oft in wortgleichen Passagen – die angeblich höhere Hemmschwelle gegenüber der Tötung eines Menschen überhaupt erwähnt hatten, um daraus abzuleiten, die Gefährlichkeit der Handlung alleine lasse noch nicht auf den Tötungsvorsatz, insb. nicht auf dessen voluntatives Element schließen.³³ Im Grunde wollten die Revisionsgerichte den Tatgerichten nämlich nur etwas ans Herz legen, was eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein sollte, und zwar alle relevanten Tatumstände umfassend und sorgfältig zu erwägen, wenn es darum geht, auf eine objektiv unsichtbare Tatsache wie die innere Einstellung eines Menschen zu schließen. Man könnte es auch umgekehrt formulieren, gewissermaßen als Verbot des (auch bei Studenten beliebten) „Schubladendenkens“: Der Tatrichter soll seine Betrachtung nicht auf ein einziges Argument (die Gefährlichkeit der Handlung) verkürzen, solange ihm noch andere Aspekte aus dem Sachverhalt zur ergänzenden Deutung zur Verfügung stehen. Die „Hemmschwelle“ diene in diesem Zusammenhang offenbar vor allem als schlagwortartiges Vehikel, welches die Dringlichkeit der Mahnung zur Sorgfalt besonders veranschaulichen sollte, ohne darüber hinaus eine veränderte Vorsatzabgrenzung zu intendieren.

Verfahren wie dieses veranschaulichen freilich, wie gefährlich das Schlagwort „Hemmschwelle“ in der Praxis gewirkt hat.³⁴ Denn offensichtlich hat das Schwurgericht mit umgekehrten Vorzeichen genau das getan, was es eigentlich gerade hätte unterlassen sollen, nämlich erneut eine „Schublade“ zu öffnen, allerdings diejenige der Vorsatzverneinung wegen der angeblich so hohen Hemmschwelle, sobald außer der Handlungsgefährlichkeit kein weiteres durchschlagendes Vorsatzindiz vorliegt, insb. kein Geständnis des Tötungswillens. (Miss-)Verstanden worden ist das Hemmschwellenargument daher zumindest als eine Beweisregel, wenn nicht sogar als Modifikation der Vorsatzdogmatik.³⁵

Für derartige Reaktionen der Praxis muss sich der BGH allerdings die Verantwortung zuschreiben lassen, weil das Pos-

tulat der besonderen Hemmschwelle vor der Tötung eines Menschen fälschlich suggeriert, im Kontext des Tötungsvorsatzes gälten eben doch andere Maßstäbe.³⁶ Das wird besonders in frühen, die Hemmschwelle ansprechenden Entscheidungen des BGH deutlich. So hat der 4. *Senat* in einer der allerersten „Hemmschwellen-Entscheidungen“ im Jahre 1982 formuliert, es stehe „vor dem Tötungsvorsatz [...] eine viel höhere Hemmungsschranke als vor dem Gefährdungsvorsatz. Die Grenzen der Schuldformen der bewußten Fahrlässigkeit und des bedingten Vorsatzes liegen hier besonders eng beieinander.“³⁷ Der zweite Teil dieser Formulierung erweist sich bei genauer Betrachtung als schlicht unsinnig, denn sollten etwa die Grenzen zwischen bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz z.B. bei den Körperverletzungsdelikten weiter auseinanderliegen als bei den Tötungsstraftaten, wo sie „besonders eng beieinander“ liegen? Gibt es denn etwa einen – je nach Delikt mehr oder weniger breiten – (strafrechtsfreien Zwischen-)Raum zwischen beiden Schuldformen?

Dieser Missverständnisse geradezu provozierende, später noch in ähnlicher Form zu findende Satz³⁸ wird in seiner verhängnisvollen Wirkung weiter verstärkt, indem die gebetsmühlenartige Betonung der höheren Hemmschwelle zu der Annahme verleitet, der Tötungsentschluss müsse ganz besondere Denkprozesse durchlaufen, die ihn gegenüber allen anderen Tatentschlüssen auszeichneten.³⁹ Das stimmt selbstverständlich in dieser Form ebenfalls nicht. Man mag schon zweifeln, ob die Hemmschwelle überhaupt vor dem *Vorsatz* (und nicht vor der *Handlung*) zu suchen ist.⁴⁰ Aber selbst wenn man sich auf das Modell einer Vorsatzschwelle einlässt, so mag man zwar noch mit einiger Plausibilität für den Durchschnittsfall eine Korrelation zwischen Deliktsschwere und Tathemmungen behaupten. Es wäre indes falsch, dabei die Tötung zu verabsolutieren, weil es neben ihr weitere schwere Straftaten gibt, die ähnliche Hemmungen auslösen werden, etwa die Vergewaltigung, die Geiselnahme, der (Bank-)Raub oder gemeingefährliche Taten nach den §§ 307, 313 StGB. Auch wirkt sicherlich nicht jeder vom Täter vorgestellte Mordverlauf gleichermaßen hemmend auf seinen Tatentschluss. Den Schuss aus der Ferne auf das kaum noch als individueller Mensch erkennbare Opfer abzugeben mag im Allgemeinen leichter fallen als das Abschlagen des unmittelbaren Gegenübers mittels eines Messers. Außerdem hängt die Höhe der individuellen Hemmschwelle vermutlich in viel stärkerem Maße als vom Unrechtsgehalt bestimmter

³¹ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 33.

³² BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 34.

³³ Ohne Anspruch auf Vollzähligkeit: BGHSt 36, 1 (15); BGH StV 1982, 509; BGH NStZ 1983, 407; BGH NStZ 1984, 19; BGH StV 1984, 187 f.; BGH StV 1994, 655; BGH NStZ-RR 1998, 101; BGH NStZ 2003, 431 f.; BGH NStZ 2010, 511 (512); BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 5, 8, 9, 12, 13, 24, 27, 30, 31, 35, 40, 41, 50, 51, 52, 54, 59, 62, 63.

³⁴ Vgl. *Verrel* NStZ 2004, 309 („kontraproduktives Eigenleben“); *Jahn*, JuS 2012, 757 (758: „wohlfeiles Schlagwort“).

³⁵ Dagegen zutreffend *Mühlbauer* (Fn. 3), S. 8 ff.

³⁶ So auch die Kritik, vgl. etwa *Sinn*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 125. Lfg., Stand: Oktober 2010, § 212 Rn. 32.

³⁷ BGH StV 1982, 509.

³⁸ BGH NStZ 1983, 407; BGH NStZ 1984, 19; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 8.

³⁹ Gelegentlich hat der BGH dies sogar selbst angedeutet, vgl. etwa BGHSt 38, 345 (350) zur Strafvereitelung durch Strafverteidiger, wo der 1. *Senat* davor warnt, Maßstäbe, „die weitgehend für den Bereich der Tötungsdelikte entwickelt worden sind, [dürften nicht] nicht formelhaft auf Fälle offener, mehrdeutiger Geschehen angewendet werden.“

⁴⁰ *Mühlbauer* (Fn. 3), S. 41 ff.

Delikte von den jeweiligen subjektiven Dispositionen der Täter ab, etwa von deren Charakter, Gewaltneigung und Vordelinquenz oder dem Vorhandensein von Affektzuständen⁴¹ sowie von hinzutretenden gruppenspezifischen Prozessen.⁴² Der fast ausschließliche Gebrauch des Hemmschwellenvokabulars im Kontext von Tötungsdelikten erweckt demgegenüber den falschen Eindruck, (nur) dort lägen die Dinge anders als bei der übrigen Kriminalität.

Dem BGH mag das schon früher aufgefallen sein, sah er sich doch nicht zum ersten Male zu Mahnungen veranlasst. Noch verhalten freilich hieß es 1993 (und ähnlich nochmals im Jahre 2000): „Diese zu Recht immer wieder erneuerten Hinweise [Anm.: auf die Hemmschwelle] dürfen jedoch nicht dahin mißverstanden werden, daß durch sie die gleichzeitig betonte Wertung der hohen und offensichtlichen Lebensgefährlichkeit von Gewalthandlungen als ein gewichtiges auf Tötungsvorsatz hinweisendes Beweisanzeichen [...] in der praktischen Rechtsanwendung in Frage gestellt werden sollte und daß dieser Beweisgrund den Schluß auf Tötungsvorsatz nie oder in aller Regel nicht tragen könne.“⁴³ Nachdem diese Worten offenbar ungehört verhallt waren, sah sich der Senat jetzt zu klareren Worten veranlasst, die in einem Satz gipfeln, der an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig läßt: „Der Hinweis des Landgerichts auf eine „Hemmschwellentheorie“ entbehrt somit jedes argumentativen Gewichts.“⁴⁴ Mit anderen Worten: Die „Hemmschwellentheorie“ hat nun endlich ihr verdientes Ende gefunden⁴⁵ und als Begründungstopos ausgedient.

IV. Folgerungen

Es bleibt die Mahnung zur sorgfältigen Würdigung des Sachverhalts. Wer sie leistet, braucht aber künftig, so bleibt zumindest zu hoffen, nicht mehr zu fürchten, sein Ergebnis – wie auch immer es ausfällt – werde wegen eines fehlenden Rekurses auf irgendeine Hemmschwelle kritisiert werden. Die Entscheidung des *Senats* ist somit uneingeschränkt zu begrüßen. Für die Zukunft verbietet sich damit nicht nur jede Erwähnung einer „Hemmschwellentheorie“. Vielmehr erscheint es angebracht, auf den Terminus der „besonderen Hemmschwelle“ gänzlich zu verzichten und stattdessen das Postulat einer erschöpfenden Arbeit am Sachverhalt, der sorgfältigen Erfassung jedes Indizes, welches irgendeinen Bezug zum Tatvorsatz aufweisen könnte, und dessen kritischer Analyse auf Aussage- und Beweiswert hin zu beherzi-

gen. Es gilt damit für die Tatgerichte ebenso wie für Klausuren und Hausarbeiten in der juristischen Ausbildung: Die Theorie selbst liefert noch keine Lösung; erst eine behutsame Deutung des Sachverhalts vermag diese schließlich zu entdecken.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

⁴¹ *Puppe*, NStZ 1992, 576 (577); ähnlich *Fahl*, NStZ 1997, 391 (392).

⁴² *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 212 Rn. 16.

⁴³ BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 35; ähnlich BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 51.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 35.

⁴⁵ Jedenfalls den „Anfang vom Ende [...] der Hemmschwellentheorie“ sieht auch v. *Heintschell-Heinegg* (JA 2012 632 [633]), welchen *Puppe* (NStZ 1992, 576 [577]) schon viel früher, aber damals wohl noch zu Unrecht, erkannt haben wollte, während *Verrel* (NStZ 2004, 309 [312]) ihn wohl erst in fernerer Zukunft erwartet hatte.

Entscheidungsanmerkung

Zur Strafbarkeit des unbemerkten Tankens an Selbstbedienungstankstellen

Wer an einer Selbstbedienungstankstelle tankt und vor dem Tankvorgang bereits den Entschluss gefasst hat, den Kraftstoff nicht zu bezahlen, macht sich in der Regel nicht des Diebstahls oder der Unterschlagung, sondern des Betruges schuldig. Bei unbemerktem Tankvorgang ist wegen Versuchs zu bestrafen. (Leitsatz des Verf.)

StGB §§ 23, 263, 242, 246
StPO § 354 Abs. 1, Abs. 1a

BGH, Beschl. v. 10.1.2012 – 4 StR 632/11¹

I. Einleitung

Der Unterschlagungstatbestand gehört zu den „tückischsten“ Straftatbeständen, denn seine Reichweite ist erheblich, seine Begriffsmerkmale sind umstritten und seine Struktur ist komplex. In der Fallprüfung wird er nicht selten übersehen oder aber „überstrapaziert“. Weitere Fallstricke lauern in der Subsidiaritätsklausel. Über § 246 StGB ist nun auch das LG Essen gestolpert, wenn es in Fällen des unbemerkten Tankens an Selbstbedienungstankstellen den Angekl. wegen Unterschlagung verurteilt hat.

Interessant sind aber auch die prozessualen Hintergründe des Falls, wenn der BGH eine Berichtigung des Schuldspruches vornimmt, ohne den Rechtsfolgenausspruch zu korrigieren.

II. Sachverhalt

Nach den von der Strafkammer getroffenen Feststellungen hatte der Angekl. seinen Pkw mit amtlichen Kennzeichen versehen, die er zuvor entwendet hatte, „damit er unerkannt ohne zu bezahlen tanken konnte“.² Entsprechend dieser Absicht hat er anschließend in sechs Fällen getankt, wobei die Strafkammer zum ersten dieser Fälle ausdrücklich mitteilt, dass nicht festgestellt werden konnte, ob die in der Tankstelle allein anwesende Kassierererin „den Vorgang bemerkt hat“.³ Zugunsten des Angekl. geht der BGH davon aus, dass in allen Fällen der Tankvorgang unbemerkt blieb.

III. Die Entscheidung

Der 4. Strafsenat des BGH änderte auf die Revision des Angekl. den Schuldspruch jeweils von Unterschlagung in versuchten Betrug ab. Im Übrigen hatte sie keinen Erfolg. Der Rechtsfolgenausspruch blieb unberührt.

¹ Die Entscheidung ist unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=9939ccefb67251255b36760fba10a62c&nr=59208&pos=0&anz=1> im Internet abrufbar und abgedruckt in NSTz 2012, 324.

² Vgl. BGH NSTz 2012, 324.

³ Vgl. BGH NSTz 2012, 324.

IV. Würdigung

1. Verfahrensrechtliche Besonderheiten

Ein Blick ins Gesetz genügt, um zu erkennen, dass es eine Vorschrift allein zur Berichtigung des Schuldspruches⁴ nicht gibt. § 354 StPO hat zwar eine eigene Sachentscheidung des BGH zum Inhalt, die jedoch mit einer Aufhebung des tatrichterlichen Urteils verbunden ist. In den Fällen der bloßen Schuldspruchberichtigung bleibt das tatrichterliche Urteil aber gerade bestehen. Hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruches wird vom BGH hypothetisch geprüft, ob die erkannte Strafe auch auf der Grundlage des geänderten rechtsfehlerfreien Schuldspruchs vom Tatgericht verhängt worden wäre. In diesen Fällen ist auch § 354 Abs. 1a StPO nicht anwendbar, weil diese Vorschrift allein Gesetzesverletzungen „bei Zumessung der Rechtsfolgen“ zum Gegenstand hat. Diese Sichtweise hatte das BVerfG⁵ im Jahr 2007 bestätigt und auch eine analoge Anwendung des § 354 Abs. 1a StPO verneint. Die Kombination von Schuldspruchberichtigung und Prüfung der Angemessenheit der verhängten Strafe führe dazu, dass die Revisionsgerichte eine umfassende Sachentscheidungskompetenz erhalten, die der Gesetzgeber so nicht gewollt habe. Von einer planwidrigen Regelungslücke als Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO könne nicht ausgegangen werden. Eine an teleologischen Gesichtspunkten ausgerichtete Norminterpretation scheitere als richterliche Rechtsfortbildung daran, dass diese unzulässig in die Kompetenz des demokratisch legitimierten Gesetzgebers eingreife.⁶ Die verfassungsrechtliche Dimension dieser Entscheidung ist enorm, denn eine eigene Rechtsfolgenentscheidung eines Revisionsgerichts bei geändertem Schuldspruch verletzt das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Nur ein Tatgericht kann die der Schuld des Täters angemessene Strafe festlegen. Ändert sich der Schuldspruch, sind dazu Feststellungen erforderlich, die ein Revisionsgericht in der Regel nicht treffen kann.

Aus Gründen der Verfahrensvereinfachung⁷ hat sich in der Praxis⁸ die analoge Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO

⁴ Vgl. grds. zur Schuldspruchberichtigung *Temming*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 354 Rn. 10 ff.; *Wiedner*, in: Graf (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2012, § 354 Rn. 34 ff.; *Kuckein*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 354 Rn. 15 ff.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 136, 1447/05 = NSTz 2007, 598 (gekürzt).

⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 136, 1447/05, Rn. 121.

⁷ *Meyer-Gofßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 354 Rn. 12; *Temming* (Fn. 4), § 354 Rn. 10.

⁸ Vgl. bspw. BGH NJW 1993, 2188; BGH NSTz 2008, 278; BGH, Beschl. v. 11.1.2012 – 1 StR 386/11 = BeckRS 2012, 05863; BGH, Beschl. v. 17.7.2012 – 3 StR 158/12 = BeckRS 2012, 18371; OLG Köln NJW 2002, 1059; zur Lit. vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 574; *Kuckein* (Fn. 4), § 354 Rn. 15 ff.; krit. *Paster/Sättele*, NSTz 2007, 609 (614 ff.).

durchgesetzt.⁹ Diese Praxis ist nicht unkritisiert geblieben,¹⁰ kann sie doch dazu führen, dass sich auch bei milderem Schuldspruch nichts an der ausgesprochenen Rechtsfolge ändert. Nicht zu übersehen ist auch, dass das Spannungsverhältnis zu dem Grundrecht auf den gesetzlichen Richter in gleicher Weise besteht wie bei § 354 Abs. 1a StPO. Die Praxis versucht dieses Problem dadurch zu entschärfen, dass die Prüfung des Strafausspruchs nicht als eigene Rechtsfolgenentscheidung ausgegeben wird. Vielmehr gehe es nur darum, ausschließen zu können, dass der Tatrichter, hätte er den Schuldspruch zutreffend gefasst, auf eine für den Angeklagten günstigere Rechtsfolge erkannt hätte, was eine Frage der Beruhensprüfung (§ 337 StPO) sei.¹¹ Das Revisionsgericht beurteilt also aus der hypothetischen Sicht des Tatrichters, ob dieser auf der Grundlage des geänderten Schuldspruchs auf dieselbe Rechtsfolge erkannt hätte.¹²

Im vorliegenden Fall dürfte die Schuldspruchänderung für das Strafmaß schon deshalb unbedeutend sein, weil der Angekl. unter anderem auch wegen mit den Tankvorgängen in Zusammenhang stehenden Urkundenfälschungen (Benutzung entwendeter KFZ-Kennzeichen zur Verschleierung der eigenen Identität) tateinheitlich (§ 52 StGB) verurteilt wurde. Der Strafraum war also aus dem § 267 StGB zu entnehmen.

2. Materiellrechtliche Probleme

Die Entscheidung betrifft die bekannte Diskussion um die strafrechtliche Einordnung des Tankens ohne Zahlungsbereitschaft an Selbstbedienungstankstellen.¹³ Vor dem Hintergrund objektiver (Tathergang) und subjektiver (Intention) Unterschiede in den Fällen, können verschiedene Fallgruppen gebildet werden. Zu unterscheiden sind in objektiver Hinsicht Konstellationen, in denen der Täter von dem Tankstelleninhaber oder dessen Mitarbeiter bemerkt oder unbemerkt tankt. In Bezug auf die Intention des Täters ist zu unterscheiden, ob er von vornherein vorhat, den Kraftstoff nicht zu bezahlen, oder ob die Zahlungsbereitschaft erst nach dem Einfüllvorgang entfällt.

Die Kombination von objektiven und subjektiven Merkmalen in den Fällen führt zu weiteren Untergruppen. In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Fallgruppe des unbeobachteten Tankens bei von Beginn an fehlender Zahlungsbereitschaft des Täters.

a) Diebstahl gemäß § 242 StGB

Ein Diebstahl an dem Kraftstoff setzt die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraus. Bei der Fremdheit des Kraftstoffs kommt es auf die konkrete Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts an der Tankstelle an, worüber nichts mitgeteilt ist. Ein Eigentumserwerb kraft Gesetzes durch Vermischung (§§ 947, 948 BGB) scheidet aus, da der bisherige Eigentümer auch Miteigentümer wird.¹⁴ Ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb (§§ 929 ff. BGB) vollzieht sich nach h.M. erst an der Kasse, wenn die Ware bezahlt wird.¹⁵ Der BGH lässt die Frage der Fremdheit ausdrücklich offen und geht im Zusammenhang mit dem Betrug und der Vermögensverfügung auf die davon abzugrenzende Wegnahme genauer ein. Interessant ist nun, dass er nicht auf das für den Abschluss einer Wegnahme genügende Einverständnis beim Einfüllvorgang abstellt, sondern aus dem äußeren Erscheinungsbild die wesentlichen Schlussfolgerungen trifft: „Aus dem äußeren Erscheinungsbild der Tathandlungen folgt bei natürlicher Betrachtungsweise, dass es sich hier um ein durch Täuschung bewirktes Geben und nicht um ein Nehmen im Sinne eines Gewahrsamsbruchs handelt. Ob mit dem Einfüllen bereits das Eigentum an dem Benzin erlangt wird, kann dabei dahingestellt bleiben.“¹⁶ Das ist ein Argumentationsmuster, das aus der Abgrenzungsdogmatik zwischen dem Raub und der räuberischen Erpressung bekannt ist.¹⁷ Es hier zu bemühen, ist überflüssig, kommt es doch nur darauf an, ob der Täter den Gewahrsam an dem Kraftstoff gebrochen hat. Den Gewahrsam zu brechen bedeutet, gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers zu handeln.¹⁸ Selbstverständlich ist der Tankstelleninhaber oder dessen Mitarbeiter mit dem Einfüllvorgang einverstanden. Inhalt des Geschäftsmodells einer SB-Tankstelle ist es gerade, die Kosten zu senken und den Einfüllvorgang auf die Kunden zu verlagern.

⁹ Vgl. BGH NStZ 2008, 278; OLG Köln NJW 2002, 1059; vgl. zusammenfassend Bock, JA 2011, 134 (136 f.).

¹⁰ Beulke, in: Dölling/Götting/Meier/Verrel (Hrsg.), Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, 2010, S. 963; Geerds, JZ 1968, 393; Paster/Sättele, NStZ 2007, 609 (614 ff.).

¹¹ BGHSt 49, 371 (372).

¹² Krit. zu Recht Hanack, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 25. Aufl. 2003, § 354 Rn. 14a; Foth, NStZ 1992, 444 (445); Hanack, StV 1993, 63 (64 f.).

¹³ Grds. dazu vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 242 Rn. 24; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 242 Rn. 36 f.; Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2012, § 242 Rn. 118; Schroeder, JuS 1984, 846; Chalarambakis, MDR 1985, 975; Lange/Trost, JuS 2003, 961.

¹⁴ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, § 5 Rn. 6; v. Heintschel-Heinegg, JA 2012, 305 (306); Hoffmann-Holland/Singelnstein/Simonis, JA 2009, 513 (516); Lange/Trost, JuS 2003, 964; Deutscher, JA 1983, 125.

¹⁵ Vgl. Rengier (Fn. 14), § 5 Rn. 6; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2010, Rn. 184; Vogel (Fn. 13), § 246 Rn. 8; Eser/Bosch (Fn. 13), § 246 Rn. 7, § 242 Rn. 36; OLG Hamm NStZ 1983, 266; Borchert/Hellmann, NJW 1983, 2799; zu den Fällen eines Eigentumsvorbehalts vgl. Faust, JuS 2011, 929 (931).

¹⁶ BGH NStZ 2012, 324.

¹⁷ Vgl. Sinn, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 133. Lfg., Stand: April 2012, § 249 Rn. 23 ff. m.w.N.

¹⁸ Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl. 2013, § 242 Rn. 41; ders., in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 242 Rn. 41; BGHSt 8, 273 (276).

Auch bei einer Bedientankstelle verfängt diese Abgrenzungshilfe nicht, denn entweder wird das Einverständnis in den Gewahrsamsübergang erschlichen, wenn der Tankstelleninhaber das Benzin selbst einfüllt, oder aber dessen Mitarbeiter sind ermächtigt, das Benzin einzufüllen, was zum Einverständnis und damit zur Verneinung einer Wegnahme führt. Also auch für eine Abgrenzung von Betrug und Trickdiebstahl ist eine Orientierung am äußeren Erscheinungsbild überflüssig, ja verwirrend.

b) Betrug gemäß § 263 StGB

Innerhalb des Betruges ist nun von Bedeutung, ob der Täter von vornherein vorhatte, den Kraftstoff nicht zu bezahlen, oder er erst später – nach dem Einfüllvorgang – den Entschluss dazu fasste und ob der Tankvorgang vom Tankstelleninhaber oder dessen Personal bemerkt wurde. Voraussetzung für einen Betrug ist die Täuschung einer anderen Person. Indem der Täter „als Kunde auftritt und sich wie ein solcher verhält, bringt er – jedenfalls in der Regel – durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck, dass er das Benzin nach dessen Erhalt bezahlen werde.“¹⁹ Im Kern geht es also um eine konkludente Täuschung.²⁰ Dies ist eine Form der Täuschung durch Tun ohne dass der Täter etwas ausdrücklich erklärt. Vielmehr erklärt der Täter durch sein Verhalten etwas, und der Inhalt dieser Erklärung wird aus dem Kommunikationszusammenhang geschlossen. In den Fällen des Selbstbedienungstankens besteht der Kommunikationszusammenhang darin, dass typischerweise Kraftstoffe an Tankstellen verkauft (§ 433 ff. BGB) werden. Wer dementsprechend Benzin in den Tank füllt, erklärt damit auch seine Zahlungsbereitschaft. Hat der Täter vor dem Einfüllvorgang bereits den Entschluss gefasst, nicht zu zahlen, erweckt er bei dem Tankstelleninhaber oder dessen Personal einen entsprechenden Irrtum. Das setzt natürlich voraus, dass er dabei vom Tankstelleninhaber oder dessen Personal bemerkt wird, denn irren können sich nur Personen, die eine Täuschungshandlung wahrgenommen haben.²¹ Die Vermögensverfügung besteht in dem Gestatten des Besitzübergangs an dem Kraftstoff und der Vermögensschaden in der Erlangung des Besitzes. Nach Bejahung aller weiteren Deliktsmerkmale liegt ein vollendeter Betrug vor. Wird der Entschluss, den Kraftstoff nicht zu bezahlen, erst nach dem Einfüllvorgang gefasst, scheidet mangels einer Täuschung ein Betrug aus. In Frage kommt dann nur noch eine Unterschlagung.²²

Im vorliegenden Fall ist der BGH zugunsten des Angekl. davon ausgegangen, dass der Tankvorgang unbemerkt blieb. Damit scheidet ein vollendeter Betrug aus und es kommt ein versuchter Betrug in Frage.

c) Unterschlagung gemäß § 246 StGB

Wie gesehen hat der BGH das Urteil des LG Essen im Schuldanspruch berichtigt, soweit der Angekl. wegen Unterschlagung verurteilt wurde. Dem ist zuzustimmen. Der Rechtsfehler liegt darin, dass das LG die Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 a. E. StGB fehlerhaft anwendete.

Wie dargelegt, ist das unbemerkte Tanken an einer SB-Tankstelle bei fehlender anfänglicher Zahlungsbereitschaft als versuchter Betrug zu bestrafen. Eine Unterschlagung kommt daneben nicht in Frage, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“. Diese Subsidiaritätsklausel wurde im Zuge des 6. Strafrechtsreformgesetzes in § 246 StGB aufgenommen, weil durch den Wegfall des Besitz- und Gewahrsamerfordernisses der Unterschlagungstatbestand einen sehr weiten Anwendungsbereich erhalten hatte.²³ Nach der Neufassung kommt es nur noch darauf an, ob sich der Täter die Sache zueignet hat. Diese Zueignung kann auch „versteckt“ in anderen Tatbeständen enthalten sein,²⁴ so dass es einer Bestrafung wegen einer Unterschlagung nicht bedarf. Der Gesetzgeber hat dies mit der Wendung „die Tat“ zum Ausdruck gebracht. Gemeint ist damit „dieselbe Tat“²⁵ im Sinne der materiellrechtlichen Tateinheit.²⁶ Entscheidend ist also, ob ein Fall sog. Gleichzeitigkeit vorliegt,²⁷ denn der Streit um die wiederholte Zueignung wird von der Subsidiaritätsklausel nicht entschieden²⁸ und bleibt weiterhin aktuell.²⁹ Diese Komplexität innerhalb der Subsidiaritätsklausel hat das LG Essen nicht aufgelöst, weshalb der BGH korrigierend eingreifen musste: „Da der Täter schon beim Einfüllen mit dem Willen handelt, sich das Benzin zuzueignen, kommt eine Bestrafung wegen Unterschlagung schon wegen deren Subsidiarität (§ 246 Abs. 1 StGB) auch dann nicht in Betracht, wenn er durch den – versuchten oder vollendeten – Betrug nur den Besitz und nicht bereits das Eigentum an diesem erlangt.“³⁰ Das bedeutet, dass die Zueignung bereits in der Erlangung des Besitzes zu sehen ist. In dem Einfüllvorgang ist die Zueignung des Kraftstoffes als Manifestation des Zueignungswillens³¹ zu sehen, gleich welcher Ansicht man zum Zueignungsbegriff folgen will.³² Die

²³ Vgl. dazu *Hohmann*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 246 Rn. 4 ff.

²⁴ Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 15), Rn. 277; *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 490.

²⁵ *Eser/Bosch* (Fn. 13), § 246 Rn. 32.

²⁶ *Rengier* (Fn. 14), § 5 Rn. 29; zum Verhältnis zu den Nicht-Vermögensdelikten vgl. BGHSt 47, 243; krit. dazu *Otto*, NStZ 2003, 87.

²⁷ Zu den Gleichzeitigkeitsfällen vgl. *Murmann*, NStZ 1999, 14 (16 f.).

²⁸ Vgl. *Fischer* (Fn. 13), § 246 Rn. 15.

²⁹ Ebenso *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2010, § 246 Rn. 8 und 15.

³⁰ BGH NStZ 2012, 324; zum Ganzen BGH NJW 1983, 2827; vgl. auch BGH NStZ 2009, 694 – jeweils m.w.N.

³¹ Vgl. dazu *Wittig* (Fn. 29), § 246 Rn. 3 ff. und *Sinn*, NStZ 2002, 64.

³² Vgl. dazu den Überblick bei *Kudlich*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 21), § 246 Rn. 10 ff.

¹⁹ BGH NJW 1983, 2827; vgl. auch OLG Köln NJW 2002, 1059 f.; BGH NStZ 2012, 324.

²⁰ Vgl. dazu *Fischer* (Fn. 13), § 263 Rn. 21 ff. (33).

²¹ *Satzger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 263 Rn. 72 m.w.N.

²² *Rengier* (Fn. 14), § 5 Rn. 6; *Streng*, JuS 2002, 455; OLG Koblenz NStZ-RR 1998, 364; vgl. auch *Baier*, JA 1999, 366 f.

Zueignung ist bereits mit dem (versuchten) Betrug als beim Täter eingetretener Vermögensvorteil erfasst, was die Subsidiaritätsklausel auslöst. Eine Verurteilung wegen Unterschlagung kam also nicht in Frage.

V. Fazit

Die Entscheidung des BGH zeigt, dass auch bekannte und viel diskutierte und dokumentierte Fallgestaltungen immer wieder Anlass zur revisionsrechtlichen Korrektur geben. Die Unterschlagung hat durch den Wegfall des Besitz- und Gewahrsamerfordernisses erheblich an Reichweite gewonnen, was zum Bedeutungsgewinn der Subsidiaritätsklausel in sog. Gleichzeitigkeitsfällen³³ führt.

Das Ziel einer Revision ist nicht, dem Angekl. einen „Gewinn“ zu verschaffen, sondern Rechtsfehler aufzudecken und, soweit der BGH dazu eine Kompetenz hat, diese selbst zu beseitigen. Soweit der Schuldspruch berichtigt wird, dient dies der richtigen Rechtsanwendung, das ist natürlich nicht zu beanstanden. Soweit der BGH eine Kompetenz für sich beansprucht, den Strafausspruch vor dem Hintergrund des berichtigten Schuldspruchs zu überprüfen, gerät er in Konflikt mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter. In der vorliegenden Konstellation können die Schwierigkeiten einzelfallbedingt überwunden werden, aber das Problem wird sich erneut stellen.

Prof. Dr. Arndt Sinn, Osnabrück

³³ Vgl. *Murmann*, NStZ 1999, 14 (16 f.).

Entscheidungsanmerkung

Zum Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung

Raub und räuberische Erpressung sind auch weiterhin nach dem äußeren Erscheinungsbild abzugrenzen (Leitsatz des Verf.)

StGB §§ 249, 253, 255

BGH, Beschl. v. 8.11.2011 – 3 StR 316/11¹

Das Verhältnis von Raub (§ 249 StGB) und räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) wird in der Literatur und Rechtsprechung seit jeher kontrovers diskutiert. Während die Rechtsprechung² und Teile der Literatur³ in der räuberischen Erpressung den Grundtatbestand des Raubes sehen, geht die überwiegende Literatur⁴ von einem Exklusivitätsverhältnis der beiden Tatbestände aus. In dem vorliegend Beschluss⁵ ist der Bundesgerichtshof im Ergebnis der überwiegenden Literaturansicht gefolgt und hat sich somit in Widerspruch zu seiner bisherigen gefestigten Rechtsprechung gesetzt. Es stellt sich daher die Frage, ob mit dieser Entscheidung eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung einhergeht und die kontroverse Diskussion ein Ende gefunden hat.

I. Inhalt der aktuellen Entscheidung

In seiner aktuellen Entscheidung⁶ hat der Bundesgerichtshof ohne nähere Begründung eine Entscheidung zur Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung getroffen. Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Angeklagten B, S und Y überfielen zusammen aufgrund eines gemeinsamen Tatplans nachts auf offener Straße zwei Passanten. Während Y dem Zeugen K ein Teppichmesser an den Hals hielt und S dessen Tasche durchwühlte, forderte B von der Zeugin L die Herausgabe ihrer Handtasche. L

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=adbc86554a4f64cc747080ffd15d977&nr=58326&pos=0&anz=1&blank=1.pdf> und abgedruckt in StV 2012, 153.

² Vgl. BGHSt 7, 252 (254); 14, 386 (390); 25, 225 (228); 41, 123 (125); 42, 196 (199); BGH NStZ-RR 97, 321.

³ Vgl. Sinn, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 120. Lfg., Stand: November 2009, § 249 Rn. 27a, der jedoch in Bezug auf die Duldung eine Spezialität ablehnt.

⁴ Vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 253 Rn. 8 f.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 253 Rn. 3; Sander, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 253 Rn. 13 ff.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 35. Aufl. 2012, Rn. 708 ff. m.w.N.

⁵ BGH StV 2012, 153.

⁶ BGH StV 2012, 153; Vorinstanz LG Düsseldorf, Urt. v. 26.5.2011 – 20 KLS 9/11.

hatte das Teppichmesser zwar nicht gesehen, gab aber aufgrund der von ihr als bedrohlich eingeschätzten Situation die Handtasche heraus, aus welcher der Angeklagte B das Portemonnaie mit 50 € Bargeld, Kredit- und EC-Karten sowie Ausweispapiere entnahm. Gleichzeitig gelang es K, an einem Haus zu klingeln. Beim Erscheinen einer Person flüchteten die Täter, ohne K etwas entwendet zu haben.

Der Bundesgerichtshof gelangt hinsichtlich des Verhaltens der Angeklagten gegenüber dem Zeugen K zu einer Strafbarkeit wegen gemeinschaftlichen versuchten besonders schweren Raubes gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23, 25 Abs. 2 StGB. Zudem nimmt er hinsichtlich des Verhaltens der Angeklagten gegenüber der Zeugin L eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangenen schweren Raubes gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 25 Abs. 1 StGB an.

Das Ergebnis des Bundesgerichtshofs in Bezug auf das Verhalten der Angeklagten gegenüber der Zeugin L verwundert, betrachtet man den bisherigen Meinungsstand in der Rechtsprechung und Literatur zur Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung.

II. Bisheriger Meinungsstand

Die kontroversen Meinungsbilder in Rechtsprechung und Literatur zu den Straftatbeständen von Raub (§ 249 StGB) und räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) führen zu divergierenden Verhältnissen der Tatbestände zueinander.

1. Herrschende Literaturmeinung

Die herrschende Meinung in der Literatur⁷ sieht im Raub und in der räuberischen Erpressung einander ausschließende Tatbestände (sog. Exklusivitätsverhältnis).

Der Tatbestand der räuberischen Erpressung verlangt in §§ 253, 255 StGB als abgenötigtes Verhalten eine Handlung, Duldung oder Unterlassung. Nach der herrschenden Verfügungstheorie muss dieses abgenötigte Verhalten eine Vermögensverfügung sein.⁸ Begründet wird dieses systematisch mit der „strukturellen Parallelität“ zwischen Betrug (§ 263 StGB) und Erpressung (§ 253 StGB).⁹ Da es sich sowohl beim Betrug als auch bei der räuberischen Erpressung um ein Selbstschädigungsdelikt handele, komme als Nötigungsmittel ausschließlich eine willensbeugende Gewalt (vis compulsiva) in Betracht, also eine Gewalt, die noch Raum für eine Willensbetätigung des Opfers lasse.¹⁰ Wendet der Täter hingegen willensbrechende Gewalt (vis absoluta) an, also eine Gewalt,

⁷ Vgl. Eser (Fn. 3), § 249 Rn. 2 und § 253 Rn. 8 f.; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 253 Rn. 3; Sander (Fn. 3), § 253 Rn. 13; Wessels/Hillenkamp (Fn. 3), Rn. 708 ff. m.w.N.

⁸ Vgl. Tenckhoff, JR 1974, 489; Rengier, JuS 1981, 654 (661); Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 42 Rn. 6.

⁹ Vgl. Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2010, § 253 Rn. 5.1; zusammenfassende Argumente bei Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 406 ff.; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, § 11 Rn. 25 ff.

¹⁰ Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 253 Rn. 5.

die jede Willensbetätigung des Opfers und damit eine Verfügung unmöglich macht, scheidet eine Anwendung der §§ 253, 255 StGB aus.¹¹ Die Literatur befürchtet anderenfalls ein Leerlaufen des Raubtatbestandes (§ 249 StGB) im Verhältnis zur räuberischen Erpressung (§§ 253, 255 StGB).¹² Zudem habe der Verzicht auf das Erfordernis einer Vermögensverfügung eine unangemessene Erhöhung von Strafdrohungen zur Folge.¹³

Konsequenterweise erfolgt die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung deshalb nach der inneren Willensrichtung des Opfers. Hält das Opfer seine Mitwirkung für erforderlich (sog. Schlüsselstellung), so stelle diese eine Vermögensverfügung im Sinne des Erpressungstatbestandes (§ 253 StGB) dar und führe daher zu einer strafbaren räuberischen Erpressung.¹⁴ Das äußere Erscheinungsbild der Tat soll hier nach unbeachtlich sein. Glaube das Opfer hingegen, auf den Gewahrsamsverlust ohnehin keinerlei Einfluss nehmen zu können und es werde diesen ohnehin verlieren, so liege auch nach der Ansicht der Literatur eine strafbare Wegnahme im Sinne des Raubtatbestandes (§ 249 Abs. 1 StGB) vor, selbst wenn sich das Tatgeschehen nach dem äußeren Erscheinungsbild als Geben darstellen sollte.¹⁵

Vor diesem Hintergrund ist nach der h.L. das Verhalten der Angeklagten gegenüber der Zeugin L im vom BGH zu entscheidenden Fall daher als strafbare Wegnahme im Sinne des Raubtatbestandes (§ 249 Abs. 1 StGB) zu qualifizieren. Dies ist deshalb der Fall, weil L die Gesamtsituation als bedrohlich einschätzte und glaubte auf den Gewahrsamsverlust ihrer Tasche und den darin befindlichen Wertsachen ohnehin keinen Einfluss zu haben und diesen, notfalls durch ein Entreißen des Angeklagten B, zu verlieren. Sie hielt damit den Verlust ihrer Wertsachen und der Tasche für unvermeidlich, weshalb sich das Gesamtgeschehen aus der Opfersicht als Wegnahme darstellt. Die vom BGH festgestellte Strafbarkeit der Angeklagten wegen mittäterschaftlich begangenen schweren Raubes gemäß §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 25 Abs. 1 StGB entspricht folglich der Literaturmeinung.

2. Bisherige Rechtsprechung und Teile der Literatur

Demgegenüber sah die bisherige Rechtsprechung¹⁶ und ein Teil der Literatur¹⁷ im Raubtatbestand einen Spezialfall der

räuberischen Erpressung. Im Gegensatz zur überwiegenden Literatur sei zur Verwirklichung der Erpressungstatbestände (§§ 253, 255 StGB) jede Handlung, Duldung oder Unterlassung ausreichend, die jedoch nicht zwangsläufig in einer Vermögensverfügung liegen müsse. Zur Begründung wurde zunächst auf den Gesetzeswortlaut des Erpressungstatbestandes (§ 253 StGB) verwiesen, der im Gegensatz zum Betrugstatbestand (§ 263 StGB) keine ausdrückliche Vermögensverfügung fordere.¹⁸ Zudem sei der zu besonders massiver Gewalt, zur vis absoluta, greifende Täter bei fehlender Zueignungsabsicht durch die herrschende Lehre zu Unrecht privilegiert.¹⁹ Bei der Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung sei deshalb konsequenterweise auf das äußere Tatgeschehen abzustellen.²⁰ Nimmt der Täter sich das Tatobjekt, so liegt eine Wegnahme im Sinne des Raubtatbestandes (§ 249 StGB) vor. Stellt sich die Tathandlung nach dem äußeren Erscheinungsbild hingegen als Geben des Tatobjekts durch das Tatopfer dar, so sind §§ 253, 255 StGB erfüllt.

Ausgehend von dieser Betrachtungsweise hätte der BGH bei der Strafbarkeit von B, S und Y in Bezug auf das Tatgeschehen gegenüber der Zeugin L zur Annahme einer räuberischen Erpressung gemäß §§ 253, 255 StGB gelangen müssen, wenn er ausführte:

„Die Zeugin [L; Anm. des Verf.] hatte zwar das Teppichmesser nicht gesehen, gab aber aufgrund der von ihr als gefährlich und bedrohlich eingeschätzten Situation die Handtasche *heraus*, aus welcher der Angeklagte B das Portemonnaie mit 50 € Bargeld, Kredit- und EC-Karten und Ausweispapieren entnahm.“²¹

Aufgrund dieser Feststellung stellt sich das äußere Erscheinungsbild beim Tatgeschehen als Herausgeben der Handtasche durch L dar. L gibt die Handtasche inklusive der darin befindlichen Wertsachen nach der Aufforderung des Angeklagten B an diesen heraus. Da aufgrund der dargelegten Meinung das äußere Erscheinungsbild allein für die Einordnung als Raub oder räuberischer Erpressung entscheidend ist, wäre aufgrund der Herausgabe der Tasche samt Inhalt durch die Zeugin L das Verhalten der Angeklagten als räuberische Erpressung einzustufen gewesen.

Den Anknüpfungspunkt für einen Gewahrsamsbruch im Sinne des Raubtatbestandes (§ 249 StGB) auf den Zeitpunkt der Herausnahme der Wertsachen aus der Handtasche durch B selbst zu verlegen, erscheint dagegen nicht sachgerecht. Die Zeugin B hat die vollständige Übertragung ihres Ge-

¹¹ Vgl. *Krey/Hellmann*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 15. Aufl. 2008, Rn. 296 ff.

¹² Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 253 Rn. 3; dagegen *Schöne-mann*, JA 1980, 486 (488).

¹³ Vgl. *Eser* (Fn. 3), § 253 Rn. 8; *Sander* (Fn. 3), § 253 Rn. 18; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 53 Rn. 4; *Rengier*, JuS 1981, 654 (659); krit. dazu *Erb*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 711 (S. 714 ff.).

¹⁴ Vgl. *Wittig* (Fn. 8), § 253 Rn. 6.

¹⁵ Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 3), Rn. 731; *Rengier* (Fn. 8), § 11 Rn. 33 ff. m.w.N.

¹⁶ Vgl. BGHSt 7, 252 (254); 14, 386 (390); 25, 225 (228); 41, 123 (125); 42, 196 (199); BGH NSTZ-RR 97, 321.

¹⁷ Vgl. *Sinn* (Fn. 2), § 249 Rn. 27a, der jedoch in Bezug auf die Duldung eine Spezialität ablehnt.

¹⁸ So selbst *Sander* (Fn. 3), § 253 Rn. 14; unter Hinweis auf den Irrtum als Motivation des Opfers für die Vermögensverfügung beim Betrug und den Zwang als Motivation für die Handlung des Opfers bei der Erpressung *Erb* (Fn. 13), S. 711 (S. 713 f.) m.w.N.

¹⁹ Vgl. BGH NJW 1960, 1729.

²⁰ BGH NSTZ 1999, 350 (351); BGH NSTZ-RR 1999, 103; vgl. auch *Sinn* (Fn. 2), § 253 Rn. 27a; *Sander* (Fn. 3), § 253 Rn. 21, der im Ergebnis dennoch eine Vermögensverfügung fordert.

²¹ BGH StV 2012, 153.

wahrsams an den Wertsachen in dem Augenblick verwirklicht, als sie ihre Handtasche an B herausgab. In diesem Augenblick erfolgte auch die Übertragung des Gewahrsams an der Handtasche selbst. In dieser Situation zwischen der Handtasche und den darin befindlichen Wertsachen zu differenzieren lässt sich vernünftigerweise nicht vertreten.²² Mit dem Ansichnehmen der Handtasche besaß B bereits die tatsächliche Sachherrschaft über die Tasche und deren Inhalt. Ein Hineingreifen in die Tasche, um an die Wertsachen zu gelangen, ist für den Gewahrsamswechsel daher irrelevant.

III. Bewertung

Es stellt sich mithin die Frage, ob der BGH mit der aktuellen Entscheidung einen Kurswechsel in seiner Rechtsprechung zum Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung vollziehen wollte.

Eine solche Deutung lässt sich der Entscheidung ausdrücklich jedoch nicht entnehmen. Vielmehr setzt sich der BGH zu keinem Zeitpunkt mit der Problematik rund um die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung auseinander. Er begnügt sich vielmehr mit der schlichten Annahme, bei dem Verhalten der Angeklagten gegenüber der Zeugin L handele es sich um einen Fall des mittäterschaftlich begangenen schweren Raubes.

Auch ein anderer Anknüpfungspunkt für die Tathandlung, welche die Annahme eines schweren Raubes rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Es wird vielmehr ausdrücklich auf die Herausgabe der Tasche durch L an den Angeklagten B abgestellt. Zudem lässt sich nicht erkennen, dass der BGH hinsichtlich der Wertgegenstände für die erforderliche Wegnahmehandlung beim schweren Raub auf den Zeitpunkt des Hineingreifens in die Tasche abstellt, da er auch hierzu keinerlei Angaben macht. Eine solche Differenzierung zwischen der Tasche und den darin befindlichen Wertsachen ließe sich, wie oben bereits dargelegt²³, vernünftigerweise auch nicht vertreten.

Eine Kursänderung des BGH zum Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung wird diese Entscheidung deshalb wohl nicht einläuten. Der BGH war in der Vergangenheit in seinen Entscheidungen stets bemüht, das Verhältnis von Raub (§ 249 StGB) und räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) genau zu erläutern, um seine differenzierte Ansicht im Vergleich zur überwiegenden Literaturmeinung zu begründen. Es darf daher bezweifelt werden, dass er ohne nähere Auseinandersetzung und ohne weitere Begründung, lediglich durch schlichte Feststellung auf die Linie der Literatur wechselt. Zumal durch eine solche Rechtsprechungsänderung das bisherige Normgefüge von Raub und räuberischer Erpressung auf den Kopf gestellt würde.

Der BGH scheint daher die Bedeutung der Problematik für den vorliegenden Fall schlicht übersehen zu haben.²⁴ Die in vorherigen Entscheidungen stets sorgfältig begründete Differenzierung von Raub und räuberischer Erpressung unterbleibt ohne jedwede Begründung gänzlich. Von einer Trend-

wende innerhalb der Rechtsprechung hin zur herrschenden Literaturmeinung kann dennoch wohl nicht gesprochen werden. Es bleibt jedoch zu wünschen, dass der BGH in zukünftigen Entscheidungen den erforderlichen Tatbeständen wieder mehr Aufmerksamkeit widmet und so zu mehr Rechtssicherheit innerhalb des juristischen Normgefüges beiträgt.

*Wiss. Mitarbeiter Torsten Bohnhorst, Osnabrück**

²² So auch *Jäger*, JA 2012, 307 (309).

²³ Vgl. II. 2.

²⁴ So auch *Jäger*, JA 2012, 307 (310).

* Der *Autor* ist Rechtsanwalt und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht sowie Strafrechtsvergleichung von Prof. *Dr. Arndt Sinn* an der Universität Osnabrück.

Entscheidungsanmerkung

Anruf bei der Notrufstelle der Polizei als Spontanäußerung

1. Weder telefonische Mitteilungen bei der Notrufstelle der Polizei, wenn diese während des Gesprächs keine Einzelheiten zum Tatgeschehen abfragt, noch Spontanäußerungen gegenüber am Tatort eintreffenden Polizeibeamten sind Äußerungen im Rahmen einer Vernehmung, weshalb es nicht gegen § 252 StPO verstößt, derart erlangte Tatsachen zu verwerten.

**2. § 252 StPO gilt nicht für Befundtatsachen, die ein Sachverständiger feststellt.
(Leitsätze des Bearb.)**

StPO §§ 252, 81c, 52

OLG Hamm, Beschl. v. 24.5.2011 – III-2 RVs 20/11¹

I. Sachverhalt

Während eines Streits hatte der Angeklagte vorsätzlich seine Ehefrau zunächst mehrfach ins Gesicht geschlagen und anschließend bis hin zur Bewusstlosigkeit gewürgt. Das Landgericht verwarf die Berufung des Angeklagten gegen das auf vorsätzliche Körperverletzung lautende Urteil des Amtsgerichts und verurteilte den Angeklagten darüber hinaus wegen gefährlicher Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Da die Ehefrau sowohl in der erst- als auch in der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung nach § 52 StPO das Zeugnis verweigert hatte, stützte die Berufungskammer sich bei ihren Urteilsfeststellungen maßgeblich auf die Angaben, die die Ehefrau während des Notruftelefonats gemacht hatte. Der den Notruf aufnehmende Beamte hatte lediglich kurze Nachfragen gestellt, um sich ein Bild von der Situation zu machen, insbesondere um herauszufinden, ob ein Notfall vorlag und welche polizeilichen Maßnahmen zu ergreifen waren. Zudem verwertete das Gericht Angaben, die die Ehefrau spontan und in einem „nicht zu bremsenden Redeschwall“ gegenüber den Polizeibeamten gemacht hatte, die unmittelbar nach dem Notruf am Tatort eintrafen. Das Landgericht stützte sein Urteil schließlich auch auf Lichtbilder, die ein gerichtsmedizinischer Sachverständiger angefertigt hatte und auf denen die Verletzungen der Ehefrau zu erkennen waren.

Gegen das Urteil legte der Angeklagte Revision ein und rügte einen Verstoß gegen § 252 StPO bezüglich der Aussagen der Ehefrau sowie einen Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus §§ 81c Abs. 3, 52 Abs. 3 StPO bezüglich der von dem Sachverständigen angefertigten Lichtbildaufnahmen. Das OLG Hamm hat die Revision verworfen.

II. Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung des OLG Hamm ist nicht nur für die Praxis relevant, sondern auch für die juristische Ausbildung bedeutsam und von hoher Examensrelevanz. Denn Grund und Grenzen eines aus § 252 StPO folgenden Beweisverwertungsverbots zählen zu den zentralen Problemen der StPO.

Kein Zeuge, dem ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, ist verpflichtet, bei seiner Vernehmung Angaben zur Sache zu machen. Dieses Recht gewährt § 52 Abs. 1 StPO, der es mit seiner Nr. 2 auf Ehegatten erstreckt. Weil nicht jeder Zeugnisverweigerungsberechtigte darüber Bescheid weiß, sieht § 52 Abs. 3 S. 1 StPO vor, dass ein solcher Zeuge vor seiner Vernehmung entsprechend zu belehren ist. Unterbleibt die Belehrung, führt dies grundsätzlich zur Unverwertbarkeit der gewonnenen Angaben.²

Wer trotz einer solchen Belehrung als Zeuge bei seiner Vernehmung Angaben macht, die einen beschuldigten Angehörigen betreffen, kann seine Aussage grundsätzlich folgenlos zurücknehmen; die gemachten Angaben dürfen dann nicht verwendet werden.³ Dieses Recht gewährt § 252 StPO, der festlegt, dass „die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, [...] nicht verlesen werden“ darf.

§ 252 greift sogar dann, wenn das Angehörigenverhältnis erst nach der Vernehmung entsteht:⁴ Hat etwa die spätere Verlobte vor Verurteilung beigetragen, weil sie vor der Verlobung etwas Belastendes ausgesagt hat, wird das die Beziehung nicht gerade stärken. Genau vor solchen Situationen sollen die §§ 52, 252 StPO schützen,⁵ nämlich vor Konflikten, die sich aus der Wahrheitspflicht eines Zeugen einerseits und aus seiner familiären Verbundenheit mit dem Beschuldigten andererseits ergeben.⁶ In solchen Fällen räumt der Gesetzgeber dem Interesse des Zeugen, ein Familienmitglied nicht belasten zu müssen, Vorrang ein gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Sachaufklärung.⁷

² Vgl. nur *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 52 Rn. 32. Das gilt nicht für den Fall des wahrheitswidrigen Verschweigens von Umständen, die eine Belehrung erfordert hätten, so z.B. bei einem Verlöbnis (vgl. BGH NJW 2003, 2619).

³ Man ist sich einig, dass § 252 StPO ein umfassendes Beweisverwertungsverbot enthält (ausführlich *Ranft*, NJW 2001, 1305). Die Rechtsprechung lässt die Vernehmung der Vernehmungsperson allerdings für den Fall zu, dass es sich bei dem Vernehmenden um einen Richter handelt. Begründet wird dies damit, dass richterliche Vernehmungen größeres Vertrauen genießen als nichtrichterliche (st. Rspr., s. etwa BGH NJW 1962, 1875). Freilich verkennt der BGH, dass es darum bei § 252 StPO gar nicht geht: Das Verwertungsverbot besteht ja nicht deshalb, weil der Wert der Vernehmung zweifelhaft ist, sondern zum Schutz des Angehörigenverhältnisses (s. dazu *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 410).

⁴ S. BGH NJW 1977, 2365.

⁵ Hierzu *Otte*, in: *Radtke/Hohmann* (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2011, § 52 Rn. 1.

⁶ S. nur BGH NJW 1994, 2904; BGH NJW 1998, 2229 (2230).

⁷ Hierzu *Sander/Cirener*, in: *Erb u.a.* (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2010, § 252 Rn. 7.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in *NSStZ* 2012, 53.

1. Verwertbarkeit der Angaben beim Notruf

Wer den der Entscheidung des OLG Hamm zugrundeliegenden Sachverhalt § 252 StPO subsumieren möchte, muss klären, ob es sich bei den Äußerungen der Ehefrau beim Notruftelefonat um die „Aussage eines [...] vernommenen Zeugen“ (*Hervorhebung des Verf.*) handelt. In welchen Fällen eine Vernehmung vorliegt, beurteilt die herrschende Meinung nach dem sogenannten formellen Vernehmungsbegriff. Danach handelt es sich bei einer Vernehmung um eine Befragung, die von einem Staatsorgan in amtlicher Funktion durchgeführt wird mit dem Ziel der Gewinnung einer Aussage.⁸ Darunter fallen auch solche Äußerungen, die ein Zeuge gegenüber einem Ermittlungsbeamten auf Befragen bei einer informatorischen Anhörung oder sonst in vernehmungähnlicher Situation gemacht hat. Nicht erfasst werden demnach Äußerungen, die ein Zeuge gegenüber V-Leuten⁹ macht, weil ein V-Mann (oder eine V-Frau) dem Aussagenden gerade nicht in amtlicher Eigenschaft offen gegenübertritt.¹⁰

In amtlicher Eigenschaft wird auch ein Polizeibeamter tätig, der einen Notruf entgegennimmt oder am Tatort erscheint. Aber das allein entscheidet noch nicht darüber, ob ihm gegenüber gemachte Äußerungen anlässlich einer Vernehmung abgegeben wurden. Im Gegenteil: Wenn jemand gegenüber einer Amtsperson aus freien Stücken und ohne vorausgehende Befragung Angaben macht, dann handelt es sich nicht um eine Vernehmung. Die Rede ist in solchen Konstellationen von einer „Spontanäußerung“, die § 252 StPO gerade nicht erfasst.

Angaben, die freiwillig und spontan bei einem Notruf erfolgen, sind als solche „Spontanäußerung“ zu werten. Die Abgrenzung zwischen spontanen Angaben und einer amtlichen Befragung ist nicht immer ganz einfach, weshalb der BGH eine genaue Überprüfung von Inhalt und näheren Umständen der fraglichen Äußerung fordert.¹¹ Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der den Notruf entgegennehmende Polizeibeamte gerade keine Einzelheiten zum Tatgeschehen abgefragt, sondern lediglich Fragen gestellt, die darauf abzielten zu klären, „ob ein Notfall vorlag, eine behördliche

Hilfeleistung erforderlich war und wo sich Opfer und mutmaßlicher Täter zum Zeitpunkt des Anrufs aufhielten.“¹² Die Entscheidung, dass § 252 StPO einer Verwertung der Angaben der Ehefrau nicht entgegensteht, war damit richtig.

Soweit der Entscheidung des OLG Hamm allerdings entnommen werden sollte, dass die Grenze zwischen Spontanäußerung und Vernehmung schematisch dort zu ziehen sei, wo der Beamte beginnt, Fragen zum Tatgeschehen zu stellen, müsste dieser Interpretation entgegengetreten werden. Schon bei der Frage „was los sei“ ist ein Grad erreicht, der die Befragung zu einer Vernehmung macht.¹³

2. Aussagen am Tatort

Man ist sich einig, dass der Passus „darf nicht verlesen werden“ zu deuten ist als „darf nicht verwertet werden“. Andernfalls wäre § 252 StPO nämlich überflüssig, weil schon § 250 S. 2 StPO die Verlesung von schriftlichen Erklärungen untersagt, die von einem Zeugen stammen, der von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Abgesehen davon wäre das Verbot auch wertlos, wenn etwa der Richter denjenigen, der damals vernommen hat, befragen dürfte, was der jetzt Schweigende damals gesagt hat. § 252 StPO statuiert deshalb ein umfassendes Verwertungsverbot. Abgesichert werden damit die Zeugnisverweigerungsrechte. Sollen sie doch gewährleisten, „dass der zur Zeugnisverweigerung Berechtigte bis zur Hauptverhandlung frei entscheiden kann, ob seine frühere, vielleicht voreilige oder unbedachte, Aussage verwertet werden darf“.¹⁴

Noch bevor die eingetroffenen Beamten Fragen zum Tathergang stellen konnten, gab die Ehefrau des Angeklagten Erklärungen ab. Das ist der klassische Fall einer Spontanäußerung, die § 252 StPO nicht unterfällt. Dass es anschließend im Wohnzimmer der Zeugin zu einer förmlichen Vernehmung kam, steht der Verwertbarkeit nicht entgegen, weil sich in diesem Fall das Verwertungsverbot aus § 252 StPO nur auf die im Rahmen der Vernehmung getätigten Aussagen und nicht auf zuvor erfolgte Spontanäußerungen bezieht.¹⁵

3. Verwertbarkeit der Lichtbilder

Soweit die Revision die Verwertung von Lichtbildern und die dazu erfolgte Anhörung eines Sachverständigen rügt, führt das OLG Hamm Folgendes aus:

„Ohne Rechtsfehler hat das LG auch die vom gerichtsmedizinischen Sachverständigen S gefertigten Lichtbilder von den

⁸ Vgl. BGH NJW 1994, 2904; OLG Saarbrücken NJW 2008, 1396; *Jahn*, JuS 2012, 369.

⁹ Personen, die nicht einer Strafverfolgungsbehörde angehören, aber gleichwohl bereit sind, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich (ggf. mit Geheimhaltung der Identität) zu unterstützen (RiStBV Nr. 2.2., Anl. D). Zum Unterschied von V-Personen, Verdeckten Ermittlern, nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (NoeP oder NOP), Informanten und Lockspitzeln: *Putzke/Scheinfeld* (Fn. 3), Rn. 215.

¹⁰ Ein anderes Ergebnis ergäbe sich aber unter Berücksichtigung des „materiellen Vernehmungsbegriffs“, nach dem eine Vernehmung vorliegt, wenn ein rollenmäßig befugtes Prozessorgan, das nicht notwendig als solches nach außen in Erscheinung treten muss, eine Entäußerung von Wissen veranlasst (vgl. *Dencker*, StV 1994, 667 [674]; instruktiv *Neuhaus*, Kriminalistik 1995, 787).

¹¹ S. BGH NJW 1998, 2229 (2230); zutr. krit. zur gleichzeitig postulierten Darlegungspflicht im Rahmen einer Verfahrensrüge nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO: *Jahn*, JuS 2012, 369 (370).

¹² OLG Hamm NStZ 2012, 53.

¹³ Anders aber BGH NStZ 1986, 232; krit. dazu *Julius*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 252 Rn. 6 a.E., der in Grenzfällen nicht auf den Befragungscharakter oder die Spontanität des Gesprächs abstellen will, sondern darauf, „ob sich der Zeuge auf Grund der Umstände in einer Druck- und Konfliktlage befand“. Dieser Ansatz lässt sich allerdings nur über eine Analogie zu § 252 StPO rechtfertigen, denn der Wortlaut („vernommenen Zeugen“) lässt es nicht zu, solche Umstände als maßgeblich anzusehen.

¹⁴ BGH NJW 2003, 2619 (2620).

¹⁵ Vgl. *Sander/Cirener* (Fn. 7), § 252 Rn. 39.

Verletzungen der Zeugin A beweismäßig verwertet. Insoweit handelt es sich um sog. Befundtatsachen. Diese sind Anknüpfungstatsachen für das Gutachten, die der Sachverständige auf Grund seiner Sachkunde selbst festgestellt hat. [...] Hinsichtlich solcher Befundtatsachen gilt § 252 StPO nicht [...].“

Zunächst zur Erläuterung: Ein Gutachter zieht seine Schlüsse aus Tatsachen (sog. Anknüpfungstatsachen). Zum einen können diese vom Gericht vorgegeben werden. Zum andern kann er sie aber auch selbst herausfinden. Ermittelt oder erkennt er bestimmte Tatsachen allein aufgrund seiner Sachkunde, ist die Rede von Befundtatsachen.¹⁶ Erfährt der Sachverständige hingegen Tatsachen, die ebenso gut auch das Gericht mit den ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnis- und Beweismitteln hätte herausfinden können, so heißen diese Anknüpfungstatsachen Zusatztatsachen.¹⁷ Die Unterscheidung ist wichtig für die Beweisverwertung: Befundtatsachen darf das Gericht ohne weitere Beweisaufnahme in die Urteilsbildung einfließen lassen; bei Zusatztatsachen muss entweder die Auskunftsperson des Gutachters oder der Gutachter selbst als Zeuge vernommen werden.¹⁸

Die Annahme des OLG Hamm, dass solche Befundtatsachen nicht von § 252 StPO erfasst werden,¹⁹ ist nicht überzeugend. Zwar trifft es zu, dass eine direkte Anwendung am Wortlaut des § 252 StPO scheitert: Ein fotografiertes Zeuge ist nun einmal kein vernommener Zeuge. Allerdings drängt sich geradezu auf, § 252 StPO in solchen Konstellationen analog anzuwenden.²⁰ Es ist kein sachlicher Grund erkennbar, der es rechtfertigt, die Beschreibung eines blauen Flecks durch einen Zeugen, der sein Zeugnis verweigern darf, anders zu behandeln als die Anhörung eines Sachverständigen, der den blauen Fleck zuvor in Augenschein genommen hat.

Die Verwertung der Lichtbilder gerät aber noch aus einem weiteren Grund ins Zwielficht. Der Revisionsführer hat nämlich auch eine unterbliebene Belehrung hinsichtlich des Untersuchungsverweigerungsrechts als Verstoß gegen § 81c Abs. 3 StPO gerügt. Dazu das OLG:

„Soweit die Revision des Angekl. darüber hinaus die fehlende Belehrung der Zeugin vor ihrer Untersuchung durch den Sachverständigen rügt, zeigt dies keinen Rechtsfehler auf, da § 252 StPO im Rahmen körperlicher Untersuchungen nach § 81c StPO keine Anwendung findet.“

Das ist irreführend und wird der Rechtslage nicht gerecht. Es geht hier ja gar nicht um § 252 StPO, sondern um einen originären Verstoß gegen § 81c Abs. 3 S. 1 und 2 Hs. 2 i.V.m. § 52 Abs. 3 S. 1 StPO. Der Betroffene ist in allen Fällen über sein Verweigerungsrecht nach § 81c Abs. 3 S. 1 zu belehren

– selbst wenn er freiwillig bereit war, sich untersuchen zu lassen.²¹ Es hat bislang niemand ernsthaft daran gerüttelt, dass das Unterlassen der Belehrung zu einem Beweisverwertungsverbot führt.²²

Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau

¹⁶ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 28 Rn. 21.

¹⁷ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 8. Aufl. 2012, Rn. 1611.

¹⁸ S. *Putzke/Scheinfeld* (Fn. 3), Rn. 179; dazu auch BGH NJW 1963, 401.

¹⁹ Ebenso etwa BGHSt 11, 97 (99); *Sander/Cirener* (Fn. 7), § 252 Rn. 42; *Meyer-Goßner* (Fn. 2), § 252 Rn. 10 m.w.N.

²⁰ Ebenso *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, § 252 Rn. 20.

²¹ *Brauer*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner (Fn. 13), § 81c Rn. 20.

²² S. nur BGHSt 12, 235 (242); *Meyer-Goßner* (Fn. 2), § 81c Rn. 32; *Mosbacher*, JuS 2012, 134 (136); *Neuhaus*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 81c Rn. 13.

Buchrezension

Sönke Gerhold/Bernd Hofer/Hege Ingwersen-Stück/Sönke E. Schulz, Formulare für Referendare, Nomos Verlag, Baden-Baden 2011, 202 S., € 24,-

Dieser erstmals aufgelegte Band aus der Reihe NomosReferendariat beschränkt die Zielgruppe ausdrücklich – bereits der Titel verrät dies ja – auf den Kreis der aktiven Referendare. Er möchte nach der Zielsetzung der *Autoren* Handwerkszeug für Stationsausbildung und Klausurvorbereitung sein. Er soll Sicherheit dadurch verleihen, dass er für vielfältige den Referendar im Laufe der Ausbildung ereilende Aufgabenstellungen einen „möglichst unangreifbaren Darstellungsvorschlag“ unterbreitet (Vorwort, S. 5). Er soll dem Umstand ein Ende machen, dass Referendare gezwungen sind, „sich die notwendigen Informationen mühsam aus den vielen verschiedenen Angeboten der Repetitoren und Verlage herausuchen zu müssen“ (ebd.). Diese Mühe zu ersparen gelingt zum Teil.

Die äußere *Form* folgt der gängigen Formatvorlage des Nomos-Verlags. Dies wird vereinzelt dort zum Hindernis, wo der Pendelblick zwischen Vorlage und Erläuterung durch ständig notwendiges Blättern verstellt ist. Hier wäre die Verwendung von Fußnoten übersichtlicher als die vorliegende Aufteilung nach Randnummern. Einige Versäumnisse in sprachlicher Hinsicht hätten zudem vor der Drucklegung nachgeholt werden können, gravieren aber nicht derart, dass sie den Umgang mit dem Buch nachhaltig beeinträchtigen.

Die Gesamtgliederung ist logisch und übersichtlich, so wie man es braucht, um aus dem Inhaltsverzeichnis an die richtige Stelle zu springen: Auf 61 Seiten wird, bearbeitet von der vorsitzenden Richterin am LG *Ingwersen-Stück* das zivilgerichtliche Verfahren zunächst allgemein, sodann aus anwaltlicher Sicht, letztlich als gerichtliche Aufgabenstellung dargestellt. Es folgen 53 Seiten Strafverfahren (*Gerhold*; Staatsanwalt – Strafrichter – Verteidiger) und darauf wiederum 61 Seiten über das verwaltungsrechtliche Verfahren (*Schulz* und *RA Hofer*; Anwalt – Behörde – Gericht). Etwas gewöhnungsbedürftig mag es sein, dass recht allgemeine Hinweise z.T. systemwidrig im „Besonderen Teil“ eingestreut werden (z.B. wird auf S. 48 noch einmal der Urteilsstil erläutert).

Im zivilrechtlichen Teil werden aus anwaltlicher Sicht verfahrenseinleitende Schriftsätze und Erwidierungen sowie zahlreiche praxisrelevante Mittel, den Rechtsstreit zu gestalten, zu erweitern oder zu beenden, mit eingängigen Begründungen des Ob (z.B. überflüssige Antragstellung, Rn. 31, Beitritt des Streitverkündeten, Rn. 37, Streitwertangabe im Eilverfahren, Rn. 48) und Wie (z.B. Bezeichnung der Parteien bei Klage und Widerklage, Rn. 84), vorgestellt. Einzelne Vorlagen konnten nicht aufgefunden werden (etwa die referendarpraktisch nicht gerade seltene Überleitung in das streitige Verfahren aus Anwaltssicht, der Beweisantrag oder die Darstellung eines guten Aktenvermerks zu einer umfangreichen Fragestellung). Die Darstellung aller Vorgänge konnte aber von 200 Seiten auch nicht erwartet werden, was der Vergleich mit den umfangreichen Praxis-Formularbüchern nachdrücklich belegt. Die zivilgerichtlichen Darstellungen (Tatbestand, Entschei-

dungsgründe etc., S. 46-82) ragen aus diesem Abschnitt positiv heraus.

Im strafrechtlichen Teil ist die Klausurrelevanz der Aufbauanregungen hoch, freilich ist eine Beiziehung des Werkes in der Klausur unzulässig. Anmerkungen wie „lesen Sie den Bearbeitervermerk“ (S. 83) erscheinen zum einen als zeilenfüllende Binsenweisheit, zum anderen in einem Formularbuch vielleicht deplatziert, deutet der Titel doch eher auf praktische Hilfestellungen hin, denn auf eine Anleitung zum Klausurschreiben. Die Darstellung von Ermittlungsverfügung und Einstellungsverfügung (S. 96 ff.) eignet sich zur Orientierung in der täglichen Praxis der Station sehr gut. Auch das Muster der Anklageschrift (S. 103 ff.) vermag als Checkliste bei der eigenen Tätigkeit in der Staatsanwaltschaft gut zu dienen. Dagegen ist die Darstellung des Plädoyers (S. 114) dem Sitzungsvertreter voraussichtlich nicht so hilfreich wie die (insoweit genaueren) Vorschläge der Mitbewerber am Markt.

Die Herangehensweise an öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art wird im dritten Abschnitt (ab S. 136) eingängig zusammengefasst und ist aus Sicht des Stationsreferendars positiv zu würdigen. Die beispielhaften Darstellungen von Entschließungen der Behörde nebst Begleitverfügungen sind sowohl zu Beginn der verwaltungspraktischen Ausbildung nutzbar zu machen, als auch geeignet, anhand ihrer auf wenigen Seiten den vorgegebenen Klausuraufbau schnell zu repetieren. Dies gilt für den gesamten verwaltungsrechtlichen Teil insoweit, als den Erläuterungen gegenüber dem praktischen Muster mehr Raum eingeräumt wird, als es in den vorangehenden Abschnitten praktiziert wird.

Der Nutzen des Büchleins ist nach seiner Zielsetzung zu beurteilen. Es soll das „Handwerkszeug“ in der Stationsausbildung und der Examensvorbereitung bereitstellen (Vorwort, S. 5). Für die *Stationsausbildung* ist es eine hilfreiche Unterstützung. Um in *Klausuren* zu bestehen, erscheint sein Nutzen geringer. Dort darf der Referendar das Buch selber nämlich gerade nicht als „Handwerkszeug“ benutzen, da dies zum Ausschluss von der Prüfung führen würde. Und zum Auswendiglernen oder Anleiten für Klausuren ist es weniger geeignet. Für die theoretische Arbeit des Referendars verkehrt sich nämlich der Vorteil des Buches – die Komprimierung relevanter Verhaltensanleitungen in ein Taschenbuchformat – in den Nachteil, dass es gewissermaßen „unlesbar“ ist. So wenig wie ein Lexikon als Roman dienen kann, vermag dieses als Nachschlagwerk aufgebaute Buch Qualitäten als Lehrbuch zu induzieren. Ein Durchlesen gleich einem Skript ist auch der an eine gewisse Monotonie der Ausbildung gewöhnten Zielgruppe nicht zumutbar. Vorgelegt wird mithin weder ein umfangreiches Lehrbuch, noch eine Schnellanleitung (Skript), noch ein jeder Prozesssituation gerecht werdendes Formularbuch. Es entspricht somit aber in Teilen dem Ansatz der *Autoren*, gerade die Notwendigkeit eines Zugriffs auf sämtliche dieser Hilfsmittel zu überwinden. Wenn die Anwender dem im Vorwort geäußerten Wunsch nach Feedback nachkommen, kann bereits die Folgeauflage zum zuverlässigen Helfer in der Not werden. Als Nachschlagwerk, das dem Referendar am Arbeitsplatz – zumal am Beginn der jeweiligen Station – auf die Sprünge helfen kann, dient es bereits in der Fassung von

2011. Gegen Ende des Referendariats kann es sich anbieten, die Erläuterungen zu einzelnen klausurrelevanten Verfahren einmal querzulesen, der Prüfungsvorbereitung dient es aber nur, wenn man bereits sprichwörtlich „weiß, was man tut“: Zum Lernen für den Anfänger sind die Erläuterungen zu Sinn und Zweck des Vorgehens zu knapp, ihm können aber gerade die Orientierungspunkte für den Aufbau eine gute Hilfe sein.

Die Kaufempfehlung wird hier unter Bezugnahme auf die vorstehenden Anmerkungen vom Charakter des Anwenders abhängig gemacht: Der ganz akribisch arbeitende Referendar wird zu einem der großen Formularbücher greifen. Wer die Stationsausbildung nur als Beiwerk betrachtet und „taucht“, wann immer es möglich ist – wovon ausdrücklich abgeraten wird – bedarf dieses Büchleins nicht. Allen dazwischen angesiedelten Referendar-Typen sei der Erwerb zwecks Arbeitserleichterung (vor allem zum jeweiligen Stationsbeginn) durchaus empfohlen.

Rechtsreferendar Dr. Armin Kockel, Hamburg

B u c h r e z e n s i o n

Max-Emanuel Geis, Examens-Repetitorium Staatsrecht, C.F. Müller, Heidelberg u.a. 2010, 281 S., kart., € 20,95.

Staatsrecht wird nach dem üblichen Studienverlauf in den ersten beiden Semestern behandelt und fristet im Hauptstudium im Verhältnis zum Verwaltungsrecht ein Schattendasein. Während in den Übungen regelmäßig Klausuren zu den Grundrechten gestellt werden, werden staatsorganisationsrechtliche Probleme oft nur am Rande gestreift. Die Examensvorbereitung im Staatsrecht muss demnach berücksichtigen, dass bei Studierenden mitunter erhebliche Wissenslücken existieren und teils lediglich rudimentäre Kenntnisse aus den Anfangssemestern vorhanden sind.

Einen schnellen Überblick über klausurrelevante Probleme des Staatsrechts bietet das Examens-Repetitorium von Geis. Anspruch des Buches ist es, eine „konzentrierte, zeitbewusste Examensvorbereitung zu ermöglichen“. Diesen Anspruch erfüllt das Examens-Repetitorium von Geis im Wesentlichen. Das Buch besetzt damit eine Marktlücke, da die Darstellungen zum Staatsrecht bislang eher für Studienanfänger geschrieben sind und – je nach Zeitbudget – zu ausführlich auf grundsätzliche Fragen eingehen.¹

Das Examens-Repetitorium Staatsrecht von Geis präsentiert den examensrelevanten Stoff im Staatsrecht in 21 Fällen. Das Schriftbild ist wie bei allen Werken aus der Unirep-Jura-Reihe angenehm zu lesen. Das Buch umfasst 275 Seiten, die – auch bedingt durch den nüchternen, leicht verständlichen Stil – in kurzer Zeit verarbeitet werden können. Die Schlagworte zu den Fällen sind einerseits nicht so konkret gewählt, dass die Lösung bereits offensichtlich ist, andererseits hinreichend präzise, um bei der schnellen Orientierung behilflich zu sein. Orientierung bietet auch ein Stichwortverzeichnis.

Inhaltlich sind wesentliche Teile des Staatsrechts behandelt. Die Fokussierung im grundrechtlichen Teil auf zentrale Grundrechte wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Berufsfreiheit und das Eigentumsgrundrecht erscheint sachgerecht. Auch der Teil zum Staatsorganisationsrecht vermittelt ein zuverlässiges Bild der Anforderungen im Staatsexamen. Die Fälle sind meist wichtigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nachgebildet. Behandelt werden unter anderem die Urteile zum Luftsicherheitsgesetz² und zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr³. Daneben enthält die Sammlung interessante Konstellationen zum Demokratieprinzip und zum Prüfungsrecht des Bundespräsidenten. Weitere Fälle sind besonders examensrelevanten Themen wie dem Untersuchungsausschussrecht und der Terrorismusbekämpfung gewidmet. Die fallbezogene Darstellung ermöglicht es, verfassungsprozessuale Probleme zu berücksichtigen. Vor dem Hintergrund des Verfahrens zum Euro-Rettungsschirm dürfte aktuell etwa die Herangehensweise an eine einstweilige An-

ordnung gemäß § 32 BVerfGG für Examenskandidaten von Interesse sein.

Wünschenswert wäre die Ergänzung durch einen Fall, der sich ausführlicher mit staatlichen Schutzpflichten auseinandersetzt. In der Erstaufgabe geht lediglich ein Fall kurz auf die verfassungsrechtliche Herleitung der Schutzpflichten ein. Die Fallbearbeitung verlässt in der Schutzpflichtenkonstellation die gewohnten Pfade.⁴ Eine Darstellung der Besonderheiten im Aufbau könnte Examenskandidaten die nötige Sicherheit im Umgang mit dieser Fallgestaltung vermitteln.

Die größte Stärke des Buches ist wohl der mögliche Trainingseffekt. Umfang und Tiefe der Fälle sind realistisch auf Examensniveau zugeschnitten. Zur Bearbeitung in Lerngruppen oder als Generalprobe vor dem Examen ist das Repetitorium von Geis daher optimal geeignet. Im direkten Vergleich mit anderen Fallbüchern fällt zudem auf, dass die Falllösungen nicht zu umfangreich sind und dadurch als Beispiel für eine angemessene Schwerpunktsetzung dienen können. Nur an manchen Stellen gehen die Ausführungen – aus nachvollziehbaren didaktischen Erwägungen – über das in Examensklausuren zu leistende Maß hinaus, etwa in der Aufbereitung des Meinungsstandes im Hinblick auf die Zulässigkeit der Rettungsfalter. Die Mischung aus klar strukturierter und dennoch nicht zu schematischer Falllösung ist gelungen. Besonders für Klausuren im Staatsorganisationsrecht ist dieser Aspekt von zentraler Bedeutung, da hier im Gegensatz zu Grundrechtsfällen kein feststehender Aufbau existiert.

Für Studierende ohne vertiefte Kenntnisse dürften die fallbezogenen Erläuterungen alleine zur Examensvorbereitung nicht ausreichen. Viele wichtige Fragen werden logischerweise nur en passant geklärt. Wer die Fälle ordentlich durcharbeitet, kann dennoch zumindest auf ein schnell aufbereitetes, im Fallaufbau vernetztes Wissen zurückgreifen.

Rechtsreferendar Florian Beck, Berlin

¹ Vgl. aber auch die nach Anspruchszielen geordnete Darstellung von Frenz, *Öffentliches Recht*, 5. Aufl. 2011.

² BVerfGE 115, 118.

³ BVerfGE 90, 286.

⁴ Vgl. die Ausführungen bei Epping, *Grundrechte*, 5. Aufl. 2012, Rn. 123 ff., 141 ff.

Herbstakademie für junge Juristen 2012 – ein Tagungsbericht

Von stud. iur. **Katharina Entrup**, Dipl.-Jur. **Ricarda-Charlotte Lorenz**, Münster

Interessante Vorträge renommierter Juristen, ein Besuch beim Bundesverfassungsgericht und beim Bundesgerichtshof – all das bot die „Herbstakademie Mietrecht für junge Juristen“ den ca. 50 Teilnehmern vom 7.10.2012 bis zum 10.10.2012 in Karlsruhe.

Organisatoren dieser in Deutschland einmaligen Veranstaltung waren, wie in den vergangenen Jahren, der Deutsche Mietgerichtstag e.V., vertreten durch seinen Vorsitzenden Herrn *Dr. Ulf Börstinghaus* (Richter am AG Dortmund), die Forschungsstelle für Immobilienrecht der Universität Bielefeld unter Leitung von Herrn Prof. *Dr. Markus Artz* und Prof. *Dr. Wolfgang Hau* von der Universität Passau. Sie haben es sich zur Aufgabe gemacht, interessierten Studenten und Referendaren einen umfassenden Überblick über das sehr praxisrelevante Mietrecht zu verschaffen, welches zunehmend auch in beiden juristischen Staatsexamina eine Rolle spielt. Zudem ist die Herbstakademie als Netzwerk für alle jene gedacht, die sich auch in Zukunft mit dem Mietrecht auseinandersetzen wollen, sei es im Rahmen einer Promotion, eines Praktikums oder in ihrer beruflichen Tätigkeit.

Die Herbstakademie begann am Abend des 7.10.2012 bei entspannter Atmosphäre mit einem Kennenlernen, bei dem die Teilnehmer aus ganz Deutschland von Herrn *Dr. Börstinghaus* herzlich begrüßt wurden.

Am nächsten Morgen startete das Programm in den Tagungsräumen der Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademie Baden mit Vorträgen von namhaften Juristen aus Wissenschaft und Praxis.

Nach einer kurzen Begrüßung durch Herrn Prof. *Dr. Artz* folgte der Vortrag über „Miete und Mieterhöhung“ von Herrn *Dr. Börstinghaus*. Im Fokus standen dabei die Zusammensetzung des Mietzinses sowie die Voraussetzungen einer Mieterhöhung.

Im Anschluss führte Herr *Hubert Blank* (Richter a.D. am LG Mannheim) in seinem Vortrag „Der Mietvertrag“ in dessen Grundsätze und seine Gestaltungsmöglichkeiten ein.

Nach der Mittagspause berichtete Herr Rechtsanwalt *Thomas Hannemann* (Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Mietrecht und Immobilien des DAV) über die spannenden Facetten eines mietrechtlichen Mandats. Schwerpunktmäßig ging er dabei auf die Fragen der Mandantenakquise und der Haftung des Anwalts ein.

In guter Erinnerung wird wohl allen die Besichtigung des Bundesverfassungsgerichtes am Nachmittag bleiben. Die Teilnehmer wurden von den Herren *Dr. Andreas Stadler* und *Markus Rauber* (Wissenschaftliche Mitarbeiter am BVerfG) durch die Räumlichkeiten des Bundesverfassungsgerichts am Dienstsitz „Waldstadt“ geführt. Neben der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts lernten die Teilnehmer auch die Architektur der Gerichtsgebäude kennen. Anschließend berichtete Bundesverfassungsrichterin *Monika Hermanns* (*Zweiter Senat*) im großen Sitzungssaal über ihren Arbeitsalltag als Richterin am obersten Bundesgericht und beantwortete bereitwillig alle Fragen.

Der zweite Tagungstag begann mit einem Vortrag von Herrn Prof. *Dr. Peter Derleder* (Universität Bremen) über „Die

mangelhafte Wohnung“. Anhand von exemplarischen Fällen zum Thema Mietmängelrecht erarbeiteten die Teilnehmer Lösungen zu praxisrelevanten Problemen. Der Klärungsbedarf dieser Fragen wurde unter anderem dadurch deutlich, dass es zwischen den Anwesenden zu einer regen Diskussion kam.

Anschließend referierte Herr *Dr. Dietrich Beyer* (Richter am BGH a.D.) über die „Beendigung des Mietverhältnisses“. Hierbei profitierten die Teilnehmer von dem Fachwissen, das Herr *Dr. Beyer* in seiner langjährigen Tätigkeit als Richter im *VIII. Zivilsenat* des Bundesgerichtshofs, welcher sich u.a. mit mietrechtlichen Fragestellungen beschäftigt, erworben hat. Zudem ermöglichte dies erste praktische Einblicke in die Arbeit eines Richters am Bundesgerichtshof.

Am Nachmittag fand der von Herrn Prof. *Dr. Wolfgang Hau* abgehaltene „Workshop Mietrechtsstreit“ statt. Dabei wurden vor allem prozessuale Probleme unter Bezugnahme auf den neusten Entwurf zur Änderung des Mietrechts erörtert.

Abgerundet wurde der lehrreiche Vortragstag durch ein gemeinsames Essen. Dies gab nochmals die Möglichkeit in einer angenehmen Atmosphäre mit allen anderen Teilnehmern und Referenten ins Gespräch zu kommen.

Am letzten Tagungstag stand ein weiteres Highlight an: Der Besuch des Bundesgerichtshofs. Den Teilnehmenden wurde die Möglichkeit geboten, einem Sitzungstag des *VIII. Zivilsenats* beizuwohnen. Vor den Verhandlungen führte Herr *Frank Zscheschack* (Wissenschaftlicher Mitarbeiter des BGH) in die Sachverhalte und die rechtlichen Probleme der Fälle ein. Im Anschluss daran bot sich noch die Gelegenheit, mit einem der 37 am BGH zugelassenen Anwälte zu sprechen. Prof. *Dr. Volker Vorwerk* erzählte zunächst von der Tätigkeit eines BGH-Anwalts und gab den Teilnehmenden die Möglichkeit Fragen zu stellen. Hinterher wurden die Teilnehmer von Herrn *Zscheschack* durch die Gebäude des Gerichts geführt, wobei sie neben den alten und neuen Sitzungssälen auch die beeindruckende Bibliothek des BGH, die als größte Gerichtsbibliothek der Bundesrepublik gilt, zu sehen bekamen.

Nach einer kurzen Abschlussbesprechung und einem gemeinsamen Mittagessen in der Kantine des Bundesgerichtshofs endete die Herbstakademie Mietrecht.

Durch lehrreiche Vorträge, spannende Besichtigungen und eine rundum angenehme und anregende Atmosphäre hat der diesjährige Mietgerichtstag, der erstmalig in Karlsruhe stattfand, überzeugt. Durch die großzügige Unterstützung des Deutschen Mietgerichtstages e.V. bot sich für im Mietrecht interessierte Studenten, Referendare und Doktoranden die Gelegenheit durch ein vielfältiges Programm vertiefte Einblicke in die Materie zu erlangen und bei freundlichen Gesprächen Kontakte zu knüpfen. Insgesamt lässt sich sagen: Ein voller Erfolg!