

HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

AUS DEM INHALT

Lars Regula

Ein Eurozonenbudget
als Option?

Julian Fresch

Wehrhaftes
Grundgesetz

Nina Rosa

Solidarität in Europa

Nils Winkler

Doping-Strafrecht als
„Allheilmittel“?

2019

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Stud. iur. Nina Rosa Solidarität in Europa – Eine Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Asylpolitik	1
Stud. iur. Julian Fresch Mehr als 70 Jahre wehrhaft gegenüber seinen Feinden: Das Grundgesetz	8
Die wehrhafte Demokratie als Gegenstand der Beratungen des Grundgesetzes	
Dipl.-Jur. Nils Winkler Doping-Strafrecht als „Allheilmittel“ für einen sauberen Sport?	14
Stud. iur. Lars Regula Ein Budget für die Eurozone als Fortentwicklungsoption der Währungsunion?	21
Stud. iur. Julius Adler Automatisiertes und autonomes Fahren – verhindert das StVG den „gläsernen Autofahrer“?	27
Stud. iur. Franziska Jensen Mediation in Planfeststellungsverfahren	31
Rechtliche Rahmenbedingungen	

Hausarbeiten

Stud. iur. Laura-Theresa Godau Polizei- und Ordnungsrecht	37
Impressum	26

Nina Rosa*

Solidarität in Europa – Eine Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Asylpolitik

Dieser Beitrag befasst sich mit dem Solidaritätsprinzip und seiner Bedeutung als Rechts-, Struktur- und Verfassungsprinzip für das Recht der Europäischen Union. Dazu wird nach einer kurzen Begriffskonzeption zunächst die normative Verankerung von Solidarität in den Verträgen und ihre Bedeutung bzw. ihr Inhalt im Unionsrecht herausgearbeitet. Den Schwerpunkt des Beitrags bildet dabei eine Untersuchung des zwischenstaatlichen Solidaritätsprinzips im Kontext der europäischen Einwanderungs- und Asylpolitik. In diesem Zusammenhang erfolgt eine Auseinandersetzung mit dem die Solidarität in diesem Bereich vorschreibenden Art. 80 AEUV und seiner rechtlichen Tragweite. Diese wird anhand zweier Umsiedlungsbeschlüsse aus dem Jahr 2017 und des diese Beschlüsse betreffenden EuGH-Urteils vom 06.09.2017 (verb. Rs. C-643/15 und C-647/15) näher erläutert.

I. Einleitung

Solidarität ist eine Leitidee der europäischen Integration. Bereits 1950 stellte der französische Außenminister Schuman in seiner Erklärung vom 09.05.1950 zur Begründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) fest, dass sich Europa nicht mit einem Schlage herstellen lasse, sondern durch konkrete Tatsachen entstehe, „die zunächst eine Solidarität der Taten schaffen“. ¹ Auch wenn die EGKS zeitlich begrenzt war, blieb dieser Gedanke doch grundlegend für den gesamten europäischen Integrationsprozess. Gleichzeitig schwindet seit Jahren das Vertrauen in ein solidarisches Europa: zu beobachten ist ein Rückzug hinter nationale Grenzen, wie nicht nur die Staatsschuldenkrise und der sog. Brexit zeigen, sondern auch die Zurückweisung jedweder Verantwortung während der anhaltenden sog. „Flüchtlingskrise“, die in einer Inflation nationaler Abwehrstrategien mündete.

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer im Rahmen des Seminars „Die Bedeutung des Rechts für die Entwicklung der Europäischen Union“ bei Professor Dr. Bengt Beutler eingereichten Seminararbeit.

¹ Vgl. Schuman, Für Europa (Pour l'Europe), 1963, S. 145 f.

Diese Entwicklungen machen deutlich, dass es an europäischer Solidarität mangelt und diese in vielerlei Hinsicht entweder als politische Rhetorik abgetan oder als Verpflichtung zur Aufgabe nationaler Souveränität verstanden wird. Dies steht in deutlichem Widerspruch zu der grundlegenden Bedeutung, die der Solidarität in den Verträgen beigemessen wird. Es stellt sich die Frage, ob angesichts dieser Umstände Solidarität überhaupt eine normative Grundlage der Europäischen Union darstellt, deren Einhaltung kontrolliert und durchgesetzt werden kann.

II. Begriffskonzeption

Um sich der Bedeutung der Solidarität im unionalen Kontext annähern zu können, bedarf es einer Konzeptualisierung des Solidaritätsbegriffs, der in den Verträgen keine inhaltliche Definition erfährt.

1. Begriffsgeschichte

Seinen Ursprung findet der Solidaritätsbegriff als Terminologie im römischen Recht. ² Erst im 19. Jahrhundert wird Solidarität zu einem zentralen Begriff revolutionärer Kräfte und wandelt sich zu einem politischen und sozialen Prinzip. ³ In der Soziologie stellt Solidarität einen wesentlichen Bestandteil aller Gesellschaften dar. ⁴ Nach der katholischen Soziallehre fungiert sie als grundlegendes Prinzip gesellschaftlichen Lebens, ⁵ das eine Pflicht zur gegenseitigen Hilfeleistung und zur Unterordnung eigener Interessen unter dem Gemeinwohl begründet. ⁶

² Metz, Solidarität und Geschichte: Institutionen und sozialer Begriff der Solidarität in Westeuropa im 19. Jahrhundert, in: Bayertz (Hg.), Solidarität: Begriff und Problem, 1998, S. 172 (172); Gussone, Das Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union und seine Grenzen, Diss., Univ. Köln 2004, S. 22.

³ Sommermann, Some Reflections on the Concept of Solidarity and its Transformation into a Legal Principle, AVR 2014, 10 (11).

⁴ Durkheim, De la division du travail social: Étude sur l'organisation des sociétés supérieures, 6. Aufl. 1932, Übersetzung: Über die Teilung der sozialen Arbeit, 1977, S. 82 (113 ff.).

⁵ Rauscher, Katholische Soziallehre: Personalität, Solidarität, Subsidiarität, 1975, S. 25.

⁶ Callies, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union: Vorgaben für die Anwendung von Art. 3b EGV am Beispiel der gemeinschaftlichen Wettbewerbs- und Umweltpolitik, 1996, S. 167.

Rechtswissenschaftliche Ansätze verstehen Solidarität gar als überpersonale Grundlage einer objektiven Rechtsordnung⁷ sowie als oberstes moralisches Prinzip, das eine Existenzbedingung gesellschaftlichen Lebens darstellt.⁸

Der Begriff der Solidarität kann je nach Kontext von unterschiedlicher Bedeutung sein: Als politischer Kampfbegriff, der die Zielerreichung durch Geschlossenheit fördert oder als individuelle Verhaltensweise, die zum grundlegenden Ordnungsmerkmal der menschlichen Gesellschaft wird.⁹ Im weitesten Sinne geht es stets um die wechselseitige Bereitschaft, aufgrund gemeinsamer Interessen die Angelegenheiten anderer als eigene anzuerkennen.¹⁰

2. Solidaritätsbegriff in der Europäischen Union

Die aufgeführten Konzepte bedürfen mit Blick auf die Union einer Korrektur, da mit der im Primärrecht akzentuierten Solidarität zuvorderst eine solche von Staaten gemeint sein muss. Nach Auffassung von *Habermas* ist sie hier eine „reziprok vertrauensvolle Beziehung zwischen Akteuren, die sich aus freien Stücken an ein gemeinsames Handeln binden“.¹¹ Solidarität fordert keine Selbstaufgabe, ist aber auch keine Konditionierung zum eigenen Vorteil. Vielmehr bedeutet sie ein Handeln im gemeinsamen Interesse und die Bereitschaft, „sowohl im langfristigen Eigeninteresse wie im Vertrauen darauf, dass sich der andere in ähnlichen Situationen ebenso verhalten wird, kurzfristig Nachteile in Kauf zu nehmen“;¹² Solidarität ist eng mit dem Reziprozitätsprinzip verbunden.¹³

III. Solidarität im Recht der Europäischen Union

Wie bereits festgestellt wurde, ist die Solidarität eine der Leitideen der europäischen Integration. Es stellt sich die Frage, ob ihr darüber hinaus auch die Rolle eines Grundprinzips der Union zukommt, das konkrete Rechte und Pflichten begründet. Dazu stellte der EuGH bereits im Jahr 1973 fest:

„Der Vertrag erlaubt es den Mitgliedstaaten, die Vorteile der Gemeinschaft für sich zu nutzen, er erlegt ihnen aber die Verpflichtung auf, deren Rechtsvorschriften zu

*beachten. [...] Ein [...] Verstoß gegen die Pflicht der Solidarität, welche die Mitgliedstaaten durch ihren Beitritt zur Gemeinschaft übernommen haben, beeinträchtigt die Rechtsordnung der Gemeinschaft in ihren Grundfesten.“*¹⁴

Die hier formulierte Solidarität soll den Ausbruch der Mitgliedstaaten aus der Gleichheit verhindern¹⁵ und impliziert eine Pflicht zur Einhaltung der Rechtsvorschriften der EU. Gleichzeitig betont der EuGH, dass Solidarität der Verwirklichung eines gemeinsamen Interesses diene, das den nationalen Interessen überzuordnen sei. Nur so bleibe das Gleichgewicht zwischen Lasten und Vorteilen erhalten. Reziproke Verantwortung ist Existenzbedingung der Union als supranationale Rechtsgemeinschaft.¹⁶

1. Normative Verankerung in den Verträgen

Die fundamentale Bedeutung des Solidaritätsprinzips wird auch mit einem Blick auf die Verträge deutlich.¹⁷ Bereits die Präambel des EUV bringt den Wunsch der Mitgliedstaaten zum Ausdruck, „die Solidarität zwischen ihren Völkern unter Achtung ihrer Geschichte, ihrer Kultur und ihrer Traditionen zu stärken“.

Art. 2 EUV verweist auf die Gründungswerte der Union, darunter die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit (S. 1), die allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam sind, die sich durch „Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet“ (S. 2). Zwar haben die in Art. 2 EUV genannten Werte keinen justitiablen Gehalt,¹⁸ die Norm macht aber deutlich, dass die EU ein Wertebund ist und Solidarität zu jenen Werten gehört, die sie von Beginn an definieren.¹⁹

Art. 3 EUV bestimmt die Ziele der Union. Nach Abs. 3 UAbs. 2 fördert die Union u. a. „[...] die Solidarität zwischen den Generationen“. Gemäß Abs. 3 UAbs. 3 fördert sie weiter „den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“. Hier zeigt sich die zwischenstaatliche Dimension des Solidaritätsprinzips.²⁰ Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 ergänzt den von Art. 4 III normierten vertikalen

⁷ *Grimm*, Solidarität als Rechtsprinzip: Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit, 1973, S. 38.

⁸ *Grimm*, Solidarität als Rechtsprinzip, 1973, S. 40.

⁹ Ebd.

¹⁰ *Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, 1996, S. 187.

¹¹ *Habermas*, ZEIT Online vom 05.07.2018, Sind wir noch gute Europäer?, <https://www.zeit.de/2018/28/protektionismus-europa-grenzen-reeckzug-herausforderungen> (03.11.2019).

¹² Ebd.

¹³ *Bieber*, Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union, in: *Callies* (Hg.), Europäische Solidarität und nationale Identität: Überlegungen im Kontext der Krise im Euroraum, 2013, S. 67 (67).

¹⁴ EuGH vom 07.02.1973, Rs. 39/72, S. 102 Rn. 24.

¹⁵ *Callies*, in: ders. (Hg.), Europäische Solidarität, 2013, S. 5 (17); *Terhechte*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 65. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 57.

¹⁶ *Hatje*, in: *Hatje/Iliopoulos/Iliopoulos-Strangas* (Hg.), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union, 2015, S. 73 (74).

¹⁷ *Scholz*, Solidarität – ein Rechtsprinzip?, AöR Beiheft 2014, 1 (8).

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Vgl. *Hartwig/Nicolaies*, Elusive solidarity in an enlarged European Union, *Eipascope* 2003, S. 19 (19).

²⁰ *Terhechte*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 65. Aufl. 2018, Art. 3 EUV Rn. 57.

Grundsatz der Unionstreue um ein horizontales Treueverhältnis unter den Mitgliedstaaten.²¹

Ferner ist gem. Art. 3 V, Art. 21 I EUV das auswärtige Handeln vom Grundsatz der Solidarität geprägt. So „be ruht“ die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Union auf der gegenseitigen politischen Solidarität der Mitgliedstaaten (Art. 24 II EUV) und wird gem. Art. 24 Abs. 3 UAbs. 1 EUV von diesen im Geiste der Loyalität und der gegenseitigen Solidarität unterstützt. Gemäß Art. 67 II AEUV errichtet die Union eine gemeinsame Politik in den Bereichen Asyl, Einwanderung und Grenzkontrollen, die sich auf die Solidarität der Mitgliedstaaten gründet. Nach Art. 80 AEUV gilt für diese der „Grundsatz der Solidarität und der gerechten Auf teilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitglied staaten [...]“. Im Falle wirtschaftlicher Krisen können gem. Art. 122 I AEUV von der Union Hilfsmaßnahmen „im Geiste der Solidarität“ beschlossen werden. Art. 222 AEUV verlangt ein Handeln „im Geiste der Solidarität“, wenn ein Mitgliedstaat von einem Terroranschlag oder einer Katastrophe betroffen ist.

2. Bedeutung und Inhalt des Solidaritätsprinzips im Unionsrecht

Obwohl Solidarität in den Verträgen nur fünfzehn Mal explizit genannt wird, scheint sie diesen doch als all gemeines Rechts- und Strukturprinzip zugrunde zu liegen.²² Beide zählen zum primären Unionsrecht.²³ Rechtsprinzipien gehen aus einer wertenden Verglei chung der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten hervor,²⁴ während Strukturprinzipien sich unmittelbar aus kon kreten Einzelregelungen der Verträge ableiten lassen.²⁵ Aufgrund ihrer grundsätzlichen Natur bestehen zwi schen Rechts- und Strukturprinzipien vielfache Über schneidungen.²⁶

Sowohl die Tatsache, dass dem Solidaritätsprinzip eine zentrale Rolle im europäischen Integrationsprozess zu kam sowie seine breite Verwendung im Primärrecht sprechen für die Einordnung als Rechts- und Struktur prinzip der EU. Ferner wird Solidarität in den einzelnen Vertragsbestimmungen nicht als Ausnahme formuliert, sondern scheint vielmehr als allgemeingültiges rechtli ches Prinzip vorausgesetzt zu werden. Dies zeigen etwa

Art. 31 EUV oder Art. 80, 122, 194, 222 AEUV, wo vom „Grundsatz“ oder vom „Geiste“ der Solidarität die Rede ist.²⁷ Das Solidaritätsprinzip ist daher als „Verfassungs-, Struktur- bzw. Rechtsprinzip der Europäischen Union“²⁸ anzuerkennen, das dem gesamten Vertragssystem zu grunde liegt. Es richtet sich dabei an drei unterschiedli che Gruppen von Adressat/innen: die Bürger/innen, die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten, wobei alle Ebe nen der Solidarität miteinander verbunden sind.²⁹ Die bürgerbezogene Solidarität entfaltet sich in der Unions bürgerschaft, die „der grundlegende Status der Angehö rigen der Mitgliedstaaten“ ist.³⁰ Der Unionsbürgerstatus begründet – abgesichert durch das Diskriminierungs verbot (Art. 18 I AEUV) – z. B. eine „bestimmte finanzi elle Solidarität“ zwischen den Bürger/innen im Rahmen der staatlichen Sozialsysteme.³¹ Für den Gesetzgeber stellen Verfassungs-, Struktur- und Rechtsprinzipien Handlungsmaßstäbe oder -aufträge dar, die erst zu kon kretisieren sind. Für den Gerichtshof dienen die uniona len Verfassungsprinzipien dazu, Lücken zu füllen, Ver tragsbestimmungen im Sinne des „effet utile“ auszulegen oder um Normen niederen Ranges an ihnen zu messen.³²

3. Inhalt im Kontext von Union und Mitgliedstaaten

Im Kontext von Union und Mitgliedstaaten stellt Soli darität entweder Grundlage oder Maßstab ihres Han delns dar. Allerdings besteht kein Konsens darüber, was das Solidaritätsprinzip dabei konkret beinhalten soll. Dies erscheint aber insbesondere mit Blick auf die bei den größten Krisen der Union in den vergangenen Jah ren – die anhaltende sog. „Flüchtlingskrise“ sowie die Staatsschuldenkrise – wichtig, da auf dem jeweiligen Höhepunkt der Dissens über den Bedeutungsgehalt der Solidarität einer Problemlösung zentral entgegen stand.³³

a) Verantwortungssolidarität

Bieber versteht das unionale Solidaritätsprinzip als „Verantwortungssolidarität“,³⁴ als gemeinsame Verant wortung für die rechtliche und politische Lage in einem Mitgliedstaat und der gesamten Union im Sinne einer reziproken, aber nicht altruistischen Beziehung. Reziprok, da sie sich auf die gemeinsame Ausübung von Inter

21 *Rossi*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 80 AEUV Rn. 2.

22 *Callies*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 222 AEUV Rn. 6.

23 *Bieber*, Das Verfahrensrecht von Verfassungsorganen: Ein Beitrag zur Theorie der inner- und interorganschaftlichen Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, im Staatsrecht und Völkerrecht, 1992, S. 101 ff.

24 *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union: Europarecht und Politik, 13. Aufl. 2019, § 6 Rn. 17.

25 *Gussone*, Solidaritätsprinzip, 2004, S. 173.

26 *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union, 13. Aufl. 2019, § 6 Rn. 17.

27 *Bieber*, in: Callies (Hg.), Europäische Solidarität, 2013, S. 67 (73).

28 *Lais*, Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2007, S. 163 ff.; *Gussone*, Solidaritätsprinzip, 2004, S. 174; *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 222 AEUV Rn. 1.

29 *Hilpold*, Solidarität im EU-Recht: Die „Inseln der Solidarität“ unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, EuR 2016, 373 (377).

30 EuGH vom 12.07.2005, Rs. C-403/03 – Schempp, Rn. 15; EuGH vom 11.07.2002, Rs. C-224/98 – D’Hoop, Rn. 28; EuGH vom 20.09.2001, Rs. C-184/99 – Grzelczyk, Rn. 31; vgl. auch *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union, 13. Aufl. 2019, § 2 Rn. 24 m. w. N.

31 *Bieber*, in: Callies (Hg.), Europäische Solidarität, 2013, S. 67 (72); EuGH vom 20.09.2001, Rs. C-184/99 – Grzelczyk, Rn. 31.

32 *Bieber*, in: Callies (Hg.), Europäische Solidarität, 2013, S. 67 (71).

33 *Hilpold*, EuR 2016, 373 (374).

34 *Bieber*, in: Callies (Hg.), Europäische Solidarität, 2013, S. 67 (74).

essen bezieht, aber keine absolute Selbstlosigkeit voraussetzt.³⁵ Diese Reziprozität findet sich in Art. 4 III EUV (Unterlassung von Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten) oder in Art. 2, 7 EUV, in denen die Gemeinsamkeit der Werte bekräftigt und ein Verfahren zu deren Schutz bei Verletzungen durch einen Staat eingerichtet wurde.³⁶ Von dieser Verantwortungssolidarität, so *Bieber*, lassen sich zwei weitere Facetten der Solidarität konzeptionell ableiten: die „leistende Solidarität“ (z. B. in Art. 222 AEUV) sowie das Prinzip des loyalen Verhaltens (Art. 4 III EUV).³⁷ Denn die Verantwortungssolidarität entfaltet sich im gesamten Beziehungsgeflecht der Union, während sich das Loyalitätsprinzip bloß auf das Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten bezieht.³⁸

b) Spannungsverhältnis zwischen Solidarität und Autonomie

Wie bereits festgestellt, ist die das zwischenstaatliche Verhältnis prägende Verantwortungssolidarität reziprok zu verstehen. Die Mitgliedstaaten verlieren durch ihren Beitritt zur Union nicht das Recht, ihre Identität zu wahren (vgl. Art. 4 II EUV). Dennoch steht das Recht auf mitgliedstaatliche Autonomie in einem Spannungsverhältnis zu der Verfolgung gemeinsamer Ziele und zu der Übernahme von Verantwortung für die Zustände in den Mitgliedstaaten. Es besteht eine Gleichzeitigkeit gegensätzlicher Werte, die nur dann nicht zu Krisen führt, wenn ein fortwährender Ausgleich stattfindet, denn Solidarität und Krisen sind doppelt miteinander verknüpft: die Missachtung von Solidarität kann die Entstehung von Krisen begünstigen, während sie gleichzeitig zu deren Verhinderung beiträgt.³⁹

4. Solidarität im Kontext der sog. „Flüchtlingskrise“

Eine aufgrund der anhaltenden sog. „Flüchtlingskrise“ in Europa zu beobachtende Fragmentierung, welche innenpolitische Verschiebungen zugunsten rechtsnationalistischer Bewegungen und eine Inflation nationaler Abwehrstrategien⁴⁰ zur Folge hatte, veranlasst in besonderem Maße dazu, dieses Spannungsverhältnis anhand der europäischen Einwanderungs- und Asylpolitik darzustellen.

a) Solidarität in der europäischen Einwanderungs- und Asylpolitik

Die gemeinsame Asylpolitik ist integraler Bestandteil der EU.⁴¹ Ziel sollte es sein, die Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten so zu gestalten, dass deren nationale Besonderheiten in der „Flüchtlingsfrage“ bei der Verfolgung des Ziels der europäischen Integration berücksichtigt und diese dadurch letztlich gestärkt wird.⁴² Dass sich diese Besonderheiten in Form eines Gefälles von Lasten und Pflichten herauskristallisieren würden und die Auswirkungen der gemeinsamen Asylpolitik zwangsläufig alle Mitgliedstaaten betreffen,⁴³ war dem Unionsgesetzgeber bewusst, weshalb der Solidaritätsbegriff hier explizit erwähnt wird. Gemäß Art. 67 II AEUV entwickelt die Union „[...] eine gemeinsame Politik in den Bereichen Asyl, Einwanderung und Kontrollen an den Außengrenzen, die sich auf die Solidarität der Mitgliedstaaten gründet und gegenüber Drittstaatsangehörigen angemessen ist“. Die Vorgabe des Art. 67 II AEUV wird in Art. 80 S. 1 AEUV präzisiert,⁴⁴ wonach für die unter Kapitel 2 (Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung) fallende Politik der Union und ihre Umsetzung „der Grundsatz der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten [...]“ gilt.

Die Hervorhebung des Solidaritätsprinzips knüpft an das Gefälle geographisch bedingter Lasten und Pflichten,⁴⁵ konkret an die besondere Verantwortung und finanzielle Belastung der Grenzstaaten an. Dieses Gefälle bedarf eines Ausgleiches,⁴⁶ denn die Auswirkungen des gemeinsamen Grenzraumes betreffen alle Mitgliedstaaten und sind im europäischen Interesse gemeinsam zu tragen.⁴⁷ Art. 80 AEUV enthält eine generelle Verpflichtung zu solidarischer Politik, die – systematisch hinter die Klammer gezogen⁴⁸ – für alle Bereiche der EU-Migrationspolitik (Art. 77–79 AEUV) gilt. S. 1 bekräftigt die Geltung des Solidaritätsgrundsatzes und konkretisiert ihn dahingehend, dass er eine gerechte Aufteilung von Verantwortlichkeiten zwischen den Mitgliedstaaten verlangt. Ferner muss jedes für einen kooperativen Zusammenschluss mehrerer Staaten geltende Aufnahmekonzept

⁴¹ *Marx*, Europäische Integration durch Solidarität beim Flüchtlingsschutz, KJ 2016, 150 (158).

⁴² Ebd.

⁴³ *Schröder*, Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Vertrag von Lissabon, in: Müller-Graff/Schmahl/Skouris (Hg.), FS für Dieter Scheuing, 2011, S. 690 (693).

⁴⁴ Vgl. *Herrenfeld*, in: Schwarze, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 67 AEUV Rn. 14.

⁴⁵ *Bast*, Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht, in: Knodt/Tews (Hg.), Solidarität in der EU, 2014, S. 143 (157); *Schwerdtfeger*, Der Grundsatz der Solidarität im europäischen Asylrecht, DÖV 2018, 725 (725).

⁴⁶ *Schröder*, in: Müller-Graff/Schmahl/Skouris (Hg.), FS Scheuing, 2011, S. 690 (693); *Bast*, Solidarität, in: Knodt/Tews (Hg.), Solidarität in der EU, 2014, S. 143 (157).

⁴⁷ *Schröder*, in: Müller-Graff/Schmahl/Skouris (Hg.), FS Scheuing, 2011, S. 690 (693).

⁴⁸ Ähnlich *Thym*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV Kommentar, 65. Aufl. 2018, Art. 80 Rn. 4.

³⁵ *Hilpold*, EuR 2016, 373 (377).

³⁶ Ebd.

³⁷ Vgl. *Bieber*, in: Callies (Hg.), Europäische Solidarität, 2013, S. 67 (76).

³⁸ Ebd.; *Hatje*, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, 2001, S. 17f.

³⁹ So auch *Bieber*, in: Callies (Hg.), Europäische Solidarität, 2013, S. 67 (80).

⁴⁰ *Marx*, Europäische Integration durch Solidarität beim Flüchtlingsschutz, KJ 2016, 150 (154).

Regeln vorsehen, die sicherstellen, dass Rücksicht auf die überforderten Staaten genommen wird.⁴⁹ Tatsächlich ist jedoch das Gegenteil der Fall, wie im Folgenden dargestellt werden soll.

b) VO (EU) Nr. 604/2013 als Grundlage eines gemeinsamen Asyl- und Einwanderungssystems

Seit dem Jahr 2013 regelt die VO (EU) Nr. 604/2013 (im Folgenden: Dublin-III-VO) die mitgliedstaatliche Zuständigkeit für die Prüfung des Antrags auf internationalen Schutz. Sie gilt allgemein und unmittelbar, Art. 288 II AEUV, und bildet das Kernstück der Schaffung eines gemeinsamen Asylsystems i. S. d. Art. 78 II AEUV. Das Dublin-System soll jeder Person, die in der EU um Schutz nachsucht, Zugang zu *einem* fairen Asylverfahren in *einem* der Mitgliedstaaten oder der assoziierten Dublin-Staaten garantieren, Art. 3 I Dublin-III-VO.

Zu diesem Zweck normiert die Verordnung materielle Zuständigkeitsregeln, die im Zweifel eine Verantwortung des Einreisestaates festlegen.⁵⁰ Gemäß Art. 13 I Dublin-III-VO ist zunächst derjenige Staat zuständig, dessen Grenze die/der Schutzsuchende illegal überschritten hat.⁵¹ Reist diese/r später in einen anderen Mitgliedstaat weiter, kann dieser sie/ihn in den Einreisestaat rücküberstellen, Art. 21–25 Dublin III-VO, sofern nicht systemische Mängel des Asylsystems im Einreisestaat zu einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung der/s Betroffenen i. S. d. Art. 4 GRC führen würden.⁵²

Zwar liegt es nahe, die Verantwortung für das Asylverfahren den Staaten zuzuweisen, an deren Grenzen die Schutzsuchenden ankommen. Im Ergebnis nimmt das Zuständigkeitskriterium der illegalen Einreise aber die politisch und wirtschaftlich schwachen Grenzstaaten übermäßig in Anspruch und entlastet die west- und nordeuropäischen Staaten. Denn aus der Verfahrenszuständigkeit folgt auch die potentiell dauerhafte Aufnahme, da Geflüchtete und Asylsuchende von der europäischen Binnenfreizügigkeit ausgenommen sind.⁵³ Auch konnte das Dublin-System, prinzipiell für die Behandlung „normaler“ Situationen konzipiert, den Herausforderungen der Grenzstaaten, die durch die „Massen-

zuströme“ in eine „humanitäre Krise“ gerieten,⁵⁴ kaum Rechnung tragen, weshalb einige Einreisestaaten zu einer „Politik des Durchwinkens“⁵⁵ übergingen. In den Rs. *A.S.* und *Jafari* stellte der EuGH klar, dass dadurch die wesentlichen Regelungsziele der Dublin-III-VO und insbesondere die dort vorgesehenen – „im Geiste der Solidarität aufgestellten“ – Zuständigkeitskriterien unterlaufen würden.⁵⁶

Dass diese Zuständigkeitsverteilung solidarisch ist, trifft aber nicht zu. Es handelt sich um ein abstraktes Regelungswerk ohne zwischenstaatliche Lastenteilung.⁵⁷ Dieses negiert das Ziel der gerechten Aufteilung und der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten und veranlasst die überbeanspruchten Staaten zu dessen Unterminierung, etwa in Form der Tolerierung der unrechtmäßigen Weiterwanderung von Asylbewerber/innen⁵⁸ oder der Vernachlässigung überstaatlicher Vorgaben für die menschenwürdige Unterbringung der Asylbewerber/innen.⁵⁹ Bereits seit dem Jahr 2016 wird das Dublin-System daher überwiegend als gescheitert angesehen, hat aber weiter Bestand, obwohl es aus seiner immanenten Logik heraus den Anforderungen eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems nicht gerecht werden kann.⁶⁰ Ein kollektives System des Geflüchteten-schutzes kann nur funktionieren, wenn es auf einer solidarischen Unterstützung der Grenzstaaten durch die Staatengemeinschaft beruht.⁶¹ Nicht ohne Grund soll der in Art. 80 AEUV verankerte Solidaritätsgrundsatz Richtschnur⁶² für alle Teilbereiche der europäischen Migrationspolitik sein.

In diesem Kontext wurde durch zwei aufeinanderfolgende Beschlüsse des Rates aus dem Jahr 2015 ein temporärer Umverteilungsmechanismus eingerichtet, der Italien und Griechenland, die sich „mit einem beispiellosen Zustrom von Migranten in ihr Hoheitsgebiet konfrontiert gesehen [...]“⁶³ hatten, entlasten sollte. Der erste Beschluss vom 14.09.2015⁶⁴ betraf die (freiwillige) Umverteilung von 40.000 Schutzsuchenden; der zweite

49 Marx, KJ 2016, 150 (155).

50 Thym, Die Flüchtlingskrise vor Gericht – Zum Umgang des EuGH mit der Dublin-III-Verordnung, DVBl. 2018, 276 (276).

51 Farahat/Markard, Recht an der Grenze: Flüchtlingssteuerung und Schutzkooperation in Europa. Zugleich Besprechung von EuGH vom 26.07.2017, Rs. C-646/16 – Jafari und C-490/16 – A.S. sowie EuGH vom 06.09.2017, Rs. C-643/15, 647/15 – Slowakei und Ungarn. / Rat, JZ 2017, 1088 (1090).

52 EuGH vom 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10 – N.S., Rn. 99 ff.

53 Farahat/Markard, JZ 2017, 1088 (1090): Nach der Daueraufenthalts-RL 2003/109/EG erwerben anerkannte Schutzberechtigte jedoch nach fünf Jahren Freizügigkeitsrechte.

54 GA Sharpston, Schlussanträge vom 08.06.2017, Rs. C-490/16 und C-646/16 – A.S. und Jafari, Rn. 155–190.

55 Thym, DVBl. 2018, 276 (280) m. w. N.

56 EuGH vom 26.07.2017, Rs. C-646/16 – Jafari, Rn. 83 ff.

57 Schmidt, Solidarität: Ein wichtiges Kriterium in den Aufgabenstellungen des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge?, ZAR 2012, 129 (134).

58 Vgl. Thym, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV Kommentar, 65. Aufl. 2016, Art. 80 AEUV Rn. 6.

59 EuGH vom 21.12.2011, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10 – N.S., Slg. 2011, Rn. 75 ff.

60 Marx, KJ 2016, 150 (156).

61 Ähnlich Warner, Dublin Regulation and Boat Arrivals, in: Snyder/Thym (Hg.), Europe – A Continent of Immigration? Legal Challenges in the Construction of European Migration Policy, 2011, S. 165 (165 ff.)

62 GA Bot, Schlussanträge vom 26.07.2017, Rs. C-643/15 und C-647/15, Rn. 20.

63 Vgl. Erwägungsgründe des Beschlusses (EU) 2015/1523 vom 14.09.2015.

64 Beschl. (EU) 2015/1523, ABl. EU Nr. L 239 vom 15.09.2015, S. 146–156.

Beschluss vom 22.09.2015⁶⁵ sah die Umverteilung weiterer 120.000 Personen auf Basis verpflichtender Quoten vor. Zu diesem Zweck sollte die Bestimmung des Art. 13 I Dublin-III-VO vorübergehend außer Kraft gesetzt werden,⁶⁶ gemäß derer Italien und Griechenland für die Asylanträge zuständig gewesen wären. Der zweite Beschluss galt gem. Art. 13 II des Beschlusses (EU) 2015/1604 bis zum 26.09.2017. Vorgesehen war zunächst eine Abwicklung für insgesamt 98.255 Geflüchtete, tatsächlich hatten die Mitgliedstaaten bis Juli 2016 aber nur 2.804 sowie im Juli 2017 24.676 Personen umverteilt.⁶⁷ Das liegt daran, dass mehrere Staaten jegliche Verantwortung für die ihnen zugewiesenen Schutzsuchenden zurückwiesen.⁶⁸ die Slowakei und Ungarn beantragten beim EuGH, den zweiten Beschluss gem. Art. 263 AEUV für nichtig zu erklären,⁶⁹ unter anderem, weil Art. 78 III AEUV keine geeignete Rechtsgrundlage und als Reaktion auf die sog. „Flüchtlingskrise“ nicht erforderlich gewesen sei.

c) EuGH-Urteil zum Umsiedlungsbeschluss – verb. Rs. C-643/15 und C-647/15

Der EuGH wies die Klagen ab.⁷⁰ Er bestätigte Art. 78 III AEUV als richtige Rechtsgrundlage und die daraus ergehende Verpflichtung des Rates, bei Erlass des Beschlusses den Grundsatz der solidarischen Aufteilung der Verantwortlichkeiten aus Art. 80 AEUV anzuwenden.⁷¹ Diesem komme jedenfalls die Funktion einer Querschnittsklausel⁷² zu, weshalb die sachliche Reichweite von Maßnahmen der Art. 77–79 AEUV auch die Förderung von Solidarität umfassen müsse.⁷³ Gleichzeitig betonte er aber, dass sich aus Art. 80 AEUV keine unmittelbaren Handlungs- und Verteilungspflichten für die Unionsorgane oder die Mitgliedstaaten ableiten lassen, da diesem primär eine Appellfunktion zukomme.⁷⁴ Art. 80 AEUV verlange insofern nur, dass sich die Unionsorgane bei der gemeinsamen Asylpolitik allgemein (S. 1) und beim Er-

lass konkreter Rechtsakte (S. 2) vom Gedanken der Solidarität leiten lassen sollen.⁷⁵

d) Kritik

Das Urteil macht deutlich, dass nur bedingt Möglichkeiten bestehen, die Einhaltung des konturlosen Solidaritätsprinzips im europäischen Asylrecht zu kontrollieren und durchzusetzen. Zwar ist der EuGH nach eigener Auffassung aufgrund der Wertung des Art. 80 AEUV verpflichtet, seine eigene Kontrolldichte zurückzunehmen, indem er weder die von den Unionsorganen angenommene Notwendigkeit solidarischer Maßnahmen als solche noch deren inhaltliche Ausgestaltung infrage stellt.⁷⁶ Diejenigen Rechtsakte, die zur Verwirklichung von Solidarität aufgrund von Art. 80 AEUV ergehen, werden in ihrem Fortbestand stabilisiert, die Schwelle für einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird mittelbar angehoben.⁷⁷ Dennoch betont der EuGH das Solidaritätsprinzip lediglich argumentativ,⁷⁸ ohne sich zu seiner verfassungsrechtlichen Tragweite zu äußern⁷⁹ oder im Wege der Rechtsauslegung aus Art. 80 AEUV vertragsunmittelbare Pflichten herzuleiten. Vielmehr erhält er die rechtliche Konturlosigkeit des Art. 80 AEUV aufrecht, weshalb dieser gerade nicht als Anspruchsgrundlage zum Erlass solidarischer Unionsrechtsakte herangezogen werden kann.⁸⁰ Auch trifft die Auffassung, bei fortgesetzter Nichtvornahme solidarischer Korrekturen des Dublin-Systems durch den Gesetzgeber könne die dadurch verursachte Verletzung von Art. 80 AEUV im Wege der Untätigkeitsklage gem. Art. 265 AEUV geltend gemacht werden,⁸¹ nicht zu, denn aus Art. 80 AEUV ergeben sich gerade keine konkreten Handlungspflichten des Gesetzgebers. Ferner kann das existierende Dublin-System nicht auf Grundlage von Art. 80 AEUV für nichtig erklärt werden, da sein unsolidarischer Charakter es für sich genommen nicht unionsrechtswidrig macht.⁸²

Das bestehende Dublin-System hat jedoch nicht nur zur Folge, dass die sozialen Probleme in den betroffenen Grenzstaaten verschärft werden.⁸³ Es lässt auch die Tatsache unberücksichtigt, dass im Zentrum des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems die Schutzsuchenden selbst stehen müssen.⁸⁴ Art. 67 II AEUV verlangt eine

65 Beschl. (EU) 2015/1601 vom 22.09.2015 ABl. EU Nr. L 248 vom 24.9.2015, S. 80 ff.

66 Vgl. den 23. Erwägungsgrund des Beschlusses (EU) 2015/1601 des Rates vom 22.09.2015.

67 Juli 2016: Umverteilung und Neuansiedlung – Fünfter Fortschrittsbericht, COM (2016) 480 endg., S. 4f. (13.07.2016); Juli 2017: Fourteenth report on relocation and resettlement, COM (2017) 405 endg., S. 1 (26.07.2017).

68 Vgl. *Schwerdtfeger*, DÖV 2018, 725 (727).

69 EuGH vom 06.09.2017, verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, Rn. 40.

70 EuGH vom 06.09.2017, verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, Rn. 347.

71 EuGH vom 06.09.2017, verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, Rn. 252.

72 Unter einer „Querschnittsklausel“ versteht man im Unionsrecht eine Norm, die bestimmte Grundsätze beziehungsweise politische Zielbestimmungen vorgibt, welche bei der Durchführung von Unionsmaßnahmen in dem konkreten Politikbereich durch die Organe der EU zu berücksichtigen sind.

73 *Thym*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV/AEUV Kommentar, 65. Aufl. 2018, Art. 80 AEUV Rn. 4.

74 Siehe auch *Bast*, Solidarität, in: *Knodt/Tews* (Hg.), Solidarität in der EU, 2013, S. 143 (147).

75 Ebd.

76 *Schwerdtfeger*, DÖV 2018, 725 (728).

77 Ebd.

78 EuGH vom 06.09.2017, verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, Rn. 251–253, 291–293, 304.

79 *Thym*, DVBl. 2018, 276 (285).

80 A. A. *Bast*, Solidarität, in: *Knodt/Tews* (Hg.), Solidarität in der EU, 2013, S. 143 (147, 151): bei fortgesetzter Untätigkeit des Unionsgesetzgebers möglicher Verstoß gegen Art. 80 AEUV.

81 Ebd. m.Verw. auf EuGH, Rs. 13/83.

82 Siehe auch *Schwerdtfeger*, DÖV 2018, 725 (728).

83 Vgl. *Bieber*, in: *Calliess* (Hg.), Europäische Solidarität, 2013, S. 67 (81).

84 *Schwerdtfeger*, DÖV 2018, 725 (729).

gemeinsame Asylpolitik, die den „Drittstaatsangehörigen gegenüber angemessen ist“; nach Art. 78 I AEUV hat die gemeinsame Asylpolitik im Einklang mit der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 zu stehen. Mittelbar führen die durch das Dublin-System bewirkten unsolidarischen Zustände in den Grenzstaaten aber zu schwerwiegenden Verletzungen der Menschenrechte der Betroffenen, etwa in den überlasteten Geflüchtetenlagern auf den griechischen Inseln.⁸⁵ Dennoch scheint seitens der entlasteten Staaten kein Interesse an kooperativen Mechanismen zu bestehen, die sich auf Fairness und Solidarität gründen, wie die Inflation nationaler Abwehrstrategien⁸⁶ in den vergangenen Jahren zeigt. Insofern trifft die Vermutung des Generalanwalts *Bot* zu, dass der sich durch die Klagen herauskristallisierende Widerstand gegen den verpflichtenden Umsiedlungsbeschluss zeige, dass sich hinter der sog. „Flüchtlingskrise“ die Krise eines europäischen Einigungsvorhabens verbirgt, das sich auf die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten gründet.⁸⁷ Die mangelnde Bereitschaft zur gegenseitigen Verantwortung deutet vielmehr auf einen unzureichenden Zusammenhalt innerhalb der Union hin.⁸⁸

IV. Fazit

Solidarität ist für den auf einem freiwilligen Zusammenschluss beruhenden supranationalen Staatenverbund der Europäischen Union existenziell, weshalb dem Solidaritätsprinzip überwiegend die Rolle eines Verfassungs- und Rechtsprinzips der Union zugewiesen wird.⁸⁹ Verstanden als eine gegenseitige Verantwortung der Mitgliedstaaten für den Zustand der Union ist sie eine Verpflichtung, die aus der Mitgliedschaft in der Union erwächst und die Institutionen der Union, die Parlamente, Regierungen und Gerichte der Mitgliedstaaten bindet. Ihre Einhaltung gefährdet weder die Identität noch die Souveränität der Mitgliedstaaten, wie Art. 4 II EUV zeigt.

Eine Gefahr für den Zusammenhalt der Union besteht vielmehr dann, wenn die Mitgliedstaaten insbesondere in Zeiten von Krisen ihre staatliche Souveränität und ihre nationalen Interessen hervorheben – kurz: wenn es der nationale Egoismus ist, der die mitgliedstaatliche Politik prägt. Dieser ablehnenden Haltung mag ein fal-

ches Verständnis von Solidarität zugrunde liegen. Werden solidarische Hilfeleistungen in Notsituationen als Aufgabe staatlicher Souveränität oder als „Herrschaft des Unrechts“⁹⁰ interpretiert und Solidarität zu einer Form des Altruismus umdefiniert, zeigt dies, dass sie in vielerlei Hinsicht lediglich als Formelkompromiss verstanden wird. Ihr wird dann aber gerade nicht die Bedeutung beigemessen, die ihr seit Beginn des europäischen Integrationsprozesses zukommen sollte: den Ausbruch der Mitgliedstaaten aus der Gleichheit zu verhindern und ein Gleichgewicht zwischen Vorteilen und Lasten herzustellen,⁹¹ um so dem Spannungsverhältnis zwischen supranationaler Integration bei gleichzeitiger Heterogenität der Mitgliedstaaten gerecht zu werden.⁹² Allerdings könnten die Ereignisse der vergangenen Monate und Jahre gezeigt haben, dass es nicht der „demoskopisch gesteuerte Opportunismus kurzfristiger Machterhaltung“⁹³ der sich an den Forderungen nationalistischer Bewegungen orientiert, ist, der das Vertrauen der Europäer/innen in die mitgliedstaatlichen Regierungen und Parlamente stärkt. Denn die Überwindung von Solidaritätskrisen kann nur durch die Rückbesinnung auf die Vorteile der Mitgliedschaft in einer Union, die auf einer reziproken Verantwortungssolidarität zwischen den Mitgliedstaaten⁹⁴ beruht, erreicht werden. Nur so kann die Union auf Dauer bestehen.⁹⁵

Es bleibt zu hoffen, dass es in Zukunft gelingt, der Rolle des Solidaritätsprinzips als normativem Kompass für die europäische Werte-, Rechts- und Staatengemeinschaft der Union gerecht zu werden. Dabei muss die unionale Solidarität mit der reziproken Verantwortung der Mitgliedstaaten untereinander beginnen und mit der dringend notwendigen Überarbeitung einer Asylpolitik enden, die zurzeit nicht nur die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten, sondern auch gegenüber den Betroffenen negiert. Ein erster Schritt könnte es sein, sich nicht weiter der Verantwortung für die im Mittelmeer in Seenot geratenen Geflüchteten zu entziehen. Dann würde man auch dem Anspruch gerecht, ein sich auf die Achtung der Menschenwürde gründender Staatenverbund zu sein.

⁸⁵ Vgl. *Grillmeier*, Überleben in Moria, ZEIT ONLINE vom 09.10.2018, <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-10/lesbos-auffanglager-moria-asylzentren-fluechtlinge> (03.11.2019); siehe auch *Schwerdtfeger*, DÖV 2018, 725 (729).

⁸⁶ *Marx*, KJ 2016, 150 (154).

⁸⁷ *GA Bot*, Schlussanträge vom 26.07.2017, verb. Rs. C-643/15 und C-647/15, Rn. 23 f.

⁸⁸ Vgl. auch *Tomuschat*, Solidarität in Europa, in: Capotorti/Ehlermann/Frowein/Jacobs/Joliet/Koopmans/Kovar (Hg.), *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, S. 729 (754 f).

⁸⁹ *Lais*, Solidaritätsprinzip, 2007, S. 163 ff.; *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 222 AEUV Rn. 1; *Bieber*, in: Callies (Hg.), *Europäische Solidarität*, 2013, S. 66 (72).

⁹⁰ *Seehofer*, Passauer Neue Presse vom 09.02.2016, https://www.pnp.de/nachrichten/bayern/1958889_Seehofer-unterstellt-Merkel-Herrschaft-des-Unrechts.html (04.11.2019).

⁹¹ EuGH vom 07.02.1973, Rs. 39/1973 – KOM ./ Italien, Rn. 24.

⁹² *Bast*, Solidarität, in: Knodt/Tews (Hg.), *Solidarität in der EU*, S. 143 (156).

⁹³ *Habermas*, <https://www.zeit.de/2018/28/protektionismus-europagrenzen-rueckzug-herausforderungen> (03.11.2019).

⁹⁴ Vgl. *Tomuschat*, in: Capotorti/Ehlermann/Frowein/Jacobs/Joliet/Koopmans/Kovar (Hg.), *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, S. 729 (754 f).

⁹⁵ Ähnlich *Küçük*, *Solidarity in EU Law: An Elusive Political Statement or a Legal Principle with Substance?*, *Maastricht Journal* 2016, 965 (983).

Julian Fresch*

Mehr als 70 Jahre wehrhaft gegenüber seinen Feinden: Das Grundgesetz

Die wehrhafte Demokratie als Gegenstand der Beratungen des Grundgesetzes

Seit nun mehr als 70 Jahren fußt die Bundesrepublik Deutschland verfassungsmäßig auf dem Grundgesetz, eines ursprünglich provisorisch gedachten Verfassungswerkes, das sich seitdem zum dauerhaften Provisorium entwickelt hat. Diese Dauerhaftigkeit, welche den Erfolg des Grundgesetzes ausdrückt, liegt insbesondere in der Inkorporation von wirksamen Schutzmechanismen begründet, welche die Verfassung wehrhaft gegenüber ihren Feinden/innen macht. Dieser Aufsatz geht auf die Erarbeitungsgeschichte des Grundgesetzes in den Jahren 1948 und 1949 unter dem Gesichtspunkt der wehrhaften Demokratie und der sie formenden Artikel ein.

I. Einleitung

Im Jahr 2019 wurde in der Bundesrepublik Deutschland ein 70. Jubiläum gefeiert; aber nicht irgendeines, wie es tagtäglich hinter bunten Haustüren der Republik begangen wird. Deutschland feierte etwas, dessen Lebensleistung und Kraft für Generationen von Deutschen beachtlich wie bedeutsam sind. Der Jubilar war niemand geringeres als das Grundgesetz.

Es stellt den Beginn und das Fundament der bundesrepublikanischen Geschichte dar. Die Staatsrechtslehre geht im Ursprung davon aus, dass ein Staat dann vollkommen ist, wenn drei konstitutive Elemente bestehen: Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt.¹ Die klassische sogenannte Drei-Elemente-Lehre des Staatswissenschaftlers *Gerhard Jellinek* ist von dem Staatsrechtler *Walter Maier* um ein viertes Element ergänzt worden: eine Staatsverfassung²; erst sie macht einen souveränen Staat vollkommen – und diese Staatsverfassung ist in der Bundesrepublik Deutschland das Grundgesetz.

Der Ratifizierung, Ausfertigung und Verkündung des Grundgesetzes am 23. Mai 1949 als Geburtsstunde moderner Staatlichkeit eines demokratischen Deutschlands, ging nicht nur eine mehrmonatige politische Debatte

über den verfassungsrechtlichen Inhalt voraus, sondern auch die Erarbeitung eines Verfassungsentwurfes, welcher innerhalb von nur dreizehn Tagen im Spätsommer 1948 erstellt wurde.

Geboren in einer Zeit, in die der Wiederaufbau fällt. Geboren in einer Gesellschaft, die unter den Folgen und Lasten des Zweiten Weltkrieges zu leiden hatte. Geboren in einem Deutschland, das besetzt und damit weder frei noch geeint war. Durch das Grundgesetz wird eine Demokratie gezeichnet, die aus der deutschen Vergangenheit, aus dem Unrecht der Nazi-Barbarei und den Gräueln des Holocausts lernt. Geboren war eine wehrhafte Demokratie.

„Wehrhafte Demokratie“ – was bedeutet „wehrhaft“ in diesem Kontext? Warum ist unsere Demokratie „wehrhaft“ ausgestaltet worden? Gegen wen soll sie sich *zur Wehr* setzen können? Welche Normen kreieren diesen „wehrhaften“ Charakter? „Wehrhaft“ – das klingt sperrig, antiquiert, vielleicht gar militaristisch. Aber ist das Motiv ein unedles, die Demokratie standhaft zu machen? Warum war diese Eigenschaft für die Mütter und Väter der Verfassung so zentral und bedeutsam? Was haben sie sich davon erhofft oder was haben sie dadurch verhindern wollen?

II. Die Erarbeitung des Grundgesetzes

1. 1948 – Hoffnung und Verzweiflung

1948, Hitlers verheerender Vernichtungskrieg war drei Jahre zuvor durch die bedingungslose Kapitulation der Wehrmacht beendet worden, glich das Land einem Scherbenhaufen zwischen Elend, Ruinen und Trümmern; militärisch geschlagen und moralisch desavouiert. Eine Mehrheit der Deutschen hatte alltäglich damit zu kämpfen, sich etwas zu essen zu organisieren; es ging ihnen in der Zeit viel mehr um das nackte Überleben als um die Neustrukturierung Deutschlands. Unter diesen kargen Bedingungen und in diesem zeithistorischen Kontext entstand das Grundgesetz; eine Verfassung, die der Journalist *Heribert Prantl* daher als „Liebeskummerbrief“ bezeichnet, als eine „Mischung aus Hoffnung und Verzweiflung“.³

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer im Seminar „Die wehrhafte Demokratie: Mechanismen des Schutzes demokratischer Institutionen in Zeiten des Populismus“ bei Professor Dr. Arne Pilniok eingereichten Seminararbeit.

1 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band I: Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, 2011, § 1 Rn. 4.

2 *Maier*, Staats- und Verfassungsrecht, 4. Aufl. 2001, S. 29.

3 *Prantl*, Glanz und Elend der Grundrechte – Zwölf Sterne für das

2. Die Beratungen des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee im August 1948

a) Die fleißigen Herren vom Chiemsee – Demokratie in 149 Artikeln

Das Grundgesetz, dieser Liebeskummerbrief an das Land, ist nicht irgendwann vom Himmel gefallen; es war nicht plötzlich da. Es musste erarbeitet werden. Im Auftrag der Ministerpräsidenten der westlichen Besatzungszonen versammelten sich am 10. August 1948 32 Fachmänner unter der Leitung von *Anton Pfeiffer*, Leiter der bayrischen Staatskanzlei, im Alten Schloss auf der Herreninsel im Chiemsee. Der Name der Insel passte wie kein zweiter zu der Besetzung des Verfassungskonvents; eine Frau war an den Beratungen nicht beteiligt.

b) Die Lehre aus Weimar: Konstruktionsfehler ausräumen

Der dort beratene Chiemseer Entwurf, ein 149 Artikel umfassendes Grundgesetz, enthielt nicht nur einen festen, unantastbaren Grundrechtskatalog hinsichtlich persönlicher Freiheitsrechte, sondern auch gewisse Schutzmechanismen gegenüber den Feind/innen der Republik selbst. Es fanden entscheidende Elemente Einzug, an denen es in der Weimarer Reichsverfassung mangelte: So war es gemäß Bericht „[m]it allem Nachdruck befürwortet“,⁴ dass eine Verfassungsänderung, durch welche die freiheitlich-demokratische Grundordnung beseitigt würde, unzulässig ist. Damit stand am Anfang der Beratungen fest, dass der freiheitliche und demokratische Geist des Werkes ewig garantiert sein muss; andernfalls würde das Konstrukt, welches das Grundgesetz bildet, leerlaufen – eine Lehre, welche die Beteiligten aus den Schwächen und Lücken der Weimarer Verfassung und dem Aufstieg des Nationalsozialismus mit dieser gezogen haben.

Das war keineswegs ein Zufall, vielmehr lag es in den Biografien der Fachmänner begründet. Allen Experten auf der Herreninsel war bewusst, dass viele der alten Regelungen sinn- oder wortgleich in ein neues Verfassungswerk übernommen werden könnten, die groben Konstruktionsfehler allerdings dabei ausgeräumt werden müssten. Die Weimarer Verfassung war aufgrund lediglich beschränkter Befugnisse des speziell eingerichteten Staatsgerichtshofes zum Schutze der Republik kraftlos, sie war mittellos, sich ihrer verfeindeten Personen oder Vereinigungen entgegenzustellen. Das Ziel der Beratungen war es, die Wiederholung der Konstruktionsfehler zu vermeiden, ohne die Weimarer Reichsverfassung in Gänze zu negieren.⁵ An vorderster Stelle stand hierbei das Verhindern der Demontage des demokratischen

Systems durch seine Gegner/innen.⁶ Es galt, wirksame Schutzmechanismen der Demokratie für und durch sich selbst zu konstruieren und zu implementieren. Der während der NS-Zeit emigrierte deutsche Rechtswissenschaftler *Karl Loewenstein* bezeichnet das 1937 als *militant democracy*, als wehrhafte, als streitbare Demokratie.⁷ Die wehrhafte Demokratie – sie wurde fortlaufend zum Kernanliegen und Kernmotiv der Verfassungsgesetzgebung in Westdeutschland. Sie war nötig, analysiert die Politologin *Angelika Bauer-Kirsch*, weil diese demokratische Verfassung nicht vor einer totalitären Parteidiktatur schützen konnte – und eine demokratische Verfassung beseitigt wurde, ohne formaliter aufgehoben worden zu sein. Nötig waren folglich gewisse Schutzmechanismen des Verfassungskerns selbst.⁸

Nicht nur im Vorbericht, auch in mehreren der 149 Artikeln des „Chiemseer Entwurfes“ zum Grundgesetz schlägt sich dieses wichtige, prägende Motiv der Loewenstein'schen *militant democracy* nieder.

c) Vom Konsens der Ewigkeitsklausel

Den Dreh- und Angelpunkt des Entwurfes bildet der wichtige Artikel 108 HChE⁹: „Anträge auf Änderung des Grundgesetzes, durch die die freiheitliche und demokratische Grundordnung beseitigt würde, sind unzulässig.“ Dieser eingängige, fast banale Satz garantiert die uneingeschränkte und uneinschränkbare Geltung des freiheitlich-demokratischen Sinngehaltes des Grundgesetzes und entzieht jeder Abänderung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung die legitime Grundlage. Jede Verfassungsänderung, die der freiheitlichen und demokratischen Grundordnung zuwiderläuft, wird so durch ein formales Zulässigkeitskriterium verhindert. Von der – ausweislich des Protokolls – „mit allem Nachdruck“ befürworteten Formulierung sind nicht nur sinnvernichtende Änderungen am Grundgesetz, sondern auch die Beseitigung der föderalen Elemente umfasst.¹⁰ An einer so gearteten normativen Zulässigkeitsklausel wären viele der Verfassungsänderungen und Gesetzesvorlagen, die der NS-Diktatur den Weg im Rahmen der geltenden Verfassung geebnet hatten, gescheitert. Diese Klausel bringt nicht den naiven Glauben zum Ausdruck, dass eine Verfassung als Ganzes ewig gelten kann, sondern sie nimmt verfeindeten Personen und Gruppen die „Tarnung der Verfassung“:¹¹ Der Telos der Ewigkeitsklausel

⁶ *Sonthheimer*, Grundzüge des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 34.

⁷ *Schliesky*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl. 2014, § 277 Rn. 9.

⁸ *Bauer-Kirsch*, Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee – Wegbereiter des Parlamentarischen Rates, Diss., Univ. Bonn 2005, S. 109.

⁹ „Chiemseer Entwurf“. Grundgesetz für einen Bund deutscher Länder.

¹⁰ Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 48.

¹¹ *Depenheuer*, Geniestreich „wehrhafte Demokratie“ – Eine sechzigjährige Erfolgsgeschichte, Die Politische Meinung Nr. 460, S. 15 (16).

Grundgesetz, 2014, S. 19.

⁴ Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 48.

⁵ *Deutscher Bundestag; Bundesarchiv*, Der Parlamentarische Rat 1948–1949 – Akten und Protokolle, Band 1: Vorgeschichte, S. CXIII.

sel liegt im Zwang zum offenen Bruch der Verfassung und damit im Verhindern einer legalen Machtergreifung – anders als in Weimar. Reichsinnenminister *Eduard David* erklärte im Jahr 1919 auf die Frage der monarchistischen Rechtsparteien hinsichtlich ihres Rechts auf Umgestaltung der jungen Weimarer Verfassung: „Die Verfassung gibt ihnen die Möglichkeit, auf legalem Wege die Umgestaltung in ihrem Sinne zu erreichen, vorausgesetzt, daß sie die erforderliche Mehrheit des Volkes für ihre Aussagen gewinnen. Damit entfällt jede Notwendigkeit politischer Gewaltmethoden. Die Bahn ist frei für jede gesetzlich-friedliche Entwicklung. Das ist der Hauptwert einer echten Demokratie.“¹² Doch eben das sahen die Herren auf Herrenchiemsee anders. Sie waren überzeugt, dass Demokratieprinzipien allein die Republik nicht sichern und Mehrheitsentscheidungen nicht ausreichen. Der SPD-Politiker und Staatsrechtler *Carlo Schmid* formulierte im Rahmen des Konvents mehr als deutlich, dass man weitreichenden Systemumstürzen die „Scheinlegalität“ nehmen müsse.¹³ Und genau diese Aufgabe erfüllt die revolutionäre Idee der Identitätsgarantie.

d) Intakte Demokratie statt Infarkt der Demokratie

Paramilitärische und militante Vereinigungen oder Parteiarme, wie sie Anfang der 1930er-Jahre inflationär und infarkthaft die Straßen der Städte dominierten und ab 1933 die Nazi-Gewaltherrschaft stützten und befeuert, sollten in der neuen Republik keinen Fuß fassen können und sich aufgrund ihrer grundlegenden verfassungsfeindlichen Gesinnung auch nicht auf die grundgesetzlich geschützte Vereinigungsfreiheit berufen können. „Vereinigungen, die die Demokratie [...] gefährden, sind verboten“, heißt es daher im Entwurf. Das erstreckt sich nicht nur auf Vereinigungen, sondern gilt auch für politische Parteien, die das Bundesverfassungsgericht als judikative Instanz auf Antrag der Bundesregierung und mit Zustimmung der zweiten legislativen Kammer zum präventiven Verfassungsschutz als verfassungswidrig erklären und in der Folge verbieten kann, sofern sie die Beseitigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung zum Ziel hat; das kommt durch Art. 98 Ziff. 6 HChE in Verbindung mit Art. 47 IV HChE zum Ausdruck. Populistische und grenzwertige, teils geschmacklose Positionen und Parolen muss eine intakte Demokratie aushalten, dulden und tolerieren, aber Extremist/innen, die den Bestand des Staates in seiner verfassungsmäßigen Ordnung ablehnen und bekämpfen, sollen effektiv von den demokratischen Spielregeln ausgeschlossen werden.¹⁴ Die Beteiligten am Konvent kannten den schleichenden Niedergang der Weimarer Republik und wussten, wohin falsche Toleranz gegenüber „Aufwiegen

und Umstürzern“ führt.¹⁵ Sie wollten deshalb Verfassungsartikel schaffen, die allen Anfängen wehren. Mit dem Partei- und Vereinigungsverbot ist ihnen das geglückt.

e) Die Parteienkontrolleure

Entscheidend und maßgeblich in diesem Parteiverbotsprozess ist das Bundesverfassungsgericht; nur die obersten Richter/innen sind legitimiert und beauftragt, über eine potenzielle Verfassungswidrigkeit von Parteien „in einem geordneten gerichtlichen Verfahren in Anwendung des für alle geltenden Gesetzes“¹⁶ zu befinden und zu urteilen und infolge der Verfassungswidrigkeit auch über ein entsprechend lautendes Verbot. Die Beratungen von Herrenchiemsee unterstrichen das Gewicht der Mitwirkung der Judikative insbesondere durch die ausdrückliche Bindung aller anderer staatlicher Gewalt an die richterliche Entscheidung; ein Einschreiten der Behörden gegen eine Partei wegen Verfassungswidrigkeit sollte nicht ohne höchstgerichtliche Entscheidung möglich sein.¹⁷ Extremistischen, verfassungsfeindlichen Parteien kann mittels dieser ausgestalteten und vorgesehenen Parteienkontrolle ihr Einfluss genommen und ihr Aufstieg verhindert werden. Richter/innen als Parteienkontrolleure/innen – ein Schutzmechanismus der Demokratie für sich selbst, welchen die Weimarer Reichsverfassung nicht vorgesehen hatte.

f) Notstandsgesetzgebung 2.0

Zudem hat sich bei den Beratungen von Herrenchiemsee ein Kernelement der Weimarer Reichsverfassung durchsetzen können: Der Staatsnotstand, durch den Teile des Grundrechtskataloges befristet außer Kraft gesetzt werden können (Art. 111 III 1 HChE). Um Notsituationen nicht auszunutzen, sah der Entwurf darüber hinaus vor, dass im Falle eines Notstandes und einer daraus resultierenden Außerkraftsetzung von Grundrechten keine Wahlen stattfinden dürften (Art. 111 V 1 HChE).

g) Das „Paradigma einer Demokratie“

Das Grundgesetz sollte aus den Fehlern der Weimarer Verfassung lernen. Weimar stand für das Scheitern einer parlamentarischen Demokratie, das Grundgesetz sollte für das erfolgreiche Modell einer wehrhaften Demokratie stehen mit dem Schutz vor inneren Verfassungsfeind/innen, mit Bestandssicherheit für den freiheitlichen und demokratischen Nährboden des neuen Deutschlands. Der Grundgesetzentwurf von Herrenchiemsee ist letztlich der geworden, der er ist, weil es Weimar gegeben hat, „als Paradigma einer Demokratie [welche] nicht zuletzt

12 *Löw*, Die Welt vom 08.05.1999, Die Intention der Verfassungsväter ist verlorengegangen, S. 6.

13 *Dreier*, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: § 1 Deutschland, Handbuch Ius Publicum Europaeum I, 2007, Rn. 28.

14 Bericht von Herrenchiemsee, S. 89.

15 *Lamprecht*, Der Spiegel vom 02.11.1992, Die wehrhafte Demokratie, S. 24f.

16 Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 27.

17 Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 35.

an ihren Konstruktionsfehlern gescheitert [ist]“, formuliert der Historiker *Heinrich August Winkler*.¹⁸ Dieser Entwurf diente in der Folge dem Parlamentarischen Rat als Grundlage der Erarbeitung eines finalen Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Trotz weitreichenden Lobes blieb der Entwurf des Konvents im Parlamentarischen Rat weitestgehend unbeachtet; er war das, wozu er gedacht war: Vorarbeit und Diskussionsgrundlage – und damit unterschätzt.

3. Die Beratungen im Parlamentarischen Rat

a) Auf dem Weg zur „Magna Charta“

Ab dem 1. September 1948 tagte in Bonn der Parlamentarische Rat; er hatte die Aufgabe und Kompetenz, ein Grundgesetz für die zu gründende Bundesrepublik zu erstellen – unter Genehmigungsvorbehalt der westlichen Alliierten. Der CDU-Ministerpräsident von Nordrhein-Westfalen *Karl Arnold* eröffnete als Gastgeber die Konstituierung feierlich im Zoologischen Museum Alexander Koenig. Inmitten der ausgestellten Tierpräparate bezeichnete er, mit Blick auf die wichtigste Quelle des britischen Verfassungsrechts, das zu erstellende Grundgesetz als „die ‚Magna Charta‘ des deutschen öffentlichen Lebens“¹⁹ und umriss damit die historische Bedeutung und Position des Parlamentarischen Rates, dem 61 Männer und vier Frauen angehörten. Als Präsidenten wählten sie den früheren Oberbürgermeister der Stadt Köln und späteren Bundeskanzler *Konrad Adenauer*, der nach seiner Wahl klarstellte, dass der Rat zwar „durch einen Akt der Militärgouverneure“ einberufen, aber „im Rahmen der ihm gestellten Aufgaben völlig frei und völlig selbstständig“ sei.²⁰

b) Adenauer'scher Gestaltungsanspruch im Lichte der alliierten Vorgaben

Hinsichtlich des Genehmigungsvorbehaltes irrte Adenauer allerdings. Eine völlig freie Hand zur Gestaltung hatten die Mütter und Väter des Grundgesetzes nicht, sie mussten sich an den Rahmen halten, den die Besatzungsmächte vorgaben. Innerhalb dieses vagen Rahmens einer demokratischen und föderalistischen Verfassung,²¹ die einen Katalog von Garantien individueller Rechte und Freiheiten beinhaltet, konnten sich die Parlamentarier/innen frei bewegen und dem Adenauer'schen Gestaltungsanspruch gerecht werden.

c) Zentralismus und Föderalismus

Das Versehen des zu schaffenden Werkes mit Rüstzeug einer streitbaren und wehrhaften Demokratie war im Parlamentarischen Rat nie ein expliziter Streitpunkt; es schien wie selbstverständlich. Explizit taucht es in keinem der Diskussionsgrundlagen der Parteien zu Beginn der Beratungen auf; wenig verwunderlich, stritten die Parteien intern doch nach Grundsätzlicherem, einige sehnten zentralistische Modelle herbei, forderten „so viel Föderatives als möglich und so viel Zentralismus als nötig“²² oder wünschten sich vom Grundgesetz eine „Anlehnung an den konstruktiven Teil der Weimarer Reichsverfassung“.²³

d) Bewältigung eines demokratischen Traumas

Viele der auf Herrenchiemsee beschlossenen Artikel, blieben im Rahmen des Parlamentarischen Rates nahezu unverändert und wurden in die finale Fassung eingeflochten. Das Grundgesetz konzentrierte sich ganz auf den Schutz des Staates und der Verfassung selbst gegen Bedrohungen und Gefahren von innen – weil Deutschland besiegt, besetzt und nicht souverän war, stellte sich die Frage einer Selbstbehauptung nach außen nicht; es ging um eine wehrhafte, nicht um eine Wehrverfassung.²⁴ Die Schutzbestimmungen sollten eine „unverblümete Sicherheit“ schaffen, „um sich an die veränderte Wirklichkeit anzugleichen, andererseits aber unverbrüchliche Sicherungen [...], um politische Veränderungen zu steuern“²⁵, kurzum: Die Erarbeitung des Grundgesetzes diente der Bewältigung des demokratischen Traumas von 1933.

e) Das Grundgesetz als Monopol

Der Verfassungskonvent sah mit Art. 108 HChE eine Ewigkeitsklausel vor, die in Bonn nicht ausführlich diskutiert wurde, aber auf die Kernelemente des Föderalismus sowie auf die Menschenwürde und die Staatsgrundsätze beschränkt wurde, und noch in der heutigen Formulierung des Art. 79 III GG verankert ist. Der Kern, einem weitreichenden Systemumsturz somit die scheinbare Legalität zu nehmen, bleibt von der Wortlautänderung unberührt. Zudem haben die Mütter und Väter des Grundgesetzes eine weitere Vorkehrung hinsichtlich der Abänderung des Verfassungswerkes getroffen: das Inkorporationsverbot, Art. 79 I 1 GG. Dieses Textänderungsgebot fordert, Klarheit, Rechtssicherheit und Rechtseinheit durch ein vollkommenes Verfassungswerk zu schaffen,²⁶ wodurch das Grundgesetz auf einen Monopolrang emporgehoben wird. Pauschale und einfach-

¹⁸ *Winkler*, Weimar, Bonn, Berlin, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte Jg. 57, Heft 4, 485 (491).

¹⁹ *Feldkamp*, Der Parlamentarische Rat 1948–1949: Die Entstehung des Grundgesetzes, 1998, S. 45.

²⁰ *Feldkamp*, Entstehung des GG, S. 49.

²¹ *Sontheimer*, Grundzüge, S. 32; *Würz*, Entstehung der Bundesrepublik: Frankfurter Dokumente, in: Lebendiges Museum Online, <http://www.hdg.de/lemo/kapitel/nachkriegsjahre/doppelte-staatsgruendung/entstehung-der-bundesrepublik-frankfurter-dokumente.html> (11.02.2020).

²² *Deutscher Bundestag; Bundesarchiv*, Der Parlamentarische Rat 1948–1949 – Akten und Protokolle, Band 2: Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee, 1981, S. XXXVIII.

²³ *Parlamentarischer Rat*, Band 2, S. L.

²⁴ *Deppenheuer*, Geniestreich „wehrhafte Demokratie“, S. 15.

²⁵ *Bauer-Kirsch*, Verfassungskonvent Herrenchiemsee, S. 108.

²⁶ *Dreier*, Grundlagen und Grundzüge, Rn. 27.

gesetzliche²⁷ Verfassungsänderungen, derer sich die Nationalsozialist/innen regelmäßig bedienten²⁸ und durch die letztlich in einem Werk die gültige Fassung nicht mehr erkennbar war, wurden somit für unzulässig erklärt.

f) Parteien als republikanischer Stabilitätsanker

Das Grundgesetz nimmt den Kampf gegen feindliche Personen oder Gruppen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und der Verfassung offensiv auf und ist darin ohne historisches Beispiel: Parteien und Vereine, die die Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen suchen, können verboten werden, Art. 21 II GG. Alleiniges Monopol über die Einstufung einer Partei als verfassungswidrig hat als Hüter über die Verfassung das Bundesverfassungsgericht. In Abgrenzung zur Weimarer Verfassung wurde eine verfassungsmäßige Einbindung von Parteien beraten und vorgesehen und darüber hinaus jene Partei ausgeschlossen, die „sich nach der Art ihrer Tätigkeit die Beseitigung der freiheitlichen und demokratischen Grundordnung zum Ziel gesetzt haben“ (Art. 47 IV HChE). Ohne Diskussion wurde dieser Passus übernommen und fand inhaltlichen Eingang in das Grundgesetz (Art. 21 II GG). Die Anzeichen für Verfassungswidrigkeit einer Partei sind dabei weitaus ausgefeilter als lediglich die Parteitätigkeit selbst. Anzeichen bilden der finalen Formulierung nach auch das Verhalten der Mitglieder/innen und die Parteiziele. Den Müttern und Vätern war sehr wohl bewusst, dass Parteien als verfassungsstaatliche Institutionen angesehen werden müssen und ihnen das Recht, bei der politischen Willensbildung mitzuwirken (Art. 21 I 1 GG), zu gewähren ist. Der Art. 21 GG privilegiert zwar die Entwicklung zum Parteienstaat, aber die Parteien selbst bilden letztendlich den essenziellen Stabilitätsanker für das neue, parlamentarische System, solange sie in ihren Zielen verfassungskonform bleiben. Zu einer Republik ohne Republikaner/innen sollte es nicht noch einmal kommen.

Insbesondere durch das Parteiverbot gelingt dem Grundgesetz die Verbindung demokratischer Offenheit und Relativität mit demokratischem Selbstbehauptungswillen.²⁹

²⁷ Art. 76 WRV: „Die Verfassung kann im Wege der Gesetzgebung geändert werden. Jedoch kommen Beschlüsse des Reichstags auf Abänderung der Verfassung nur zu Stande wenn zwei Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl anwesend sind und wenigstens zwei Drittel der Anwesenden zustimmen. Auch Beschlüsse des Reichsrats auf Abänderung der Verfassung bedürfen einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen [...]“

²⁸ Vgl. z. B. „Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat“ vom 28.02.1933; „Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich“ vom 23.03.1933; „Gesetz über den Neuaufbau des Reichs“ vom 30.01.1934; „Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs“ vom 01.08.1934.

²⁹ Deppenheuer, Geniestreich „wehrhafte Demokratie“, S. 16.

g) Freiheit und Sicherheit: Das Vereinigungsverbot

Hinsichtlich des Verbotes verfassungsfeindlicher Vereinigungen und Vereine ist die Hürde weit niedriger als bei Parteien; die jeweiligen Innenminister/innen können Vereine verbieten, wenn sie die normierten Kriterien des Art. 9 II GG erfüllen; die Formulierung weicht vom Chiemseer Vorschlag nicht grundlegend ab, vielmehr sind an Ort und Stelle des Entwurfes die Verbotshürden konkretisiert worden, um so viel Freiheit als möglich und so viel Strenge als nötig zu gewährleisten. Der Politologe *Hans-Gerd Jaschke* ist der Auffassung, dass zu viel verfassungsrechtliche Freiheit den extremen Kräften Spielraum lasse, zu viel Sicherheit durch viele Verbote und Tabuisierungen hingegen die Demokratie durch Fesseln an den individuellen Freiheitsrechten aushöhle.³⁰ Daher müssen restriktive Normen behutsam und so konkret wie möglich formuliert und angewandt werden.

h) Notstandsgesetze: Klang nach Weimar

Einen gesetzlichen Notstand sah der Verfassungsentwurf zwar vor (Art. 111 III 1 HChE), im Parlamentarischen Rat ist dieser Vorschlag allerdings keineswegs berücksichtigt worden; inhaltlich klang es zu sehr nach Weimar; es hat zu viele Schreckensszenarien wachgerufen. Einen Notstand mit Außerkraftsetzung von gesicherten Grundrechten, das wollte drei Jahre nach Kriegsende keine/r der Abgeordneten. Das Grundgesetz blieb deshalb einem liberalen Geist und der mahnenden deutschen Notstandsgeschichte treu: Keine Notstandsgesetze im Grundgesetz.

4. Ironie und Aberglaube

Am 8. Mai 1949 – am Jahrestag der bedingungslosen Kapitulation – um 23:55 Uhr war es nach dritter Lesung beschlossene Sache: Der Parlamentarische Rat hat ein Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland beschlossen, auf dessen Annahme durch die Landtage am 23. Mai 1949 die Ausfertigung und Verkündung folgte. *Konrad Adenauer* schloss die Sitzung mit den Worten der Präambel des Grundgesetzes: „*Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, seine nationale und staatliche Einheit zu wahren und als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat das Deutsche Volk in den Ländern [...], um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben, kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz [...] beschlossen.*“ – Um 24:00 Uhr, trat das „Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland“ in Kraft; in Kraft trat eine wehrhafte Demokratie – mit wirksamen Freiheits- und Demokratieschutzbestimmungen durch Vereinigungs- und Parteiverbot, die Möglichkeit einer

³⁰ *Westdörp*, svz.de vom 18.07.2017, Ein Bollwerk: die „wehrhafte Demokratie“, <https://www.svz.de/nachrichten/themen/populismuspositionen-perspektiven/ein-bollwerk-die-wehrhafte-demokratie-id17237441.html> (21.04.2020).

Grundrechtsverwirkung sowie mit einer nie dagewesenen Inkorporations- und Ewigkeitsklausel. Durch revolutionäre Normen war ein neuer Staat entstanden.

5. Ein neues Kapitel der Nachkriegsgeschichte

Allen Beteiligten war bewusst, dass ab diesem Moment in Deutschland ein neues Kapitel der Nachkriegsgeschichte aufgeblättert wurde. Die wehrhafte Demokratie hat sich seitdem bewährt. Die Schutzbestimmungen gelten nach wie vor unverändert; teils sind sie zur Anwendung gekommen, wie etwa beim Parteiverbot der rechtsextremen SRP oder der KPD in den 1950er-Jahren, teils noch nie genutzt worden, wie etwa die Grundrechtsverwirkung. Das Grundgesetz ist zu einem „dauerhaften Provisorium“ geworden – und während Weimar für das Scheitern einer parlamentarischen Demokratie steht, begründet Bonn das erfolgreiche Modell einer *militant democracy*. Im Jahr 1968 ist das Grundgesetz um einen entscheidenden wehrhaften Artikel ergänzt worden:³¹ das Widerstandsrecht gegen den Staat. Zeitgleich wurde die zuvor noch entschieden abgelehnte Notstandsgesetzgebung durch die erste Große Koalition in Deutschland eingeführt und so aus einer nach innen wehrhaften auch eine nach außen gerichtete Wehrverfassung.

Seit seiner Verkündung ist das Grundgesetz auch Vorbild und Muster für demokratische Strukturen und den Aufbau einer stabilen Demokratie – so etwa in Südeuropa nach dem Ende der autoritären Regime in den 1970er-Jahren, ebenso auch in ehemaligen sozialistischen Staaten von Ost- und Mitteleuropa in den 1990er-Jahren.³² Wehrhafte Elemente bilden dabei mehr als schlichte Normen. Die Wehrhaftigkeit ist heute Selbstverständnis und Grundprinzip der Gesellschaft, in der wir leben. Gewissermaßen ist der Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung selbst zu einem elementaren Teil

³¹ Art. 20 IV GG eingeführt durch § 1 Nr. 7 des Siebzehnten Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 24.06.1968 in Bundesgesetzblatt 1968 Teil I, S. 709.

³² *Biallas*, das-parlament.de vom 30.05.2011, Deutscher Exportschlager, https://www.das-parlament.de/2011/22_23/Titelseite/34587954-314130 (21.04.2020); *Dippold*, cicero.de vom 22.01.2014, „Das Grundgesetz ist ein Exportschlager“, <https://www.cicero.de/innenpolitik/modell-deutschland-das-grundgesetz-ist-ein-exportschlager/56892> (21.04.2020).

eben dieser selbst gereift. Das ist ohne Vorbild, es ist ein Unikat – und von unschätzbarem Wert.

III. Fazit

Das deutsche Grundgesetz – die freiheitlichste und zugleich funktionstüchtigste Verfassung Deutschlands feierte im letzten Jahr sein 70. Jubiläum, aber auch die historischen Vorlagen jährten sich im Jahr 2019: Es jährte sich die erste deutsche Verfassung, der wir die Bundesfarben Schwarz, Rot und Gold verdanken, zum 170. Mal und die Weimarer Reichsverfassung feierte sein 100. Jubiläum. Angesichts zweier historischer Vorlagen von nicht allzu langer Lebenszeit ist das Grundgesetz eine Erfolgsgeschichte und trotz dieser Vorlagen einmalig – einmalig in der Entstehungsgeschichte, in der Geltungsdauer, in der Wehrhaftigkeit. Das rückblickende Resümee auf die Schutzbestimmungen des Grundgesetzes ist ein voller Erfolg, auf den Deutschland stolz sein kann – und dankbar denen gegenüber, die Unvorstellbares geleistet haben: Die Herren von Herrenchiemsee und die Mütter und Väter des Grundgesetzes haben den Deutschen damals – in einer Zeit von Unfreiheit, Leid und Hunger – Recht und Freiheit garantiert und im Jahr 1990 auch lang ersehnte Einigkeit beschert. Der Text der deutschen Nationalhymne von „Einigkeit und Recht und Freiheit“ passt also wie gemalt zur jüngeren deutschen Verfassungsgeschichte.

Zu Beginn standen viele Fragezeichen, eine kurze Antwort auf diese gibt es nicht. Aber: „Wehrhaft“ bedeutet, dass der deutsche Verfassungsstaat das Recht und die Willenskraft besitzt und sich dessen bewusst ist, sich gegen seine Feinde von außen, aber insbesondere von innen zu verteidigen. Vor allem die Erfahrungen mit der zu freiheitlich ausgestalteten Weimarer Verfassung haben die Mütter und Väter des Grundgesetzes geprägt und sie angetrieben, mit dem Grundgesetz die Risiken einer Wiederholung Weimars unbedingt zu verhindern und Systemumstürzen die Legalität und Legitimität zu nehmen; dazu bedienten sie sich dem demokratischsten und freiheitlichsten Mittel, das Menschen haben: mit lehrhaften, geschichtsverarbeitenden Worten.

Nils Winkler*

Doping-Strafrecht als „Allheilmittel“ für einen sauberen Sport?

Die Rechtsgüter Leben (vgl. §§ 211 ff. StGB) oder körperliche Unversehrtheit (vgl. §§ 223 ff. StGB) begegnen Studierenden der Rechtswissenschaft bereits im Rahmen des Grundstudiums. Deren Legitimität wird nicht in Zweifel gezogen. Umstritten ist dagegen die Existenz des Rechtsguts der Sportintegrität (vgl. § 1 AntiDopG). Bedarf es wirklich eines Strafgesetzes, um den „Sportsgeist“ zu wahren?

Dieser Beitrag befasst sich zunächst mit den Grundzügen der Lehre vom Rechtsgut. Diese Lehre wird sodann auf das Anti-Doping-Gesetz angewandt und führt zu einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Rechtsgut der Sportintegrität.

I. Einführung

Die Schwerpunktstaatsanwaltschaft zur Verfolgung von Dopingstraftaten in Freiburg leitete im Februar 2016 Ermittlungen gegen Ringer und Verantwortliche des ASV Nendingen in Baden-Württemberg ein. Das Ermittlungsverfahren hatte nach Hinweisen der Nationalen Anti-Doping Agentur (NADA) den Verdacht des Verstoßes gegen das Anti-Doping-Gesetz (AntiDopG) zum Gegenstand.¹ Bei den Beschuldigten waren Spuren des verbotenen Herzmittels Meldonium gefunden worden. Dieser Fund führte schließlich dazu, dass gegen zwei Ringer des Deutschen Meisters² durch das Amtsgericht Tuttlingen auf Antrag der Staatsanwaltschaft je ein Strafbefehl erlassen wurde. Damit sind erstmals Sanktionen auf Grundlage des im Dezember 2015 in Kraft getretenen Anti-Doping-Gesetzes ausgesprochen worden.³ Allerdings hatten diese zunächst ausgesprochenen Strafen nicht lange Bestand, weil es nach einem Einspruch

der Beschuldigten nicht gelungen war, den Beweis zu führen.⁴

Auch dieser Umstand trägt nicht zu einer größeren Akzeptanz des AntiDopG bei. Hinzu kommt die mangelnde Kooperationsbereitschaft seitens der Sportverbände, die den Justizbehörden seit Einführung des Gesetzes missfällt. Deshalb gestand OStA *Christoph Frank*, der Leiter der Schwerpunktabteilung zur Verfolgung von Dopingstraftaten, dass die Behörde „mit einer größeren Zahl solcher Hinweise gerechnet“ hätte. Aber das Strafrecht sei kein Allheilmittel, „um das Dopingproblem als gesellschaftliches Problem [...] zu lösen“.⁵ Das AntiDopG ist in der Rechtswissenschaft – unter dem Aspekt des Rechtsgüterschutzes – vieldiskutiert.

II. Dogmatische Konzeption der Rechtsgutslehre

Der Gehalt der Rechtsgutslehre ergibt sich aus ihrer historischen Entwicklung: „Die Geschichte des Rechtsgutsbegriffs ist der Rechtsgutsbegriff der deutschen Strafrechtslehre!“⁶ Insoweit gibt es *den* Rechtsgutsbegriff des deutschen Strafrechts nicht.

1. Historische Entwicklung

Zur Darstellung der strafrechtsgeschichtlichen Entwicklung des Rechtsgutsbegriffs ist auf die Grundzüge der wesentlichen Ansichten einzugehen.

a) Ursprünge des Rechtsgutsbegriffs

Die Anfänge der Entwicklung des Rechtsgutsbegriffs liegen in der aufklärerischen Verbrechenslehre.⁷ Mitursächlich für die Bewegung der Aufklärung war der Zustand des Strafrechts Mitte des 18. Jahrhunderts, als die *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 weiterhin Grundlage des gemeinen Strafrechts war.⁸ Dieser Zeitpunkt wird als „der trostlose Zustand der Verwirrung“

* Der Autor ist Dipl.-Jur., ausgebildeter Redakteur sowie freier Mitarbeiter in der Sportredaktion für die Hörfunkprogramme des Norddeutschen Rundfunks (NDR). Dieser Beitrag beruht auf einer im Schwerpunktbereich „Kriminalität und Kriminalitätskontrolle“ bei Professor Dr. Dr. Milan Kuhli eingereichten Schwerpunkt Hausarbeit an der Universität Hamburg.

1 Presseportal: LKA Baden-Württemberg, Gemeinsame Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Freiburg und des Landeskriminalamts Baden-Württemberg: Durchsuchungen wegen des Verdachts des Verstoßes gegen das Antidopinggesetz – Pressemitteilung vom 24.02.2016, <https://www.presseportal.de/blaulicht/pm/110980/3260171> (13.11.2019).

2 SWR, Doping-Strafbefehle gegen Nendinger Ringer, <https://www.swr.de/sport/ringen-asv-nendingen-doping-straefbefehle-gegen-nendinger-ringer/-/id=1208948/did=18803538/nid=1208948/1q7b3u3/index.html> (13.11.2019).

3 Hecker, Strafbefehl für zwei Ringer, <https://www.faz.net/aktuell/sport/mehr-sport/anti-doping-gesetz-straefbefehl-fuer-zwei-ringer-14613450.html> (13.11.2019).

4 Gulde, Tuttlinger Gericht spricht Ringer-Trainer und Betreuer von Doping-Vorwurf frei, <https://www.badische-zeitung.de/tuttlinger-gericht-spricht-ringer-trainer-und-betreuer-von-doping-vorwurf-frei-178404329.html> (18.11.2019).

5 Einsiedler, Oberstaatsanwalt Frank: „Es gibt ein Kartell des Schweigens“, <https://www.tagesspiegel.de/sport/anti-doping-gesetz-oberstaatsanwalt-frank-es-gibt-ein-kartell-des-schweigens/14990128.html> (13.11.2019).

6 Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Rechtsguts, 1962, S. 88.

7 Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 25.

8 Sina, Dogmengeschichte, 1962, S. 3.

bezeichnet,⁹ weil beispielsweise unbestimmte Tatbestände der Willkür zugänglich waren.¹⁰

b) Theorie der Rechtsverletzung nach Feuerbach

Sodann beschrieb *Feuerbach*, ein Kritiker dieser Entwicklung, das Verbrechen als „eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Recht eines anderen widersprechende Handlung“, die eine Verletzung der staatsvertraglich verbürgten und strafgesetzlich gesicherten Freiheit zur Folge hat.¹¹ Der Zweck des Staates bestehe darin, einen rechtlichen Zustand zu errichten, um die Idee der rechtlichen Freiheit zu realisieren.¹² Aufgrund der Nähe zum Modell des Gesellschaftsvertrages wird der Rechtsverletzungstheorie ein gesetzgebungskritischer Gehalt zugesprochen.¹³ Gewährt wurden Rechte des Einzelnen sowie des Staates, nicht jedoch „die Bedingungen des Zusammenlebens der Personen“.¹⁴ *Feuerbach* blieb jedoch nicht konsequent: unmoralisches Verhalten wurde als „Polizeiübertretung“ geahndet und war ein „Verbrechen im weiteren Sinne“.¹⁵ Dennoch wird *Feuerbachs* Theorie aufgrund der Erhebung des subjektiven Rechts zum Objekt des Verbrechens ein hoher Stellenwert beigemessen.¹⁶

c) Birnbaums Theorie vom geschützten Gut

Birnbaums Verbrechensbegriff umfasste das von der Straftat betroffene „schutzwürdige Gut“.¹⁷ Er verstand seinen Rechtsgutsbegriff als „vor dem Gesetze existierend“.¹⁸ Das rechtliche Gut *Birnbaums* markierte einen strafrechtswissenschaftlichen Wendepunkt. In der Verbrechensdiskussion verdrängten die nunmehr im Mittelpunkt stehenden Güter die zuvor für wichtig gehaltenen Rechte.¹⁹ Obwohl *Birnbaum* seine Theorie als vorpositiv bezeichnete, war ihr kein gesetzgebungskritischer Gehalt zu entnehmen.²⁰

d) Das Gut in der Verbrechenslehre nach Binding

Binding orientierte sich am geschützten Gut *Birnbaums*, überließ dieses jedoch den Händen des Gesetzgebers. Rechtsgut sei alles, an dessen Erhaltung die Gemeinschaft – nach Ansicht des Gesetzgebers – ein Interesse habe. Als Verbrechensobjekt identifizierte *Binding* das subjektive Recht auf

Botmäßigkeit, das er dem Staat zugestanden hat.²¹ In der Lehre *Bindings* ist der Begriff vom Rechtsgut in seiner gegenwärtigen Form enthalten.²² Eine den Gesetzgeber begrenzende Funktion kann diesem Begriff dennoch nicht zugesprochen werden, weil er „ausschließlich Sache des jeweiligen Gesetzgebers“ ist.²³

e) Der Rechtsgutsbegriff nach von Liszt

Zur näheren Bestimmung des Rechtsguts rückte *von Liszt* den Menschen in den Mittelpunkt: „Alles Recht ist der Menschen willen da.“ Schützenswert seien die Interessen des Einzelnen und der Gesamtheit.²⁴ *Von Liszt* forderte einen begrenzten Einsatz des Strafrechts durch eine Objektivierung der Rechtssätze, um einer „Verstaatlichung der Strafe“ entgegenzuwirken.²⁵ In dem Ansatz *von Liszts* werden zwar liberale Intentionen erkannt,²⁶ seine Ausführungen blieben dennoch ein „Anspruch [...] ohne Biss“, weil jeder gesetzgebungskritische Gehalt abhanden gekommen sei.²⁷ In der Gleichsetzung von Staat und Individuum wird ein Zirkelschluss gesehen, der dazu führt, dass jedes staatlich untersagte Handeln die Staatsinteressen verletzt und somit ein Rechtsgut nach *von Liszt* beeinträchtigt.²⁸

f) Stellungnahme

Der Rechtsgutsbegriff hat sich als eine Errungenschaft erwiesen. Trotz mangelnder Begriffsdefinitionen war eine Strafe, die nicht aufgrund der Verletzung eines Rechtsguts legitimiert war, fortan nicht mehr denkbar. Das Bewusstsein, den Staat im Rahmen der Strafgesetzgebung zu beschränken, ist mit der Zeit stärker hervorgetreten. Die historische Entwicklung ebnete den Weg zum heutigen systemkritischen Rechtsgutverständnis.

2. Gegenwärtiger Diskussionsstand

Der gesetzgebungskritische Gehalt des Rechtsgutsbegriffs hat sich endgültig in der Zeit nach 1945 entwickelt,²⁹ sodass nunmehr anhand neuerer Ansätze auf den gegenwärtigen Diskussionsstand einzugehen ist. Diese haben das gemeinsame Ziel, die systemkritische Funktion des Rechtsgutsbegriffs neu aufleben zu lassen.³⁰

9 *Güterbock*, Die Entstehungsgeschichte der Carolina auf Grund archivalischer Forschung und neue aufgefundenen Entwürfe, 1876, S. 197.

10 *Sina*, Dogmengeschichte, 1962, S. 3.

11 *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1832, § 21.

12 *Feuerbach*, Anti-Hobbes, 1797, S. 38.

13 *Swoboda*, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 122 (2010), 24 (26).

14 *Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 10.

15 *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 36.

16 *Sina*, Dogmengeschichte, 1962, S. 12.

17 *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (27).

18 *Birnbaum*, Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens (1836), in: Dalbora/Vormbaum, Zwei Aufsätze, 2011, S. 570.

19 *Sina*, Dogmengeschichte, 1962, S. 23.

20 *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (27).

21 *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (29).

22 *Worms*, Die Bekenntnisbeschimpfung im Sinne des § 166 I StGB und die Lehre vom Rechtsgut, 1984, S. 16.

23 *Worms*, Bekenntnisbeschimpfung, 1984, S. 18.

24 *von Liszt*, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, ZStW 6 (1886), 663 (673).

25 *von Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), 1 (19).

26 *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S. 151 (155).

27 *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (31 f.).

28 *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 1972, S. 88.

29 *Roxin*, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Herzog/Neumann, Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 573 (576).

30 *Worms*, Bekenntnisbeschimpfung, 1984 S. 31.

a) Rechtsgutsbegriff zur freien Entfaltung nach Roxin

Laut *Roxin* verdient der strafrechtsbegrenzende Begriff vom Rechtsgut weitere Bemühungen um ihn.³¹ *Roxin* hat seinem Begriff ein flexibles Verständnis zugrunde gelegt.³² Den materiellen Verbrechensbegriff sieht *Roxin* dem Strafrecht vorgelagert. Er sei „kriminalpolitischer Maßstab“ für den Gesetzgeber und gebe vor, was zu bestrafen sei und was straflos zu bleiben habe.³³

Roxin orientiert sich an der Aufgabe des Staates, die er als Rechtsgüterschutz „subsidiärer Natur“ versteht.³⁴ Strafrecht solle ein freies und friedliches Zusammenleben der Bürger sichern und die Grundrechte wahren. Rechtsgüter sind laut *Roxin* „alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen [...], die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind.“ Seinen Rechtsgutsbegriff sieht *Roxin* nicht auf bereits vorgefundene Zustände beschränkt, sondern bezieht auch vom Staat geschaffene Normbefolgungspflichten – wie etwa den staatlichen Steueranspruch – mit ein.³⁵ Es dürfe jedoch nicht mehr verboten werden als zur Schaffung einer friedlich-freiheitlichen Koexistenz erforderlich.³⁶

Universalrechtsgüter erkennt *Roxin* grundsätzlich an. Er warnt jedoch vor einem Missbrauch mithilfe „vager Allgemeinbegriffe“, die ein Rechtsgut konstruieren, das keines eines jeden Einzelnen ist und mithin nicht strafwürdig beeinträchtigt werden kann.³⁷ Umschreibungen gesetzlicher Zielvorstellungen – etwa die „Existenz einer drogenfreien Gesellschaft“ – erkennt *Roxin* dagegen mangels Beeinträchtigung und Schadenseintritts nicht an.³⁸

b) Personale Rechtsgutslehre nach Hassemer

Enger zugeschnitten ist die personale Rechtsgutslehre, die ihren Ausgangspunkt in der Kritik an der zunehmenden symbolischen Gesetzgebung findet.³⁹ *Hassemer* kritisiert, dass in der modernen Strafgesetzgebung „opferverdünnte Delikte“ kriminalisiert werden. Um dem entgegenzutreten zu können, bedürfe es einer greifbaren Beschreibung der Rechtsgüter.⁴⁰ Jedoch habe bereits die Historie gezeigt, dass ein Rechtsgutsbegriff nicht ohne Weiteres zu beschreiben sei.⁴¹

Hassemer verkennt nicht, dass er neue Möglichkeiten der Verletzung von Rechtsgütern – etwa in der Umwelt oder in der Kommunikationstechnologie – zu berücksichtigen habe. Er beschreibt dies als Herausforderung, „ohne dabei die personale Tradition der Lehre aufzugeben.“⁴² Insoweit benennt *Hassemer* Rechtsgüter als „strafrechtlich schutzbedürftige menschliche Interessen“. Die Möglichkeit des Schutzes von Personen habe im Vordergrund zu stehen. Der Schutz von Institutionen dürfe nicht darüber hinausgehen.⁴³

Hassemer erkennt, wie zuvor bereits *Roxin*, dass Universalrechtsgüter schwerlich mit dem systemkritischen Rechtsgutsbegriff zu vereinbaren sind. Um sie zu legitimieren, sind Rechtsgüter der Allgemeinheit oder des Staates „von den Interessen der Person her“ zu funktionalisieren.⁴⁴ Er entnimmt seiner Lehre schließlich unterschiedliche kriminalpolitische Konsequenzen und verweist auf eine Hierarchie von Rechtsgütern. Daraus folge, dass Rechtsgüter, die nicht dem Individuum zugeordnet werden können, vom Strafgesetzgeber zurückhaltend zu behandeln sind. Insoweit bedürfe es eines dringlichen Anlasses zum Rechtsgüterschutz.⁴⁵

c) Kritische Würdigung

Die systemkritische Rechtsgutslehre soll den Gesetzgeber begrenzen, indem sie Strafvorschriften eine Legitimation zuschreibt oder dieselbe abspricht. Jedoch sind die Grenzen, die auf diese Weise gesetzt werden, nicht eindeutig.⁴⁶ Die Lehre wird in Teilen der Wissenschaft bereits als „Lebenslüge“ abgestempelt.⁴⁷ Inwieweit dies der Rechtsgutslehre gerecht wird, ist nachfolgend darzustellen. Die Kritik betrifft insbesondere die Begriffsdefinitionen. Im Zuge der kritischen Würdigung wird auch auf die Leitentscheidung des BVerfGs einzugehen sein.

aa) Fehlender einheitlicher Begriff

Den Vertretern der Rechtsgutslehre wird kritisch entgegengehalten, dass es nicht gelungen sei, zu einer „begrifflichen Konturierung“ zu gelangen.⁴⁸ Daran anknüpfend wird kritisiert, dass dem Rechtsgutsbegriff „jegliche inhaltliche Konkretheit“ fehle.⁴⁹ Stattdessen existiere eine unübersichtliche Vielfalt von Definitionen, deren Beziehung zueinander ungeklärt ist.⁵⁰ In der Rechtswissenschaft ergeht jedoch der kritische Hinweis, dass dieses Problem mit Blick auf die Dogmengeschichte und die

31 *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 5.

32 *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (34).

33 *Roxin*, AT, Band I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 1.

34 *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 (382).

35 *Roxin*, AT, Band I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7.

36 *Roxin*, ebd., § 2 Rn. 8.

37 *Roxin*, ebd., § 2 Rn. 10.

38 *Roxin*, ebd., § 2 Rn. 14.

39 *Hassemer*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, 553 (553).

40 *Hassemer*, FS-Kaufmann, 1989, S. 85 (89).

41 *Hassemer*, NStZ 1989, 553 (557).

42 *Hassemer*, FS-Kaufmann, 1989, S. 85 (90).

43 *Hassemer*, ebd., S. 85 (91).

44 *Hassemer*, in: NK StGB, 2. Aufl. 2005, Vor § 1 Rn. 132.

45 *Hassemer*, FS-Kaufmann, 1989, S. 92.

46 *Martins*, Der Begriff des Interesses und der demokratische Inhalt der Rechtsgutslehre, ZStW 125 (2013), 234 (234).

47 *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (37).

48 *Wohlens*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 219.

49 *Marx*, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“ – Prolegomena einer materialen Rechtsgutslehre, 1972, S. 20 f.

50 *Roxin*, AT, Band I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 3.

Vielfalt der Tatbestände nicht lösbar sei.⁵¹ Es könne nicht gelingen, eine umfassende, jede denkbare strafrechtlich relevante Konstellation erfassende Definition zu schaffen, die gleichzeitig eine den Gesetzgeber begrenzende Wirkung entfaltet.⁵²

Aufgrund gemeinsamer Ausgangspunkte aller Definitionsversuche erscheint die Rechtsgutslehre dennoch vorzugswürdig. Die Erkenntnis, dass der Begriff vom Rechtsgut nicht mit dem bloßen Interesse des Gesetzgebers zur Normierung eines Tatbestandes auf eine Stufe gestellt werden darf, gilt als gesichert.⁵³ Den Lehren ist darüber hinaus gemein, dass Verhaltensweisen ohne einen Bezugspunkt zu einem dahinterstehenden menschlichen bzw. gemeinschaftlichen Interesse nicht strafrechtlich zu sanktionieren sind. Trotz unterschiedlicher Definitionsversuche existieren insoweit einheitliche Mindestvoraussetzungen.

bb) Kein Konzept für Universalrechtsgüter

Eine taugliche Begriffsdefinition sei auch deshalb nicht möglich, weil sich Universalrechtsgüter mit der Rechtslehre nicht in Einklang bringen ließen. Kollektive Rechtsgüter könnten „nicht ohne Brüche“ einbezogen werden.⁵⁴ Es könne nur einen Begriff geben, der entweder individuelle oder aber kollektive Güter schütze.⁵⁵

Hassemer gelingt es jedoch, eine Lösung für die Einbeziehung von Universalrechtsgütern aufzuzeigen. Dieser will Kollektivgüter mittels personeller Interessen funktionalisieren. Daher sollte Rechtsgütern der Allgemeinheit, die sich nicht aus solchen des Einzelnen ableiten lassen, Misstrauen entgegengebracht werden.⁵⁶

cc) Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG ließ im Jahr 2008 die Gelegenheit ungenutzt, sich zu der Rechtsgutslehre zu bekennen. Dieser Beschluss ist für die Lehre vom Rechtsgut als „Rückschlag“ deklariert worden.⁵⁷ Die Mehrheit der Richter bezeichnete das Bestreben nach einem systemkritischen Rechtsbegriff als „begrüßenswertes Engagement“, jedoch habe das „vage Abstellen“ auf zu weitgefaste Güter zu keinem einheitlichen Begriff geführt. Daher sei die Lehre der Kontrolle der Legitimität von Strafnormen nicht zugänglich. Das Gericht würde sich jedoch nicht zurückhalten, soweit eine Norm „wegen evident fehlender Basis

in einem schützenswerten Rechtsgut [...] im rechtsfreien Raum schwebt“.⁵⁸

Der damalige Vizepräsident des BVerfGs, *Winfried Hassemer*, wendete sich hiervon in einem „furiosen Sondervotum“⁵⁹ ab. Er erklärte, dass sich die Mehrheit des Senats hinsichtlich der Kontrolle strafrechtlicher Normen zu weitgehend zurückhalte.⁶⁰

d) Ergebnis

Die Lehre vom Rechtsgut ist keine „Lebenslüge“. Sie ist ein kritisches Argumentationswerkzeug. Der systemkritische Rechtsbegriff kann einen „Beitrag zu einem rationalen Gesetzgebungsprozess“⁶¹ leisten, indem er „Irritationen, Zweifel, Unordnung“⁶² hervorruft. Wenn er Strafnormen nicht legitimieren kann, könne er sie wenigstens delegitimieren.⁶³ Die Lehre sollte stets zur Überprüfung des durch Strafnormen zu Schützenden mahnen.⁶⁴

III. § 1 AntiDopG im Lichte der Lehre vom Rechtsgut

Das AntiDopG hat bis zu seiner heute gültigen Fassung einen langen Anlauf zurückgelegt. Der Entstehungsprozess kam einem Marathonlauf gleich. Schlussendlich trat das AntiDopG im Dezember 2015 in Kraft.⁶⁵ § 1 bestimmt den Zweck des Gesetzes.

Zunächst ist festzustellen, welche Rechtsgüter das AntiDopG schützt. Diese sind sodann unter Hinzuziehung des systemkritischen Rechtsbegriffs zu diskutieren.

1. Rechtsgüterschutz im AntiDopG

In systematischer Hinsicht ist § 1 den nachfolgenden Normen des AntiDopG – für das Öffentliche Recht typisch, nicht jedoch für das Strafrecht – vorangestellt.⁶⁶ Ausgehend von dem Wortlaut benennt der Gesetzgeber im ersten Halbsatz des § 1 den Zweck des Gesetzes. Dieses „dient der Bekämpfung des Einsatzes von Dopingmitteln und Dopingmethoden im Sport“. Mit dem Wort „um“ wird sodann die Aufzählung der durch das AntiDopG zu schützenden Rechtsgüter eingeleitet.

51 *Stratenwerth*, Zum Begriff des Rechtsgutes, in: Eser/Schittenhelm/Schumann, Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 377 (388).

52 *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT, Band I, 8. Aufl. 1992, § 19 Rn. 12.

53 *Wohlers*, Deliktstypen, 2000, S. 219.

54 *Hassemer*, in: NK StGB, 2. Aufl. 2005, Vor § 1 Rn. 117.

55 *Schünemann*, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1990, 201 (218).

56 *Neumann*, „Alternativen: keine“ – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre, in: Neumann/Prittowitz, „Personale Rechtslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, 2007, S. 91.

57 BVerfGE JuS 2008, 550 (552).

58 BVerfGE JuS 2008, 550 (551).

59 BVerfGE JuS 2008, 550 (552).

60 BVerfGE JuS 2008, 550 (552).

61 *Martins*, Die personale Rechtsgutslehre als demokratische Schranke, in: Asholt/Kuhli/Ziemann/Basak/Reiß/Beck/Nestler, Grundlagen und Grenzen des Strafens, 2015, S. 79 (83).

62 *Martins*, ebd., S. 79 (86).

63 *Wohlers*, Deliktstypen, 2000, S. 281.

64 *Frisch*, An den Grenzen des Strafrechts, in: Küper/Welp, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 69 (72).

65 *Joecks*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, Vor § 223 Rn. 35.

66 *Jahn*, Noch mehr Risiken als Nebenwirkungen – der Anti-Doping-Gesetzesentwurf der Bundesregierung aus Sicht des Strafrechts, SpruT 2015, 149 (150).

Das erste zu schützende Rechtsgut ist „die Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler“. Umstritten ist diesbezüglich, inwieweit Athleten gegen ihren Willen vor eigenverantwortlichem Handeln staatlicherseits geschützt werden dürfen.⁶⁷ Im Mittelpunkt dieses Beitrages stehen jedoch die nachfolgend genannten und ebenfalls von § 1 geschützten Rechtsgüter.

a) Fairness und Chancengleichheit

An zweiter Stelle erhebt der Gesetzgeber die „Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben“ zu schützenswerten Rechtsgütern. Sie werden als eigenständige Rechtsgüter aufgefasst, die sich unter den Begriff des Sportethos fassen lassen.⁶⁸ Damit geht eine erhebliche Ausweitung der bisherigen Schutzzweckrichtung einher.⁶⁹ Die Prinzipien der Fairness und der Chancengleichheit versteht der Gesetzgeber als ethisch-moralische „Grundwerte des Sports“.⁷⁰

aa) Begrifflichkeiten

Eine Definition des Fairnessbegriffs ist der Begründung des Gesetzgebers nicht zu entnehmen, sodass auf ein allgemeines Verständnis abzustellen ist. In formeller Hinsicht ist zu verlangen, dass die Spielregeln eingehalten werden. Dies ist normativ zwingend vorgeschrieben. Der informelle Fairnessbegriff basiert auf dem Grundsatz des „traditionellen Sportlichkeitsgeistes“, sodass sich die Wettkämpfer auch im Rahmen einer sportlichen Auseinandersetzung untereinander verbunden sein sollen.⁷¹

Mit der Chancengleichheit wird nach allgemeinem Verständnis eine „Gleichheit der Wettkampfbedingungen“ angestrebt. Sportler sollen ihre Leistungen untereinander auf einer gemeinsamen Grundlage vergleichen können. Diese Grundlage wird etwa durch Einflüsse von außen beeinträchtigt, zu denen nicht Fähigkeiten, die in der Person eines Athleten liegen, oder Trainingsmethoden zählen.⁷² Das Doping wird als externer Einfluss gewertet, weil sich Athleten hierdurch „ungerechtfertigte Vorteile“ verschaffen.⁷³

bb) Sicherung bei Sportwettbewerben

Die Fairness und die Chancengleichheit sollen bei Sportwettbewerben gesichert werden. Sportwettbewerbe sind Veranstaltungen, bei denen Sportler in einem Leistungsvergleich gegeneinander antreten. Das in Rede stehende Rechtsgut ist nicht auf Wettbewerbe des organisierten Sports beschränkt. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 3, der eine derartige Beschränkung ent-

hält.⁷⁴ In der Begründung heißt es, dass Sportveranstaltungen rein privater Natur wie Freizeitkickerturniere von dem Verbot des Selbstdopings nicht erfasst seien.⁷⁵ Der Umkehrschluss aus dieser Begründung hat zur Folge, dass Veranstaltungen dieser Art wenigstens von § 1 erfasst sind. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Gesetzesbegründung auf eine „Kriminalisierung des reinen Amateursports“ nicht abzielt.⁷⁶ Insoweit ist festzustellen, dass der Gesetzgeber gegen Doping im Spitzensport vorgehen möchte, um positiv auch auf den Freizeitsport einwirken zu können.

b) Integrität des Sports

Schließlich erfasst § 1 als drittes Rechtsgut die Integrität des Sports. Diese ist erstmals als zu schützendes Gut normativ niedergeschrieben worden.⁷⁷ Die Sportintegrität stellt das Gesamtkonstrukt dar, sodass Fairness und Chancengleichheit die Funktion eines „bereichsspezifischen“ Beitrages zur Integrität des Sports zugeschrieben wird.⁷⁸ Insoweit wird auf ein öffentliches Interesse verwiesen, „den Sport vor negativen Einflüssen und Entwicklungen zu bewahren“ und dessen „Glaubwürdigkeit und Vorbildfunktion“ zu sichern.⁷⁹

2. Rechtsgutdiskussion über die Integrität des Sports

All dies wirft die Frage auf, inwieweit das Rechtsgut der Integrität des Sports mit dem systemkritischen Rechtsgutsbegriff zu vereinbaren ist. Unter Bezugnahme auf die vorstehenden Ausführungen wird hier die personale Rechtsgutslehre *Hassemers* vertreten, welche den Begriff vom Rechtsgut in konkreter Gestalt erfasst und ein Konzept für die Begründung von Universalrechtsgütern aufweisen kann.

a) Sportintegrität als schutzbedürftiges menschliches Interesse

Hassemer zufolge sind zu schützende Rechtsgüter solche, die strafrechtlich schutzbedürftige menschliche Interessen zum Gegenstand haben. Universalrechtsgüter sind von den Interessen der Person her zu funktionalisieren und nur schützenswert, soweit ein dringlicher Anlass besteht. In der Strafrechtswissenschaft ist umstritten, inwieweit einem Rechtsgut der Sportintegrität diese Qualität zugeschrieben werden kann.

aa) Sportintegrität als taugliches Rechtsgut

Der Gesetzgeber argumentiert mit der gesellschaftlichen Bedeutung des Sports. In Deutschland gebe es 91.000 Vereine mit 28 Millionen Mitgliedern. Es wird auf hohe

67 *Weber*, in: Kommentar BtMG, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 6.

68 *Weber*, in: Kommentar BtMG, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 13.

69 *Nolte*, Handkommentar zum AntiDopG, 2017, § 1 Rn. 40.

70 BR-Drucks. 126/15,1.

71 *Lenk/Pilz*, Das Prinzip Fairness, 1989, S. 37 f.

72 *Nolte*, Handkommentar zum AntiDopG, 2017, § 1 Rn. 43.

73 BR-Drucks. 126/15,1.

74 *Nolte*, Handkommentar zum AntiDopG, 2017, § 1 Rn. 47.

75 BR-Drucks. 126/15,28.

76 BR-Drucks. 126/15,2.

77 *Finken*, Die neue Anti-Doping-Gesetzgebung: Gesetz zur Bekämpfung von Doping im Sport, PharmR 2016, 445 (446).

78 *Nolte*, Handkommentar zum AntiDopG, 2017, § 1 Rn. 53.

79 BR-Drucks. 126/15,1.

Einschaltquoten von Sportübertragungen verwiesen und darauf, dass Kinder und Jugendliche in ihrer Freizeit an erster Stelle Sport treiben. Sport wecke Leistungsbereitschaft und stehe für Werte wie Fairplay und Teamgeist, die für eine Gesellschaft notwendig seien. Ohne ein strafrechtliches Eingreifen steige der Druck auf „saubere“ Sportler, ebenfalls zu Dopingmitteln greifen zu müssen, um der Leistungsentwicklung standhalten zu können.⁸⁰ Damit einhergehend wird Doping „als Angriff auf die (wertbildende) soziale Funktion des sportlichen Wettkampfes“⁸¹ gesehen.

bb) Sportintegrität schützt kein allgemeingültiges Interesse

Eine andere Ansicht bezeichnet den Sport als „Freizeitvergnügen und Massenentertainment“. Ein öffentliches Empörungspotenzial begründe keinen Eingriff des Staates.⁸² Der gesetzgeberischen Argumentation wird entgegengehalten, dass sich das Strafrecht mit der Anerkennung der Sportintegrität als „Hybridsrechtsgut“ einem ethischen Verständnis öffne. Dann ließe sich auch die Straflosigkeit eines groben sowie vorsätzlichen Foulspiels nicht mehr schlüssig begründen.⁸³ Die Begriffe Fairness und Chancengleichheit gehörten „zum Bereich bloßer moralischer Verpflichtungen“.⁸⁴ Durch einen zwangsweisen Schutz könnten diese Werte aus sich heraus nicht mehr überzeugen.⁸⁵ Schließlich werde die Fairness auch im Alltag, etwa im Beruf oder bei der Bearbeitung von Klausuren, nicht geschützt. Insoweit sei das Strafrecht als ultima ratio für den Kampf gegen Doping das falsche Mittel.⁸⁶

cc) Stellungnahme

Die Darstellungen der Befürworter eines Rechtsguts der Sportintegrität erschöpfen sich in ethischen Argumentationsstrukturen. Dem Sport wird eine überragende Bedeutung beigemessen. Dabei werden jedoch zwei Tatsachen verkannt.

(1) Gesellschaftlicher Druck durch kommerziellen Markt

Der Gesetzgeber übersieht zunächst, dass „der kommerzielle Sport (nur) nach den Regeln des Marktes funktioniert“.⁸⁷ Insoweit ist der Kampf gegen Doping im Sport als gesamtgesellschaftliche Aufgabe nicht von Seiten des Staates zu führen. Der Sport bleibt in seiner Funktion erhalten, soweit Fans und Zuschauer, Sponsoren sowie Medien den Ereignissen einer Disziplin regelmäßig beiwohnen. Der Wegfall bereits einer dieser drei Säulen würde mit erheblichen Verlusten einhergehen: Das Ansehen der Disziplin würde Schaden nehmen, finanzielle Einbußen wären die Konsequenz.

Diese drei Säulen sind miteinander verzahnt. Bleiben Zuschauer den Ereignissen fern, ist die Disziplin weder für Sponsoren noch für Medien attraktiv. Stellen die Medien die Berichterstattung ein, kann die Disziplin nicht zu ihrem Publikum durchdringen. Ohne Sponsoren fehlen finanzielle Mittel. Insoweit besteht in diesem gesellschaftlichen Bereich, der strafrechtlichen Normen vorgelagert ist, hinreichend Potenzial, Doping im Sport zu bekämpfen. Anders läge das etwa im Falle des Dopings bei Klausuren oder im Beruf. Dort kann kein gesellschaftlicher Druck von außen ausgeübt werden, weil es keinen kommerziellen Markt gibt.

(2) Ethische Grundwerte bilden sich unterhalb des Spitzensports

Die zweite Tatsache, die der Gesetzgeber bei der Schaffung des Anti-Doping-Gesetzes verkannt hat, bezieht sich auf die Wirkung desselben. Es werden „erhebliche Zweifel“ geäußert, dass die „ethisch-moralischen Grundwerte“, die der Gesetzgeber in den Blick nimmt, ausschließlich dem Spitzensport entspringen.⁸⁸

Diesseits wird vertreten, dass sportethische Werte im Breitensport gebildet werden. Etwa die Vorbildfunktion ist nicht ausschließlich aus dem Spitzensport herzuleiten. Vorbilder entstehen auch – und gerade – im Breitensport. Dies ist naheliegend, weil diese Idole jungen Sportlern auf Augenhöhe begegnen. Sie sind greifbarer. Im nationalen wie internationalen Fußball lässt sich dagegen erkennen, dass sich diese Spitzensportdisziplin unter anderem durch eine kaum mehr nachvollziehbare und nach oben hin offene Entwicklung des Gehaltsgefüges schrittweise von der Gesellschaft entfernt. Zudem überwiegt in Spitzensportdisziplinen das Element der Unterhaltung, insoweit sei auf den obenstehenden Begriff des „Massenentertainment“ verwiesen. Daher ist zu bezweifeln, dass einer – überspitzt formuliert – Unterhal-

⁸⁰ Maas, NStZ 2015, 305 (307).

⁸¹ Cherkeh/Momsen, Doping als Wettbewerbsverzerrung? – Möglichkeiten der strafrechtlichen Erfassung des Dopings unter besonderer Berücksichtigung der Schädigung von Mitbewerbern, NJW 2001, 1745 (1747).

⁸² Beukelmann, Das Strafrecht und die Lauterkeit des sportlichen Wettbewerbs, NJW-Spezial 2010, 56 (57).

⁸³ Norouzi/Summerer, DAV-Stellungnahme zum AntiDopG, SpuRt 2015, 63 (64).

⁸⁴ Jahn, Noch mehr Risiken als Nebenwirkungen – der Anti-Doping-Gesetzesentwurf der Bundesregierung aus Sicht des Strafrechts, SpuRt 2015, 149 (151).

⁸⁵ Valerius, in: Zur Strafbarkeit des Dopings de lege lata und de lege ferenda, in: Bernsmann/Fischer, Festschrift für Ruth Rissing-van Saan, 2011, 717 (730).

⁸⁶ Künast, Doping ist kein Fall für das Strafrecht, <https://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/renate-kuenast-ueber-das-anti-doping-gesetz-und-strafrecht-13605393.html> (13.11.2019).

⁸⁷ DRB e. V., Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Dopings im Sport, <https://www.drb.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/715/> (13.11.2019).

⁸⁸ DRB e. V., <https://www.drb.de/positionen/stellungnahmen/stellungnahme/news/715/> (13.11.2019).

tungsbranche eine derart für die Gesellschaft bedeutende Wertbildungsfunktion zugeschrieben werden kann, auf die der Gesetzgeber im Rahmen seiner Begründung verweist.

3. Ergebnis

Das Rechtsgut der Integrität des Sports ist nicht mit dem systemkritischen Rechtsgutsbegriff nach *Hassemer* zu vereinbaren. Für eine Legitimation dieses Universalrechtsguts bedürfte es eines dringlichen Anlasses, ein menschliches Interesse strafrechtlich zu schützen. Der Gesetzgeber verkennt die Funktion des Spitzensports und schreibt der Gesellschaft deshalb keine unmittelbare Verantwortung zu. Stattdessen griff der Gesetzgeber vorschnell zum Instrument des Strafrechts.

IV. Schlussbemerkung

Der Leiter der Schwerpunktstaatsanwaltschaft zur Verfolgung von Dopingdelikten in Freiburg, OStA *Christoph Frank*, brachte es wohl auf den Punkt: Das Strafrecht ist kein Allheilmittel, „um das Dopingproblem als

gesellschaftliches Problem [...] zu lösen“.⁸⁹ Zum einen ist der Kampf gegen Doping eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Der kommerzielle Markt des Spitzensports ermöglicht es, aus dem Inneren der Gesellschaft heraus gegen Doping vorzugehen.

Zum anderen ist der Sport insbesondere Breitensport. Ethische Grundwerte sollten zwar auch von Berufssportlern vorgelebt werden. Sie bilden sich jedoch auch und gerade unterhalb des Spitzensports.

Schließlich verdient die Rechtsgutslehre als eine Errungenschaft, die über mehrere Jahrhunderte erarbeitet und auch erkämpft worden ist, einen nachhaltigen Umgang. Der systemkritische Rechtsgutsbegriff ist ein Argumentationswerkzeug, mit dem Gesetzesvorhaben zu hinterfragen sind.

⁸⁹ *Einsiedler*, <https://www.tagesspiegel.de/sport/anti-doping-gesetz-oberstaatsanwalt-frank-es-gibt-ein-kartell-des-schweigens/14990128.html> (13.11.2019).

Lars Regula*

Ein Budget für die Eurozone als Fortentwicklungsoption der Währungsunion?

Dieser Beitrag widmet sich der aktuellen Diskussion um die Schaffung eines Eurozonenbudgets als unionales Fiskalinstrument zur Überwindung ökonomischer Schocks in der Eurozone. Zunächst werden dabei die strukturellen Ungleichgewichte in der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) dargestellt, bevor sich der rechtlichen Umsetzbarkeit dieses Projektes zugewandt wird. Im Fokus stehen dabei insbesondere auch die aktuellen Entwicklungen in der Eurogruppe.

I. Einleitung

Am 26. September 2017 hielt der französische Präsident Emmanuel Macron eine vielbeachtete Rede an der Pariser Sorbonne-Universität über die Zukunft Europas.¹ Neben Fragen der gemeinsamen Sicherheits- und Asylpolitik wiederholte Macron dabei auch seine Forderung nach einem gemeinsamen Eurozonen-Budget, um wirtschaftlichen Divergenzen in der Eurozone effektiv entgegenwirken zu können.

Die französische Koordinierung mit Deutschland führte schließlich im Juni 2018 zur „Erklärung von Meseberg“² und im Juni 2019 zur Mandatsvergabe an die „Eurogruppe im inklusiven Format“ durch den Euro-Gipfel.³ Gemeinsam mit einer Reform des ESM-Vertrages erarbeitete die Eurogruppe ein „Haushaltsinstrument für Konvergenz und Wettbewerbsfähigkeit“, das in offiziellen Dokumenten – seiner englischen Bezeichnung entsprechend mit „BICC“⁴ abgekürzt wird, und dessen Eckpunkte zuletzt in einem *Term Sheet* vom 10. Oktober 2019 nach einem Treffen der Eurogruppe veröffentlicht wurde.⁵

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und dort studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte, Neuere Privatrechtsgeschichte und Bürgerliches Recht bei Professor Dr. Tilman Repgen. Dieser Beitrag beruht auf einer im Seminar „Aktuelle Probleme im Unionsrecht“ bei Professor Dr. Armin Hatje eingereichten Seminararbeit.

¹ *Macron*, Initiative pour l'Europe – Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique vom 26. September 2017, <http://www.elysee.fr/declarations/article/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique/> (14.11.2019).

² *Bundesministerium der Finanzen*, Deutsch-französischer Fahrplan für das Euro-Währungsgebiet (sog. „Erklärung von Meseberg“), https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/2018-06-20-Meseberg-An11.pdf;jsessionid=DA213F853BF7B6996D84774EB37EA878?__blob=publicationFile&v=2 (14.11.2019).

³ *Eurosummit*, EURO 502/19.

⁴ *Budgetary Instrument for Convergence and Competitiveness*.

⁵ *Euro-Gruppe*, *Term sheet on the budgetary instrument for convergence and competitiveness*, <https://www.consilium.europa.eu/>

Das BICC versucht dabei ökonomischen und politischen Fliehkräften in der Eurozone und der EU entgegenzuwirken, die in der Finanz- und Staatsschuldenkrise aufgebrochen sind und sich seitdem zu manifestieren scheinen.

II. Strukturelle Divergenzen in der Eurozone

Das BICC stellt keine kriseninduzierte *ad-hoc*-Maßnahme, wie etwa der ESM, dar, sondern versucht die ordnungspolitischen Defizite, deren Symptom die wachsende Ungleichheit in der Eurozone ist, zu reformieren. Heute bezweifelt niemand mehr, dass der „Konstruktionsfehler“ der WWU die politisch defizitäre Ausgestaltung der unionalen Wirtschaftspolitiken, in Form einer reinen „Koordinierung“ im Rat (Art. 121 I AEUV), gegenüber einer vollintegrierten Geldpolitik ist.⁶

1. Inkongruente Reaktionen auf Schocks

Wie wirkt sich dieser Konstruktionsfehler aus? Dazu ein fiktives Beispiel: Der US-amerikanisch-chinesische Handelskrieg führt in der Eurozone zu verschiedenen Anpassungsprozessen. Da US-amerikanische Autos durch Strafzölle auf dem chinesischen Markt teurer werden, profitiert die deutsche Autoindustrie von einer plötzlich steigenden Nachfrage aus Asien. Für das deutsche Bruttoinlandsprodukt (BIP) wirkt sich dies positiv aus. Das deutsche BIP verändert sich nach der Formel:

$$(1)^7 \quad \uparrow Y = C + G + I \uparrow N_x$$

Dies führt zu einem konjunkturellen Aufschwung.⁸ In Malta ist die Situation genau anders herum. Da die Zölle zu einem steigenden Preisniveau in den USA und China und damit sinkenden Konsumkapazitäten führen, bleiben US-amerikanische und chinesische Touristen aus.

[de/press/press-releases/2019/10/10/term-sheet-on-the-budgetary-instrument-for-convergence-and-competitiveness-bicc/](https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/10/10/term-sheet-on-the-budgetary-instrument-for-convergence-and-competitiveness-bicc/) (14.11.2019).

⁶ Dieser Befund wurde schon früh durch Ökonomen und die Deutsche Bundesbank vorgebracht, s. *Sinn*, Die Europäische Fiskalunion, ifo Working Paper 131 (2012), 1 (3); *Häde*, Die Wirtschafts- und Währungsunion im Vertrag von Lissabon, EuR 2009, 200 (200ff.); *ders.*, Die europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise – An den Grenzen europäischer Solidarität?, EuR 2010, 854 (855); prominent auch: *Friedman*, Why Europe can't afford the Euro, https://miltonfriedman.hoover.org/friedman_images/Collections/2016c21/1997novtimesWhyEurope.pdf (14.11.2019).

⁷ $Y = \text{BIP}$, $C = \text{Konsum}$, $G = \text{Staatsausgaben}$, $I = \text{Investitionen}$, $N_x = \text{Nettoexporte}$, s. *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. 2016, S. 635.

⁸ Zum Begriff der „Konjunktur“ s. *Horn*, Konjunktur, in: *Gabler Wirtschaftslexikon*, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/konjunktur-37751/version-261182> (14.11.2019).

Auch britische Touristen buchen aufgrund des sog. Brexits weniger Urlaube auf Malta. In der starken Tourismusbranche Maltas führt dies zu einem Rückgang des Konsums. Für Malta gilt daher:

$$(2) \quad \downarrow Y = \downarrow C + G + I + Nx$$

Malta tendiert somit zu einer Rezession. In diesem Fall kann die Regierung in Valetta über eine Erhöhung der Staatsausgaben (G) dem Konsumrückgang entgegenwirken.

In Frankfurt stellt sich die Situation wiederum anders dar. Hier entscheidet die Europäische Zentralbank (EZB) über ihr Vorgehen anhand der sog. „Quantitätsgleichung“:

$$(3) \quad M \times V = P \times Y^9$$

Wie das Beispiel jedoch verdeutlicht, entwickelt sich die Größe Y im Falle Deutschlands und Maltas aufgrund desselben Ereignisses vollkommen konträr. Wie soll die EZB also entscheiden? Da sich die Größe Y aus der Perspektive der EZB aus den gewichteten Summanden der Einzelvolkswirtschaften zusammensetzt, wird sich vorliegend der Aufwärtstrend Deutschlands durchsetzen. Da V empirisch eine Konstante ist,¹⁰ wird die EZB nach der Quantitätsgleichung somit die Geldmenge M anpassen, um die Größe P , ihrem Mandat aus Art. 127 I 1 AEUV entsprechend, stabil zu halten. Da Malta jedoch aufgrund des Konsumrückganges keine Kapazitätsauslastung hat, stellt sich die Quantitätsgleichung aus der maltesischen Perspektive wie folgt dar:

$$(4) \quad \uparrow M \times V = \uparrow P \times Y$$

Da sich die Geldmenge in Malta erhöht hat, obwohl sich die Wirtschaft insgesamt bereits in einer Rezession befindet, wirkt sich dies auf die Preise in Malta aus. Damit wird Malta jedoch, gemessen an seiner wirtschaftlichen Lage, „zu teuer“. Weiterhin wirkt sich dieser monetäre Impuls negativ auf die fiskalischen Stimuli der maltesischen Regierung aus, da der Multiplikatoreffekt¹¹ der erhöhten Staatsausgaben durch die steigenden Preise absorbiert wird. Die maltesische Regierung muss also

plötzlich ungemein mehr ausgeben, was gerade für kleine Haushalte eine nachteilige Entwicklung ist.

Die historischen Begebenheiten zeigen dabei, dass schon eine einheitliche Geld- und Fiskalpolitik zu inkongruenten Ergebnissen führen kann.¹² In der Eurozone ist die EZB jedoch mit 19 unterschiedlichen Wirtschaftspolitiken konfrontiert. Natürlich hätte in vorangegangenen Beispielen Deutschland auch einfach den Trend beispielsweise durch Steueranhebungen ausbremsen können, sodass das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) erst gar keine monetären Impulse hätte setzen müssen. Doch welche Regierung zeigt sich wirklich so solidarisch, unbeliebte Steuererhöhungen gegenüber der eigenen Bevölkerung zugunsten einer anderen Volkswirtschaft durchzusetzen? Dies würde ein Level europäischen Weitblicks und Solidarität bedeuten, welches gegenwärtig utopisch erscheint.

2. Das normative Korsett der Wirtschaftspolitik

Im vorherigen Beispiel wurde gezeigt, dass die maltesische Regierung durch gesteigerte Staatsausgaben einer negativen Veränderung der Größe Y entgegenwirken kann. Aus rechtlicher Sicht ergeben sich hierbei jedoch gravierende Hürden.

Zunächst steht einem fiskalischen Stimulus nämlich das unionale Beihilfenrecht der Art. 107 ff. AEUV entgegen, wonach Beihilfen grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbar und damit verboten sind. Die Europäische Kommission kann eine Beihilfe jedoch nach Art. 107 III AEUV genehmigen. In der Finanzkrise hatte die Kommission staatliche Beihilfen auf Grundlage der Art. 107 III lit. b bzw. lit. c AEUV gestützt.¹³ Zu beachten ist jedoch, dass die Rechtsprechung des EuGH dahingeht, „normale“ Konjunkturmaßnahmen nicht als einen Fall des Art. 107 III lit. b Var. 2 AEUV anzusehen.¹⁴

In diesem Zusammenhang ist auch das öffentliche Vergaberecht zu nennen, das jedoch dem unionalen Diskriminierungsverbot unterworfen ist.¹⁵ Dies kann daher den Nachteil haben, dass ein Staat die Wirtschaft eines anderen Mitgliedstaates subventioniert, der dies womöglich gar nicht nötig hat.

9 M =Geldmenge, V =Umlaufgeschwindigkeit, P =Preisniveau, Y =Produktionsauslastung (BIP), s. *Mankiw/Taylor*, Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. 2016, S. 834 f.

10 *Mankiw/Taylor*, Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. 2016, S. 835.

11 Differenziert man die Konsumgröße C in $C = C^a + \left(\frac{1}{1-c}\right)$, wobei C^a der autonome Mindestkonsum und c die Konsumneigung, d. h. die Neigung für jeden investierten Euro eine bestimmte Summe zu reinvestieren, so zeigt die erweiterte Formel $\Delta Y = C^a + \left(\frac{1}{1-c}\right) + \Delta G + I + Nx$, dass bei Änderung der Staatsausgaben ein Mehrwert entsteht, der über der Summe der ursprünglichen Investition liegt, vgl. dazu die Vorauslage: *Mankiw*, Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl. 2004, S. 830 f.

12 Vgl. die Situation in Deutschland: *Rohwäder*, Die Geldpolitik der Deutschen Bundesbank zwischen 1969 und 1982 im Lichte von Monetarismus und Keynesianismus, 2. Aufl. 1997, S. 92 ff.

13 Für Deutschland s. KOM (2008) 1628 endgültig – West LB; KOM (2008) 2269 endgültig – Sachsen LB; KOM (2008) 6022 endgültig corr. – IKB; weiterhin: *Tuschl*, Rechtsgrundlagen für die Vereinbarkeit von Finanzhilfen für Kreditinstitute mit dem Beihilferecht der EU im Rahmen der Finanzmarktkrise, IMFS Working Paper, Nr. 96 (2015), 1 (35 ff.); s. auch *Arhold*, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilferecht, EuZW 2008, 713 ff.

14 EuGH vom 05.03.2015, Rs. C-667/13 – Estado portuguese ./ Banco Privado Portugese SA, Rn. 65 ff.

15 *Leinemann*, Das neue Vergaberecht, 2. Aufl. 2010, S. 6, Rn. 12.

Weiterhin sind die Konvergenzkriterien des Art. 140 I 3 AEUV zu nennen. Für die Euroländer ist hierbei nach wie vor das Gebot der Haushaltskonsolidierung aus Art. 140 I 3 Spiegelstrich 2 AEUV von Bedeutung, das in Art. 126 AEUV i. V. m. Prot. Nr. 12 mit einem Defizitverfahren weiter ausgestaltet ist. Diese Kriterien wurden im sog. „Sixpack“ noch weiter verschärft.¹⁶ Insbesondere in Deutschland hält sich hierbei die Ansicht, dass einer Krise am besten mit noch rigideren Disziplinarverfahren – mit Blick auf die Peripherieländer – vorzubeugen wäre.¹⁷

Dies zeigt, dass die nationalen Wirtschaftspolitiken also keineswegs eine völlig freie Politik verfolgen können. Umgekehrt fehlt es jedoch auch an einem unionalen Äquivalent, das diese ordnungspolitischen Defizite kompensieren könnte. Dies gilt umso mehr, da sich der Binnenmarkt in einigen Feldern als durchaus statisch erweist. Die kontinuierlich hohen Arbeitslosenquoten in den Ländern der Peripherie sind ein Beweis hierfür. Allein das Kapital, für das keine Sprach- und Kulturbarrrieren gilt, zirkuliert im Binnenmarkt wirklich frei, wobei die *Spreads* der sog. TARGET-Salden in den Bilanzen der Euro-Zentralbanken auf eine besorgniserregende Kapitalakkumulation von der Peripherie in die Kernländer andeuten.¹⁸ Die Salden entstehen dabei, wenn grenzüberschreitend Zentralbankgeld über das Euro-Verrechnungssystem TARGET, ohne entsprechende Allokation von Währungsreserven, überwiesen wird. Ein positiver Bilanzposten entspricht dabei einem Zufluss von Kapital.¹⁹

III. Rechtsfragen des BICC

An die Darstellung des ökonomischen Rahmens der Eurozone schließen sich freilich rechtliche Fragestellungen an. Die Korrektur asymmetrischer Integration durch

Schaffung einer „Fiskalunion“ wird auch in der Rechtswissenschaft intensiv diskutiert.²⁰ Unter dem Eindruck der Staatsschuldenkrise stehen dabei jedoch vor allem der Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) und die Haushaltsdisziplin im Fokus der Auseinandersetzung.²¹ Nur selten werden Lösungsvorschläge zu ständigen Einrichtungen – zumeist aus der Ökonomie – aufgegriffen und untersucht.²²

Die Veröffentlichungen der Eurogruppe skizzieren das BICC als Teil des EU-Budgets zur Schaffung „potentiellen Wachstums und der Anpassungsfähigkeit der Einheitwährung gegen ökonomische Schocks“.²³ Die Finanzierung soll durch Beiträge sichergestellt werden.²⁴

Wie ließe sich ein solcher Haushalt rechtlich umsetzen? Hierbei käme sowohl eine Umsetzung innerhalb der Europäischen Union als auch eine Umsetzung als *preaeternationale* – also außerhalb des Unionsrechts befindliche – Einrichtung in Betracht.

1. Umsetzung außerhalb der Union

Eine Umsetzung außerhalb des institutionellen Unionsrahmens käme zumindest theoretisch in Betracht. Diesen Weg war man im Jahre 2010 mit der Gründung des ESM gegangen, womit man das Kreditverbot aus Art. 123 I AEUV sowie die *No-Bailout*-Klausel aus Art. 125 I AEUV umgangen hatte. Der EuGH hatte dieses Vorgehen in der aufsehenerregenden Rechtssache *Pringle* ferner gebilligt.²⁵ Die politischen Institutionen scheinen hingegen nicht gewillt, den konstitutionellen „Sündenfall“ des ESM zu wiederholen. Vielmehr gibt es deutsch-französische Ambitionen, auch den ESM ins Unionsrecht zu integrieren.²⁶

¹⁶ Der Sixpack besteht aus sechs europäischen Rechtsakten (fünf Verordnungen und einer Richtlinie), welche – grob gesprochen – die Konvergenzkriterien verfahrenstechnisch absichern und bestehende Verfahren reformieren. In den Medien fand der Sixpack zuletzt in Form eines aufziehenden Defizitverfahrens gegen Italien Anklang.

¹⁷ Siehe insb. den Beitrag von Klein, Stabilitätsgemeinschaft des Maastricht-Urteils – Aspekte zwischen „Fiskalunion“ und Budgetrecht des Bundestages, in: Callies (Hg.), Europäische Solidarität und nationale Identität, 2013, S. 179 ff. mit Hinweis auf eine Aussage des Präsidenten des BVerfG a. D. Müller. Die Ausführungen im Beitrag zum Maastricht-Urteil sind in diesem Lichte besonders interessant.

¹⁸ Die ökonomische Literatur streitet dabei darüber, ob es sich bei den Salden um Kredite handelt (Sinn/Wollmershäuser, Target Loans, Current Account Balances and Capital Flows: The ECB's Rescue Facility, NBER Working Paper, Nr. 17626 (2011), 1 ff.). Da es rechtlich jedoch schon an der notwendigen Vereinbarung fehlt, ist dieses Thema in der juristischen Literatur bislang kaum aufgegriffen worden, vgl. Watzinger, Rechtliche Probleme der Ausgestaltung von Zahlungsverkehrssystemen in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion: eine Analyse von TARGET2, 2016; Schünemann, Die Target2-Salden der Deutschen Bundesbank in der Perspektive des Untreuetatbestandes, ZIS 2012, 84 ff.; Kirkpatrick, Die Target2-Salden der Deutschen Bundesbank – Ein Fall der Untreue?, wistra 2013, 249 ff.

¹⁹ So wies die Deutsche Bundesbank zuletzt einen Saldo von 837 Milliarden € aus (Stand: 31.10.2019).

²⁰ Callies/Schoenfleisch, Auf dem Weg in die europäische „Fiskalunion“? – Europa- und verfassungsrechtliche Fragen einer Reform der Wirtschafts- und Währungsunion im Kontext des Fiskalvertrages, JZ 2012, 477 ff.; Häde, Rechtliche Bewertung der Maßnahmen im Hinblick auf eine „Fiskalunion“, in: Callies (Hg.), Europäische Solidarität und nationale Identität, 2013, S. 193 ff.; Krause-Junk, Die fehlende Fiskalunion – ein Geburtsfehler der Währungsunion?, Wirtschaftsdienst 2011, 82 ff.

²¹ Vgl. zu diesem Thema insb. die Auseinandersetzung von Röger, Finanzhilfemechanismen für die Eurozone: die vertraglichen, gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Grundlagen von Griechenland-Hilfe, EFSF und ESM, 2018.

²² Ein Beispiel hierzu: Waldhoff, Sind EU-Steuern mit dem Verfassungs- und Europarecht vereinbar?, Wirtschaftsdienst 2011, 89 ff.

²³ *Europäischer Rat*, Explainer on the euro area budgetary instrument, <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/emu-deepening/bicc-faq/> (14.11.2019).

²⁴ *Euro-Gruppe*, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/10/10/term-sheet-on-the-budgetary-instrument-for-convergence-and-competitiveness-bicc/> (14.11.2019); dies stellt gleichwohl einen Kompromiss zum ursprünglichen, deutsch-französischen Vorschlag dar, der noch eine Finanzierung über eine Finanztransaktionssteuer nach französischem Vorbild vorgesehen hat.

²⁵ EuGH vom 27.11.2012, Rs. C-370/12 – Pringle.
²⁶ Bundesministerium der Finanzen, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/2018-06-20-Meseberg-An11.pdf;jsessionid=DA213F853BF7B6996D84774EB37E8A878?__blob=publicationFile&v=2 (14.11.2019).

2. Umsetzung als unionale Institution

Zu prüfen ist daher, inwieweit sich das Projekt des BICC ins Unionsrecht integrieren lässt. Zum aktuellen Zeitpunkt²⁷ liegt dabei noch wenig vor, was konkrete Rückschlüsse auf das weitere legislative Vorgehen zuließe. Immerhin wird durch die Arbeit der Eurogruppe „im inklusiven Format“ versucht, eine möglichst große Konsensfähigkeit zu erreichen. Fest steht dabei immerhin schon, dass das BICC für die Mitglieder der Eurozone sowie für Mitglieder des Wechselkursmechanismus II²⁸ auf freiwilliger Basis offenstehen soll.²⁹

a) Primärrechtliche Grundlage

Das BICC bedürfte einer primärrechtlichen Grundlage. Das *Term Sheet* der Eurogruppe nennt hierbei sowohl Art. 136 AEUV als auch Art. 175 AEUV als mögliche Grundlagen.³⁰

aa) Art. 136 III AEUV

Ein entsprechendes Haushaltsinstrument könnte sich auf Art. 136 III AEUV stützen lassen. Die Vorschrift ist zweifellos durch den ESM und die Rechtssache *Pringle* vorbelastet. Es ist jedoch festzustellen, dass die Norm nur von einem „Stabilitätsmechanismus“ spricht. Im historischen Kontext ist damit eindeutig der ESM gemeint, doch ist die Norm sprachlich zumindest nicht derart eng gefasst, dass ausschließlich an den ESM in seiner jetzigen Form zu denken wäre. Streit besteht hier über den rechtlichen Gehalt der Vorschrift. Der EuGH versteht die Norm rein deklaratorisch.³¹ Das BVerfG hingegen tendiert dazu, Art. 136 III AEUV einen konstitutiven Gehalt zuzumessen, da er freiwillige Finanzhilfen nunmehr legalisiere.³²

Hingegen ist mit Blick auf die eigentlichen Ziele des BICC fraglich, ob Art. 136 III AEUV wirklich als taugliche Grundlage in Betracht kommt. Zunächst spricht Art. 136 III AEUV nämlich von „einem“ Stabilitätsmechanismus, womit eine Singularität des ESM impliziert wird. Weiterhin wäre es dem Wortlaut nach hinderlich ein Konjunkturbudget auf der Grundlage zu errichten, dass dessen Mittelaktivierung erst geschehen kann, wenn die ökonomische Situation „unabdingbar“ geworden ist. Art. 136 III AEUV ist daher keine taugliche Grundlage.

²⁷ Redaktionsschluss war der 25. November 2019.

²⁸ Zurzeit nur Dänemark, das auf Grundlage des Prot. Nr. 16 jedoch den Euro nicht einführen muss.

²⁹ *Euro-Gruppe*, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/10/10/term-sheet-on-the-budgetary-instrument-for-convergence-and-competitiveness-bicc/> (14.11.2019).

³⁰ *Euro-Gruppe*, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/10/10/term-sheet-on-the-budgetary-instrument-for-convergence-and-competitiveness-bicc/> (14.11.2019).

³¹ EuGH vom 27.11.2012, Rs. C-370/12 – *Pringle*, Rn. 184 f.

³² BVerfGE 132, 195, Rn. 128 f.

bb) Art. 175 III AEUV

Als zweite Grundlage nennt das *Term Sheet* Art. 175 III AEUV.³³ Dieser steht systematisch im Titel XVIII – Wirtschaftlicher, sozialer und territorialer Zusammenhalt, in dem u. a. auch die sogenannten Struktur- und Investitionsfonds (ESI-Fonds) geregelt sind. Die Fonds dienen der Mittelvergabe zu bestimmten Zwecken. Sie werden – mit Ausnahme des Europäischen Entwicklungsfonds, der auf Grundlage eines völkerrechtlichen Abkommens mit den AKP-Staaten besteht – durch den gemeinsamen Haushalt der Union finanziert und finden sich dort unter den Haushaltsposten, denen sie thematisch am nächsten stehen.³⁴

Die Fonds decken dabei bestimmte Themenfelder ab, für die Investitionsmittel aus dem Haushalt freigegeben werden können. Dabei schließt die Kommission eine entsprechende Partnerschaftvereinbarung mit der regional zuständigen Stelle ab, die die Mittel gemäß der Vereinbarung verwaltet. Ein Beispiel aus Hamburg ist die Förderung eines Energiebunkers, der mit 3,2 Mio. € aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung gefördert wird.³⁵ Bei dieser Betrachtung zeigt sich, dass das BICC strukturelle Parallelen mit den bereits bestehenden Fonds aufweist. Dennoch stellen die Fonds mehr Investitionsmittel für langfristige Innovationen dar und sind daher für das Abfedern kurzfristig auftretender Konjunkturschocks ungeeignet.³⁶ Das Beispiel der Fonds zeigt jedoch, dass das Konzept zweckgebundener Gelder in der EU nicht fremd ist.

Nach Art. 175 III AEUV können nun auch außerhalb der primärrechtlich festgelegten Fonds weitere Aktionen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschlossen werden. Der EuGH arbeitete jedoch heraus, dass das Ziel dieser besonderen Maßnahmen lediglich dem wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt dienen muss und nicht über diesen hinausgehen darf.³⁷ Dies ist mit Blick auf die systematische Position des Art. 175 III AEUV im Titel XVIII auch überzeugend.

³³ *Euro-Gruppe*, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/10/10/term-sheet-on-the-budgetary-instrument-for-convergence-and-competitiveness-bicc/> (14.11.2019).

³⁴ Kritisch zu der haushaltsrechtlichen Ausnahme des Europäischen Entwicklungsfonds: *Schoo*, in: Schwarze, EU- Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 310 AEUV Rn. 13.

³⁵ *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Die Europäischen Struktur- und Investitionsfonds in Deutschland, www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Europa/europaeische-struktur-und-investitionsfonds-in-deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=34 (17.05.2019).

³⁶ *Belke/Baumgärtner*, Fiskalische Transfermechanismen und asymmetrische Schocks in Euroland, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 2002, 384 (390); zur Frage, ob die Fonds überhaupt Konvergenz schaffen: *Maynou/Saez/Kyriacou/Bacaria*, The Impact of Structural and Cohesion Funds on Eurozone Convergence, 1990–2010, Regional Studies 2016, 1127 ff.

³⁷ EuGH vom 03.10.2009, Rs. C-166/07 – EP ./, Rat, Rn. 66 ff.

Auch bzgl. des BICC erscheint Art. 175 III AEUV eine ausreichende Grundlage darzustellen. Die Konzeption des BICC unterscheidet sich nicht maßgeblich von derjenigen der Fonds. Hier zeigt ferner die Praxis, dass Art. 175 III AEUV eine wirkungsvolle Grundlage für die Gründung weiterer Fonds ist. Auch dient das BICC gerade dazu, ökonomische Divergenzen abzubauen und damit den wirtschaftlichen Zusammenhalt gem. Art. 174 I AEUV zu unterstützen. Art. 175 III AEUV erscheint daher eine geeignete Grundlage zur Errichtung des BICC.

b) Rechtliche Konvergenzerwägungen

Selbstredend müsste sich das BICC rechtlich konvergent in das bestehende Unionsgefüge einordnen. Dem BICC dürften daher keine materiellen Vorschriften des Unionsrechts entgegenstehen.

aa) Die No-Bailout-Klausel, Art. 125 I AEUV

Dem BICC könnte die sog. *No-Bailout*-Klausel des Art. 125 I AEUV entgegenstehen. Danach haftet weder die Union für Verbindlichkeiten der Mitgliedstaaten, noch die Mitgliedstaaten untereinander für deren Verbindlichkeiten.

Art. 125 I AEUV ist im Zuge der Finanzkrise und der Rechtssache *Pringle* zu einiger europarechtlicher Berühmtheit gelangt. Der EuGH liest in Art. 125 I AEUV kein generelles Verbot der Haftungsübernahme hinein.³⁸ Auch legt der EuGH die Vorschrift dahingehend aus, dass Maßnahmen, die den Mitgliedsstaaten nicht den Anreiz einer gesunden Haushaltspolitik nehmen, nicht unter Art. 125 I AEUV fallen sollen.³⁹

Stimmen in der Literatur hingegen, favorisieren einen umfangreichen Haftungsausschluss in Form des Ausschlusses jeglichem Einstehens für fremde Verbindlichkeiten⁴⁰.

Bezüglich des BICC darf diese Auseinandersetzung vor dem Hintergrund des ESM und der Finanzkrise jedoch nicht den Blick auf den Wortlaut des Art. 125 I AEUV vernebeln. Fraglich ist nämlich, ob im Zuge einer konjunkturpolitischen Maßnahme eine „Verbindlichkeit“ eines Mitgliedsstaates übernommen wird. Insofern ist der Vergleich zum ESM und der Finanzkrise auch unergiebig, denn dort ging es um die Tilgung oder wenigstens Besicherung von Zahlungsansprüchen aus Staatsanleihen und damit rechtlichen „Verbindlichkeiten“ eines Mitgliedsstaates. Eine solche Verbindlichkeit besteht bei einer Konjunkturschwankung jedoch nicht. Auch löst eine Konjunkturschwankung eine solche Verbindlichkeit nicht aus. Der Mitgliedstaat kann auch auf die zy-

klische Selbstgenerierung des Marktes vertrauen und untätig bleiben. Insofern ist es auch unerheblich, ob das BICC – hypothetisch – zu einer risikoreicheren Haushaltspolitik führen könnte, wie es der EuGH als *Telos* in Art. 125 I AEUV hineinliest. Da es bereits am zentralen Tatbestandsmerkmal der Verbindlichkeit fehlt, ist Art. 125 I AEUV nicht einschlägig und steht dem BICC somit nicht entgegen.

bb) Beihilfenrecht

Fiskalische Marktintervention steht notwendigerweise mit Bestimmungen des Beihilfenrechts im Konflikt. Dabei findet hingegen das unionale Beihilfenrecht der Art. 107 ff. AEUV nach herrschender Meinung auf die EU selber keine Anwendung.⁴¹ Diese sachliche Unanwendbarkeit wird teilweise mit dem Hinweis auf die wettbewerbsverzerrende Wirkung durch Unionsbeihilfen kritisiert, wobei eine Verlagerung fiskalischer Konjunkturmittel auf die Unionsebene weitere Kritik an dem momentanen Beihilfesystem durchaus rechtfertigen würde.⁴²

Zu beachten sind jedoch die Bestimmungen des Rechts der Welthandelsorganisation, an das die Union gebunden ist,⁴³ und die im General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) und im Agreement on Subsidies and Countervailing Measurements (SCM Agreement) einen völkerrechtlichen Beihilferahmen schaffen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Auseinandersetzungen mit den USA aufgrund von Unionsbeihilfen für das Unternehmen Airbus zu nennen.⁴⁴

IV. Ergebnis

Im Ergebnis steht somit, dass das BICC sowohl eine primärrechtliche Grundlage findet, sowie nicht gegen materiell-rechtliche Vorschriften des Unionsrechts verstößt. Unpassend erscheint jedoch das gesetzgeberische Vorhaben, das BICC auf Art. 136 III AEUV stützen zu wollen. Ist das BICC jedoch auch sinnvoll? Dies ist zu bejahen.

Der Blick auf die ökonomische Theorie hat offenbart, dass sich der gegenwärtige Fiskalpluralismus in der Union selber im Weg steht. Die unterschiedlichen nationalen Interessen bedingen Situationen, in denen not-

⁴¹ Vgl. nur *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 107 AEUV Rn. 6; *Koenig/Kühling*, Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs, *EuZW* 1999, 517 (519 f.)

⁴² Kritisch zum System: *Koenig/Kühling*, *EuZW* 1999, 517 (519).

⁴³ EuGH vom 11.10.2007, Rs. C-431/05 – Merck; hingegen sieht der EuGH das WTO-Recht als kein „richtiges“ Recht an, weswegen der EuGH kein Sekundärrecht anhand des WTO-Rechts überprüft, EuGH vom 12.12.1972, Rs. 21-24/72 – International Fruitcompany.

⁴⁴ Appellate Body vom 15.05.2018, Rs. WT/DS316/AB/RW – Airbus; die Auseinandersetzung beruht dabei auf Gegenseitigkeit. So bestätigte der Appellate Body im März 2019 eine Klage der EU gegen die US-Subventionen für Boeing, Appellate Body vom 28.03.2019, Rs. WT/DS353/AB/RW – Boeing.

³⁸ EuGH vom 27.11.2012, Rs. C-370/12 – Pringle, Rn. 130 ff.

³⁹ EuGH vom 27.11.2012, Rs. C-370/12 – Pringle, Rn. 134 ff.

⁴⁰ *Kempfen*, in: Streinz, *EUV/AEUV Kommentar*, 3. Aufl. 2018, Art. 125 AEUV Rn. 4.

wendige fiskalische Stimuli durch eine konträre Politik eines anderen Mitgliedsstaates absorbiert werden. Ein gemeinsames Eurozonen-Budget würde diesen Interessenspluralismus aufheben und ein symmetrisches Integrationsniveau zur einheitlichen Geldpolitik der EZB herstellen, deren monetäre Impulse zwar effizient, aber unpräzise wirken.

Unfraglich betätigt sich die EU bereits durch ihre Investitionen in den Fonds im weitesten Sinne fiskalisch. Diese Fonds sind strukturell jedoch nicht darauf angelegt, kurzfristige Schocks zu absorbieren. Ein Eurozonen-Budget würde somit die allgemeine fiskalische „Schlagkraft“ der Union erhöhen. Negativ fällt in den Ausarbeitungen der Eurogruppe hingegen auf, dass das BICC im Kontext des mehrjährigen Finanzrahmens stehen soll, was einen flexiblen Umgang mit den Geldern erschweren könnte.⁴⁵

Zuletzt würde ein gemeinsames Eurozonen-Budget auch eine dringend notwendige Entlastung des ESZB bedeuten. Die andauernde Nullzinsphase droht der EZB die Marktsteuerung über den Zinskanal langfristig zu „verbauen“ und damit in ihrer Reaktionsfähigkeit empfindlich zu schwächen. Weiterhin hat vor allem das Public Sector Purchase Programme (PSPP) zu einer massiven

⁴⁵ Euro-Gruppe, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/10/10/term-sheet-on-the-budgetary-instrument-for-convergence-and-competitiveness-bicc/> (14.11.2019).

Bilanzverlängerung des ESZB geführt, die durch die Absenkung der Kriterien zur Notenbankfähigkeit von Sicherheiten immer schlechter besichert sind. Mit dem Asset Backed Securities Purchase Programme (ABSPP) befinden sich wiederum undurchsichtige und tendenziell risikoreiche Produkte in den Bilanzen.⁴⁶

Diese Argumente können hingegen nur eine Teilantwort in einem facettenreichen Spektrum ordnungspolitischer Fragestellungen liefern. Auf seiner letzten Pressekonferenz als EZB-Präsident hatte *Mario Draghi*, nach einer sehr kontroversen Abstimmung im EZB-Rat, noch geschertzt, dass dort, zumindest bezüglich der Notwendigkeit fiskalischer Initiativen, Einstimmigkeit herrschte. Auch die neue EZB-Präsidentin *Christine Lagarde* mahnte bereits in ihrer vorherigen Position als IWF-Chefin mit dem Kennedy-Zitat „*the time to repair the roof is when the sun is shining*“ mantragleich die Untätigkeit der politischen Institutionen an. Im Krisenjahr 2011 schien man in den europäischen Hauptstädten kompromissbereiter, bevor *Mario Draghi* mit seiner *whatever it takes*-Politik einen krisenlindernden Impetus setzte und damit den fiskalpolitischen Reformdruck entschärfte. Die Reformbemühungen in der Eurogruppe sind daher zu begrüßen.

⁴⁶ So befinden sich in den ABS Forderungen wie ein Kredit an Real Madrid für den Kauf von *Cristiano Ronaldo* oder Wertpapiere mit Laufzeiten bis in das Jahr 9999, s. *Sinn*, Die Target-Kredite der Deutschen Bundesbank, ifo Schnelldienst, Sonderausgabe März 2012, 3 (9).

Impressum

HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN (Print) 2191-6543
ISSN (Online) 2699-2299

9. Jahrgang (2019) – Heft 2019 – Mai 2020

Die Hamburger Rechtsnotizen erscheinen einmal jährlich. Die Redaktion freut sich über Beiträge in digitaler Form für die nächsten Ausgaben.

<http://www.hamburger-rechtsnotizen.de>

Redaktion und Lektorat

Sina Aaron Moslehi (Chefredakteur)
Julius Adler
Pia Reinhold
E-Mail:
redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Vertrieb

Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli
E-Mail:
vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de

Internet

Sina Aaron Moslehi

Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e. V.
Postanschrift:
Fakultät für Rechtswissenschaft
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg
Hamburger Rechtsnotizen e. V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR 1030 eingetragen.
Einzelvertretungsberechtigt sind:
Erster Vorsitzender:
Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli
Zweiter Vorsitzender:
Oliver van der Schoot

Layout/Satz

die computerfabrik
Bernsteinstraße 88, 70619 Stuttgart
Valentin Funk, Claudia Wittorf,
Ulrich Böckmann

Druck

Druckerei Siepman GmbH,
Ruhrstraße 126, 22761 Hamburg

Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesandt werden. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die/der Autor/in dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts.

Julius Adler*

Automatisiertes und autonomes Fahren – verhindert das StVG den „gläsernen Autofahrer“?

Wenngleich es auch noch einige Jahre dauern wird, bis die ersten autonomen Fahrzeuge am täglichen Straßenverkehr teilnehmen werden, so ist dies doch bloß eine Frage der Zeit. Aber schon heute ist die Menge der von automatisierten Fahrzeugen generierten Daten immens. Moderne Fahrzeuge sammeln im Schnitt 25 GB an Daten, erste getestete autonome Fahrzeuge bis zu 300 GB – pro Stunde. Doch: automatisiertes und autonomes Fahren birgt nicht nur Chancen – sondern auch das Risiko fortschreitender Überwachung. Um diesen Herausforderungen gerecht zu werden, wurde das StVG um ein Kapitel zur Datennutzung erweitert. Doch gewährleistet das StVG überhaupt einen zeitgemäßen Datenschutz? Und wo wird zukünftig Handlungsbedarf bestehen? Um diese Fragen zu beantworten, erfolgt zunächst ein Überblick über entsprechende datensammelnde Systeme und deren Nutzen, bevor § 63a im Einzelnen analysiert wird.

I. Einleitung

Es ist bloß eine Frage der Zeit, wann die ersten autonomen Fahrzeuge am täglichen Straßenverkehr teilnehmen werden. Aber schon heute ist die Menge der von automatisierten Fahrzeugen generierten Daten immens. Moderne Fahrzeuge sammeln im Schnitt 25 GB an Daten, erste getestete autonome Fahrzeuge bis zu 300 GB – pro Stunde.¹ Diese umfassen nicht nur Daten zum Fahrzeug, sondern beispielsweise auch Aufzeichnungen Dritter.² So sind automatisierte und autonome Fahrzeuge auf diverse datensammelnde Systeme angewiesen, um z. B. das äußere Umfeld zu beobachten. Mit der Einführung des eCall-Systems ist jedes in der EU neu zugelassene Fahrzeug gar obligatorisch vernetzt.³

Autonome Fahrzeuge sind nicht bloß bezüglich Dilemmasituationen und haftungsrechtlichen Fragen umstritten, sondern auch hinsichtlich des Datenschutzes Gegenstand umfangreicher Diskussionen. So forderte Heiko Maas, es dürfe keinen „gläsernen Autofahrer“ geben.⁴

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg.

¹ Kumpf, Smart Cars – eine datenschutzrechtliche Analyse, 2017, S. 1, mit Verweis auf Lüdemann, Connected Cars – Das vernetzte Auto nimmt Fahrt auf, der Datenschutz bleibt zurück, ZD 2015, 247 (249); Skubatz, Wenn der Fahrer nicht lenkt – die Datafizierung des Autofahrens als Herausforderung für den Datenschutz, in: Albers/Katsivelas (Hg.), Recht & Netz, 2018, S. 431 (444).

² Stender-Vorwachs/Steegen, Facetten Automatisierten Fahrens – von Datenschutz über Fahrerflucht bis zur Verkehrskontrolle, BRJ 2017, 114 (117).

³ Verordnung (EU) 2015/758; Lüdemann, ZD 2015, 247 ff.

⁴ Maas, in: SZ.de vom 10.02.2015, Viele Autofahrer wollen mit ihren

Denn: automatisiertes und autonomes Fahren birgt nicht nur Chancen, sondern auch das Risiko fortschreitender Überwachung.⁵ Dies gilt insbesondere in Anbetracht der hohen Sensibilität der generierten Daten, der möglichen umfassenden Rückschlüsse auf betroffene Personen und der Wechselwirkung mit anderen Rechtsbereichen.⁶ Um diesen Herausforderungen gerecht zu werden, wurde das StVG um ein Kapitel zur Datennutzung erweitert.⁷ Mit § 63a StVG⁸ wurde eine Bestimmung zur „Datenverarbeitung bei Kraftfahrzeugen mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion“ eingeführt. Doch gewährleistet § 63a überhaupt einen zeitgemäßen Datenschutz? Und wo wird zukünftig Handlungsbedarf bestehen? Um diese Fragen zu beantworten, erfolgt zunächst ein Überblick über entsprechende datensammelnde Systeme und deren Nutzen, bevor § 63a im Einzelnen analysiert wird.

II. Datensammelnde Systeme automatisierter und autonomer Fahrzeuge

Datensammelnde Systeme im Fahrzeug lassen sich nach interner und externer Relevanz unterscheiden: Die interne Dimension umfasst Fahrzeug-, Fahrt- und Insassendaten.⁹ Darunter fällt auch der mit § 63a eingeführte Datenspeicher für hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge.¹⁰ Danach sind Positionsdaten und Zeitstempel zu speichern, wenn ein Wechsel der Fahrzeugsteuerung zwischen Fahrzeugführer/in und datensammelndem System erfolgt.¹¹ Weitere relevante Systeme sind z. B. Unfalldatenspeicher und Navigationssysteme. Aber auch über die Internetnutzung mit dem Smartphone werden Daten generiert.¹² Das sog. *Infotainment* und insbeson-

Daten zahlen, <https://www.sueddeutsche.de/auto/auswertung-von-fahrzeugdaten-daten-als-zahlungsmittel-1.2344537> (19.03.2019).

⁵ Härtel, Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrechts – Algorithmen, Predictive Policing, autonomes Fahren, LKV 2019, 49 (58).

⁶ Forgó, Datenschutzrechtliche Fragestellungen des autonomen Fahrens, in: Oppermann/Stender-Vorwachs (Hg.), Autonomes Fahren, 2017, S. 157 (159).

⁷ Aechtes Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes vom 16.06.2017 (8. StVGÄndG), BGBl. I S. 1648 (Nr. 38).

⁸ Die genannten §§ sind solche des Straßenverkehrsgesetzes (StVG), sofern nicht anderweitig benannt.

⁹ Kumpf, Smart Cars, 2017, S. 8 ff.

¹⁰ Siehe Lange, Automatisiertes und autonomes Fahren – eine verkehrs-, wirtschafts- und rechtspolitische Einordnung, NZV 2017, 345 (350); Lutz, Automatisiertes Fahren, Dashcams und die Speicherung beweissrelevanter Daten: Rechtsprobleme der Datenerhebung und des Datenzugriffs de lege lata, 2017, S. 17; Schmid/Wessels, Event Data Recording für das hoch- und vollautomatisierte Kfz – eine kritische Betrachtung der neuen Regelungen im StVG, NZV 2017, 357 (363 f.).

¹¹ Skubatz, in: Albers/Katsivelas (Hg.), Recht & Netz, 2018, S. 431 (445).

¹² Stender-Vorwachs/Steegen, Grundrechtliche Implikationen autonomen Fahrens, in: Oppermann/Stender-Vorwachs (Hg.), Autonomes Fahren, 2017, S. 253 (279); Bretthauer, Mobilität 4.0, PinG 2018, 66 (66).

dere Unterhaltungsdienste werden mit der fortschreitenden Automatisierung beziehungsweise der korrelierenden Entlastung der Fahrer/innen immer weiter an Bedeutung zunehmen. Die im Rahmen der Nutzung solcher Dienste generierten Daten sind jedoch keine besondere Problematik automatisierter und autonomer Fahrsysteme, gleichen sie doch den während der Smartphone-Nutzung generierten Daten.¹³ Die externe Dimension erfasst Systeme wie z. B. Kameras und Laser, die Daten Dritter sammeln.¹⁴ Darunter fallen Daten bezüglich anderer Verkehrsteilnehmer/innen und der Umwelt.¹⁵

III. Verwendung der gesammelten Daten

Von automatisierten und autonomen Fahrzeugen erhofft man sich einen sichereren und effizienteren Straßenverkehr.¹⁶ Im Ernstfall sind Daten für die beweisrechtlichen Implikationen automatisierten Fahrens von immenser Bedeutung: Gespeicherte Daten können – und müssen – zur Aufklärung eines Unfalls beitragen.¹⁷ Die gesammelten Daten bieten jedoch nicht nur Vorzüge, sondern sind konstitutive Voraussetzung automatisierten und autonomen Fahrens.¹⁸ Nicht umsonst werden Daten immer wieder als das „Öl des 21. Jahrhunderts“¹⁹ bezeichnet. Dies verdeutlicht wiederum eine Schwachstelle automatisierten Fahrens. Datenmanipulationen können Unfälle verursachen – insbesondere Hackerangriffe sind ein erhebliches Sicherheitsrisiko.²⁰ Neben dem Datenschutz ist die Datensicherheit ein zentrales Thema. Dies gilt umso mehr für autonome Fahrsysteme, kennen diese doch gar keine/n Fahrer/in mehr, die/der im Ernstfall das Steuer übernehmen könnte.

13 Vgl. Lutz, Fahrzeugdaten und staatlicher Datenzugriff, DAR 2019, 125 (125).

14 Strauß, Dashcam und Datenschutz, NZV 2018, 554 (554 ff.); Wagner, Technik autonomer Fahrzeuge – Eine Einführung, in: Oppermann/Stender-Vorwachs (Hg.), Autonomes Fahren, 2017, S. 1 (19 ff.); Stender-Vorwachs/Steeger, in: Oppermann/Stender-Vorwachs (Hg.), Autonomes Fahren, 2017, S. 253 (277); vgl. auch Lutz, Automatisiertes Fahren, Dashcams und die Speicherung beweisrelevanter Daten, 2017, S. 23.

15 Wendt, ZD-Aktuell 2018, 06034 ff.

16 Härtel, LKV 2019, 49 (58); Bretthauer, PinG 2018, 66 (66 f.); Klink-Straub/Straub, Nächste Ausfahrt DS-GVO – Datenschutzrechtliche Herausforderungen beim automatisierten Fahren, NJW 2018, 3201 (3201); Schulz, Sicherheit im Straßenverkehr und autonomes Fahren, NZV 2017, 548 (548).

17 Lutz, Automatisiertes Fahren, Dashcams und die Speicherung beweisrelevanter Daten, 2017, S. 27 ff.; Greger, Haftungsfragen beim automatisierten Fahren, NZV 2018, 1 (2); König, Die gesetzlichen Neuregelungen zum automatisierten Fahren, NZV 2017, 123 (126).

18 Wendt, ZD-Aktuell 2018, 06034 ff.; Wagner/Gooble, Freie Fahrt für das Auto der Zukunft?, ZD 2017, 263 (267); Forgó, in: Oppermann/Stender-Vorwachs (Hg.), Autonomes Fahren, 2017, S. 157 (157).

19 Klink-Straub/Straub, NJW 2018, 3201 (3201).

20 Härtel, LKV 2019, 49 (58); Sandherr, Strafrechtliche Fragen des automatisierten Fahrens, NZV 2019, 1 (4); Sander/Hollering, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren, NStZ 2017, 193 (204 f.); Droste, Produktbeobachtungspflichten der Automobilhersteller bei Software in Zeiten vernetzten Fahrens, CCZ 2015, 105 (109); auch Softwarefehler sind nicht auszuschließen, vgl. von Bodungen/Hoffmann, Hoch- und vollautomatisiertes Fahren ante portas – Auswirkungen des 8. StVG-Änderungsgesetzes auf die Herstellerhaftung, NZV 2018, 97 (98).

Neben diesen eher technischen Schwierigkeiten muss die Datenverarbeitung aber insbesondere auch europä- und verfassungsrechtskonform erfolgen. Problematisch ist hierbei vor allem die zuvor beschriebene interne Dimension: Dass über die mittels Datenspeicher für hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge gespeicherten Daten Bewegungsprofile erstellt werden können, „liegt auf der Hand“.²¹ Trotz dieses nicht von der Hand zu weisenden Einwandes ist irgendeine Art der Datenspeicherung unabdingbar. Anderenfalls könnte sich ein/e unfallverursachende/r Fahrer/in immer auf ein Systemversagen berufen, um sich der Haftung zu entziehen.²²

IV. Datenschutzrechtliche Problematik: Der Regelungsgehalt von § 63a

Inwieweit ist § 63a aber zweck- und vor allem rechtmäßig? Die mittels Datenspeicher für hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge generierten und gespeicherten Daten können jedenfalls sowohl personenbezogene Daten der Fahrzeugführer/innen als auch der Halter/innen sein.²³ Damit ist das Datenschutzrecht grundsätzlich anwendbar.²⁴ Dabei ist zu beachten, dass § 63a bloß auf hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge²⁵ Anwendung findet – nicht jedoch auf autonome.²⁶ Demnach stellt sich insbesonde-

21 Skubatz, in: Albers/Katsivelas (Hg.), Recht & Netz, 2018, S. 431 (445).

22 von Kaler/Wieser, Weiterer Rechtssetzungsbedarf beim automatisierten Fahren, NVwZ 2018, 369 (371); Jahnke, in: Burmann/Hefß/Hühnermann/Jahnke (Hg.), Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 1b StVG Rn. 11. Kritisch zur Geeignetheit dieser Regelung: Spiegel, Automatisiert, automatisierter, hochautomatisiert – Fahren bald alle Level 5?, in: Taeger (Hg.), Recht 4.0, 2017, S. 619 (698 f.). Andererseits soll der Datenspeicher für hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge auch die Exkulpation von Fahrer/innen ermöglichen, s. Reibach, Black Box und Datenschutz beim automatisierten Fahren, in: Taeger (Hg.), Recht 4.0, 2017, S. 161 (162) mit Verweis auf BT-Drucks. 18/11300, 24.

23 Die Identifizierung soll über eine sog. Speicher-ID ermöglicht werden, BT-Drucks. 18/11534; Schmid/Wessels, NZV 2017, 357 (359); kritisch: Reibach, in: Taeger (Hg.), Recht 4.0, 2017, S. 161 (163 f.).

24 Forgó, in: Oppermann/Stender-Vorwachs (Hg.), Autonomes Fahren, 2017, S. 157 (160); Wendt, ZD-Aktuell 2018, 06034 ff.; Störing/Eilers, Vernetztes Kfz und datenschutzrechtlich Betroffene, PinG 2015, 118 (119); Metzger, Digitale Mobilität – Verträge über Nutzerdaten, GRUR 2019, 129 (130 ff.). Zur Anwendbarkeit der DSGVO: Klink-Straub/Straub, NJW 2018, 3201 (3202); Kumpf, Smart Cars, 2017, S. 119 ff.

25 Die Stufen des automatisierten und autonomen Fahrens sind: Assistiertes Fahren (1), teilautomatisiertes Fahren (2), hochautomatisiertes Fahren (3), vollautomatisiertes Fahren (4), autonomes Fahren (5), s. Wagner/Gooble, ZD 2017, 263 (264). Bisweilen wird die „driver-only“-Stufe als Level 0 angeführt, s. Balke, Automatisiertes Fahren, SVR 2018, 5 (5). Zur Abgrenzung der verschiedenen Stufen: Skubatz, in: Albers/Katsivelas (Hg.), Recht & Netz, 2018, S. 431 (433 ff.).

26 Siehe § 1a; Härtel, LKV 2019, 49 (58); König, NZV 2017, 123 (124); Lange, NZV 2017, 345 (349); Schmid/Wessels, NZV 2017, 357 (358); a. A. von Kaler/Wieser, NVwZ 2018, 369 (370). Auch das Wiener Übereinkommen über den Straßenverkehr findet (noch) keine Anwendung auf autonome Fahrsysteme, vgl. Art. 8 Abs. 5 bis, s. Balke, SVR 2018, 5 (6); Armbrüster, Automatisiertes Fahren – Paradigmenwechsel im Straßenverkehrsrecht?, ZRP 2017, 83 (83); a. A. Borges, Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme, NJW 2018, 977 (977). Wenn gleich auch gem. § 6 I Nr. 14a in einigen strikt abgegrenzten Bereichen autonomes Fahren möglich gemacht werden kann, Freise, Rechtsfragen des automatisierten Fahrens, VersR 2019, 65 (66), mit Verweis auf Lange, NZV 2017, 345 (351).

re die Frage, inwieweit es – ausgehend von § 63a – neuer Regelungen für autonome Fahrzeuge bedarf.

1. Speicherort und -dauer

Wenngleich mit § 63a I bloß die Speicherung vorgeschrieben wird, ist doch von einer impliziten Regelung der entsprechenden Datenerhebung auszugehen.²⁷ Als Speicherort der erhobenen Daten kämen einerseits eine „Blackbox“ oder ein „Event Data Recorder“ in Betracht.²⁸ Dabei handelt es sich um fahrzeuginterne Speichersysteme, welche den Vorteil hätten, dass der Zugriff durch Dritte eingeschränkt ist. Der Zugriff durch die Halter/innen birgt jedoch gewissermaßen eine Missbrauchsfahrer.²⁹ Diese bestünde aber zumindest bei autonomen Fahrzeugen nicht mehr, da kein entsprechendes missbräuchliches Interesse der Halter/innen denkbar ist. Andererseits ließen sich die mittels Datenspeicher für hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge generierten Daten extern im System der Hersteller/innen speichern. Es ist jedoch kein Herausgabeanspruch der Halter/innen gegenüber den Hersteller/innen ersichtlich.³⁰ Wie könnten Halter/innen unter diesen Umständen einer ggf. bestehenden Übermittlungspflicht nachkommen? Um diese Probleme zu umgehen, böte sich z. B. ein Treuhandmodell an – wiederum unter der Voraussetzung, dass der Zugriff durch Treuhänder/in, Halter/in und Dritte explizit geregelt wird.³¹ Im Ergebnis scheint eine interne Lösung die widersprüchlichen Interessen am ehesten in einen angemessenen Ausgleich zu bringen – zumindest solange noch kein ausgereiftes Treuhandmodell existiert. Eine auf § 63b gestützte Rechtsverordnung zur Regelung des Speicherortes wird jedenfalls wohl erst nach einer Einigung auf internationaler Ebene erlassen werden.³²

Zudem wurden die Adressat/innen der Speicherpflicht nicht explizit geregelt. Halter/innen mögen zwar Adressat/innen der Übermittlungspflicht sein, dennoch sprechen Sinn und Zweck der Norm, einer „Ausstattungsverpflichtung im Sinne einer Zulassungsvorschrift“, für Hersteller/innen als Adressat/innen der Übermittlungspflicht.³³ Dies gilt umso mehr für autonome Fahrzeuge.

27 Reibach, in: Taeger (Hg.), Recht 4.0, 2017, S. 161 (164).

28 Wendt, ZD-Aktuell 2018, 06034 ff.

29 Zumal bei interner Speicherung ein Zeugnisverweigerungsrecht bestehen könnte, ausführlich: Spiegel, in: Taeger (Hg.), Recht 4.0, 2017, S. 619 (697 f.); a. A. Wendt, ZD-Aktuell 2018, 06034 ff.

30 Spiegel, in: Taeger (Hg.), Recht 4.0, 2017, S. 619 (697 f.); bei autonomen Fahrzeugen wird auf Seiten der Hersteller/innen zumindest keine Missbrauchsfahrer bestehen, sofern sich die Verschuldensvermutung tatsächlich zu Lasten der Hersteller/innen verschiebt, vgl. Kütik-Markendorf/Essers, Zivilrechtliche Haftung des Herstellers beim autonomen Fahren – Haftungsfragen bei einem durch ein autonomes System verursachten Verkehrsunfall, MMR 2016, 22 (22 ff.).

31 Ausführlich dazu: Brockmeyer, Treuhänder für Mobilitätsdaten – Zukunftsmodell für hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge?, ZD 2018, 258 (258 ff.).

32 Brockmeyer, ZD 2018, 258 (259) mit Verweis auf UN-ECE Regelung Nr. 79; vgl. auch COM(2018) 283 final; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. Januar 2019 zum autonomen Fahren im europäischen Verkehrswesen (2018/2089(INI)).

33 Skubatz, in: Albers/Katsivelas (Hg.), Recht & Netz, 2018, S. 431

Gleichwohl ist diese Regelung schwerlich mit dem Konkretisierungsgebot aus Art. 6 III DSGVO vereinbar.³⁴

Letztlich ist auch die Regelung der Speicherdauer misslungen. Die anlasslose Speicherdauer von sechs Monaten ohne explizite Zweckbindung ist unverhältnismäßig lang.³⁵ Die anlassbedingte Speicherdauer von drei Jahren erscheint angemessen, orientiert sie sich doch an der Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubter Handlung – wenngleich ein gänzlicher Gleichlauf auch nicht hergestellt wird, da die Speicherdauer ab dem Zeitpunkt der Speicherung bemessen wird.³⁶ Das Ziel dieser angemessenen maximalen Speicherdauer wird gewissermaßen durch das Fehlen einer Mindestspeicherdauer konterkariert, da so ein Risiko verfrühter Löschung besteht.³⁷

Zusammengefasst hat der Gesetzgeber zu Speicherort und -dauer teilweise unverhältnismäßige Regelungen getroffen. Mangels Bestimmtheit sind diese praktisch kaum anwendbar. Auf autonome Fahrzeuge findet § 63a nicht nur keine Anwendung – für autonome Fahrzeuge bedarf es eines gänzlich neuen (Speicher-)Systems: Sobald es keine/n Fahrer/in mehr gibt, ist die Dokumentation eines Wechsels zwischen Fahrer/in und System weder nötig noch möglich. Damit entfällt der Anknüpfungspunkt von § 63a. Der Gesetzgeber wird erneut vor der Frage stehen, ob eine spezifische Regelung zu treffen und wie diese auszugestaltet ist – oder, ob eben doch der Rückgriff auf das generelle Datenschutzrecht genügt.

2. Datenübermittlung

Die mittels Datenspeicher für hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge gespeicherten Daten sind den zuständigen Behörden zur Ahndung von Verkehrsverstößen auf Anfrage zu übermitteln (§ 63a II 1). Der Umfang der Datenübermittlung ist gem. § 63a II 3 „auf das Maß zu beschränken, das für den Zweck der Feststellung des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dem durch diese Behörden geführten Verfahren der eingeleiteten Kontrolle notwendig ist“. Diese vagen Angaben sind in Anbetracht der Sensibilität der betroffenen Daten – Möglichkeit zur Erstellung von Bewegungsprofilen – unverhältnismäßig. Demgemäß wurde der Umfang zumindest in der Gesetzesbegründung auf die konkrete Sachverhaltsaufklärung im Rahmen der Kontrolle begrenzt.³⁸ Dennoch empfiehlt

(448 ff.); kritisch zur Vereinbarkeit einer Speicher- und Übermittlungspflicht der Hersteller/innen mit dem nemo tenetur se ipsum accusare-Grundsatz: Schmid/Wessels, NZV 2017, 357 (360).

34 Spiegel, in: Taeger (Hg.), Recht 4.0, 2017, S. 619 (697).

35 Dies ließe sich über eine Zugriffsbeschränkung für Hersteller/innen lösen (bspw. mittels obligatorischer Verschlüsselung der Daten in dessen System); eine solche Verschlüsselung erscheint umso sinnvoller, da infolge eines Fahrzeugverkaufes ein/e neue/r Normadressat/in zur Übermittlung verpflichtet sein kann, s. Skubatz, in: Albers/Katsivelas (Hg.), Recht & Netz, 2018, S. 431 (456).

36 König, NZV 2017, 123 (127).

37 König, NZV 2017, 123 (127).

38 Skubatz, in: Albers/Katsivelas (Hg.), Recht & Netz, 2018, S. 431 (447) mit Verweis auf BT-Drucks. 18/11534, 16; s. Wagner/Goebble,

sich eine weitere Konkretisierung im Gesetzestext, um den Grundsatz der Datenminimierung³⁹ zu wahren.

Die Adressat/innen der behördlichen Übermittlungspflicht sind nicht normiert worden. Es liegt nahe, gleich der Übermittlungspflicht an Dritte, die Halter/innen als Normadressat/innen auszumachen. Da jedoch die Halter/innen wohl nicht Adressat/innen der Speicherpflicht sind, hat diese keinen Einfluss auf Speicherung und Verarbeitung der Daten. Sofern sich der Speicherort in einem System der Hersteller/innen befindet, haben die Halter/innen zudem gar keinen Zugriff auf die Daten. Es ist zweifelhaft, ob eine auf § 63b gestützte Rechtsverordnung diese Widersprüche zu lösen vermag.⁴⁰ Für die Übermittlungspflicht an Dritte (§ 63a III) wurden zwar die Normadressat/innen angegeben – die benannte Folgeproblematik bleibt aber dieselbe.⁴¹

Und letztlich: Dürfen die mittels Datenspeicher für hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge gespeicherten Daten für zusätzliche Zwecke genutzt werden?

Auch diese Frage lässt § 63a unbeantwortet. Insofern bedarf es hier eines Rückgriffes auf das allgemeine Datenschutzrecht. Nach dem Verbotsgrundsatz gem. Art. 6 I DSGVO wird grundsätzlich eine Einwilligung der Betroffenen benötigt.⁴² Häufig aber wird der genaue Gegenstand einer Einwilligung – sofern denn überhaupt eine Rechtsbeziehung zwischen Halter/in und Hersteller/in besteht – unklar sein.⁴³ Die Weitergabe von Daten auf dem Sekundärmarkt (von Hersteller/innen an Dritte), wird von schuldrechtlichen Verträgen beherrscht, die für Fahrer/innen unter Umständen undurchsichtig sind.⁴⁴ Diese hier nur angedeuteten Faktoren verdeutlichen einen weiteren Brennpunkt: Die Intransparenz.⁴⁵ Es ist vielfach nicht ersichtlich, welche Daten erhoben und vor allem wie diese verarbeitet oder weitergegeben werden.⁴⁶

ZD 2017, 263 (267 f.), die eine Begrenzung auf Schadensereignisse vorschlagen.

39 Art. 5 Abs. 1 c) DSGVO, § 63a II 3 StVG.

40 *Wendt*, ZD-Aktuell 2018, 06034 ff.

41 Siehe *Hoeren*, Ein Treuhandmodell für Autodaten? – § 63a StVG und die Datenverarbeitung bei Kraftfahrzeugen mit hoch- oder vollautomatisierter Fahrfunktion, NZV 2018, 153 (154).

42 Nach dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG) haben die Inhaber/innen die Kontrolle über ihre Daten zu behalten und das damit korrelierende Recht, über die Preisgabe ebendieser Daten zu verfügen, BVerfGE 65, 1 (43); *Stender-Vorwachs/Steeger*, in: *Oppermann/Stender-Vorwachs* (Hg.), *Autonomes Fahren*, 2017, S. 253 (280).

43 *Wendt*, ZD-Aktuell 2018, 06034 ff.

44 *Metzger*, GRUR 2019, 129 (136).

45 Transparenzgrundsatz gem. Art. 5 Abs. 1 a) DSGVO; danach muss die Verarbeitung von Daten für betroffene Personen nachvollziehbar sein, *Heberlein*, in: *Ehmann/Selmayr* (Hg.), *Datenschutz-Grundverordnung*, 2. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 11; siehe auch: *Metzger*, GRUR 2019, 129 (136).

46 Vgl. *Richter*, Aus Sicht der Stiftung Datenschutz – Achten Sie auf den Fahrer!, PinG 2015, 91 (91 f.).

V. Fazit

Im Grundsatz regelt das StVG die spezifischen datenschutzrechtlichen Probleme automatisierter Fahrzeuge. Dabei soll § 63a gar nicht „sämtliche datenschutzrechtlich relevanten Fragen des automatisierten und vernetzten Fahrens“ regeln⁴⁷ – und das tut er auch nicht. Der Datenspeicher für hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge soll speichern, „ob die Fahrzeugsteuerung durch das System oder den Fahrzeugführer oder Fahrzeugführerin erfolgte, ob es eine Übernahmeanforderung bzw. eine technische Störung gab“.⁴⁸ Absurderweise fördert die Gesetzesänderung jedoch das Problem, welches sie ursprünglich beheben sollte: Die Rechtsunsicherheit.⁴⁹ Bis zum tatsächlichen Betrieb bedarf es einiger rechtlicher Klarstellungen, die wiederum europarechtskonform sein müssen. Insbesondere bedarf es *transparenter* und hinreichend *bestimmter* Regelungen. Transparente Regelungen sind gerade vor dem Hintergrund der steigenden Komplexität automatisierter und autonomer Fahrsysteme von außerordentlicher Bedeutung. Daneben stellt sich die Frage, inwieweit die Speicherpflicht ganz generell mit dem europäischen Zulassungsrecht vereinbar ist.⁵⁰

Die Anpassung des StVG an autonome Fahrzeuge sollte zeitnah in Angriff genommen werden, um die Wiederholung einer solch übereilten Reform zu vermeiden. Dies gilt umso mehr, sofern sich Deutschland eines modernen Straßenverkehrsrechtes rühmen will.⁵¹ Gerade vor dem Hintergrund dieser übereilten Reform hat die nicht allzu fortschrittliche Anpassung des deutschen StVG jedoch auch etwas Positives. Die Einführung autonomer Fahrzeuge, mit unter Umständen nicht ausgereifter Technik, birgt ein gewisses Risiko wie nicht zuletzt der tragische Unfall eines den Autopiloten nutzenden Teslafahrers⁵² in Florida verdeutlicht.

Insgesamt gibt es für den Gesetzgeber noch einiges zu tun, um das Potential der von automatisierten und autonomen Fahrzeugen generierten Daten auszuschöpfen und zugleich die Rechte der betroffenen Personen nicht unverhältnismäßig zu belasten. § 63a ist dabei ein Schritt in die richtige Richtung – reicht aber bei weitem noch nicht aus.

47 Siehe BT-Drucks. 18/11534, 15.

48 Siehe BT-Drucks. 18/11534, 15.

49 *Schirmer*, Augen auf beim automatisierten Fahren! Die StVG-Novelle ist ein Montagstück, NZV 2017, 253 (254) m. w. N.; a. A. *König*, NZV 2017, 123 (127 f.), der die Kritik für überzogen hält. Auch *Buck-Heeb/Dieckmann*, Die Fahrerhaftung nach § 18 I StVG bei (teil-)automatisiertem Fahren, NZV 2019, 113 (119) sehen zumindest im Hinblick auf Haftungsfragen einen Zugewinn an Rechtssicherheit.

50 RL 2007/46/EG; siehe *Lutz*, DAR 2019, 125 (126 f.).

51 Vgl. *Schirmer*, NZV 2017, 253 (253).

52 Siehe *Sander/Hollering*, NSTZ 2017, 193 (193) m. w. N.

Franziska Jensen*

Mediation in Planfeststellungsverfahren

Rechtliche Rahmenbedingungen

Die folgenden Ausführungen bilden den zweiten Teil der Auseinandersetzung mit Mediation in Planfeststellungsverfahren und ihren öffentlich-rechtlichen Spezifika. Der Beitrag knüpft an den vorangegangenen Artikel über Besonderheiten, Grenzen und Chancen des Einsatzes von Mediation zur Bewältigung und Vermeidung von Konflikten im Zusammenhang mit planfeststellungsbedürftigen Großvorhaben an (HRN 2018, 7 ff.). Der Fokus liegt nun auf den rechtlichen Grundlagen und Rahmenbedingungen. Die aufgeworfenen Rechtsfragen beziehen sich dabei insbesondere auf die rechtliche Stellung der mediiierenden Person, der rechtlichen Verbindlichkeit und Umsetzung des Mediationsergebnisses sowie dem Rechtsschutz hiergegen.

I. Einleitung

„Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung“, so das Bundesverfassungsgericht.¹ Diese Grundannahme lässt sich auch auf das öffentliche Recht der Planfeststellung übertragen. Sie berührt insbesondere bei umweltrelevanten, raumbeanspruchenden Großplanungsprojekten ein kompliziertes Geflecht multipler Beziehungen und Interessen. Nicht zuletzt aufgrund von Technologieentwicklung, erhöhter Regelungsdichte und einem Mangel an umfassenden Informations- und Kommunikationsstrukturen sowie ausgewogenen Einflussmöglichkeiten der Öffentlichkeit im Verfahren resultiert daraus ein gesteigertes Konfliktpotential. Diesem sollte durch transparente, gut organisierte und mitwirkungsorientierte Zusammenarbeit aller betroffenen öffentlichen, privaten, politischen und wirtschaftlichen Interessenlager begegnet werden.

Dies wirft den Blick auf die Mediation. Ihr auf Freiwilligkeit basierendes Konzept beschreibt einen strukturierten mittlungsgestützten Aushandlungsprozess zur selbstständigen und konsensualen Konfliktbeilegung auf Augenhöhe. Mit ihrem bedürfnisorientierten Ansatz bietet sie allen Beteiligten die Möglichkeit, konstruktiv zu par-

tizipieren, fördert sozialen Frieden und vermag zu behördlicher und justizieller Entlastung beizutragen.²

Diese Chancen einer erfolgreichen Durchführung können allerdings nur ihre Wirkung entfalten, wenn die Mediation funktional mit der Rechtswirklichkeit und ihren obligatorischen Anforderungen verknüpft wird.

II. Mediation im europäischen Rechtsgefüge

Das in den 1980er-Jahren in den USA in Anlehnung an die Grundtheorien sachorientierter Verhandlung³ entwickelte Mediationsverfahren gewann auch in Europa über die Jahre an Popularität. Dies zeigte sich allerdings erst im Jahr 2008 in einer Richtlinie über Mediation in Zivil- und Handelssachen mit grenzüberschreitendem Bezug.⁴ Trotz der ausdrücklichen Begrenzung des Anwendungsbereichs der Richtlinie auf grenzüberschreitende europäische Konflikte, steht es den Mitgliedstaaten frei, sie auch auf innerstaatliche Mediationsverfahren anzuwenden. Dies geht aus Punkt 8 der Erwägungsgründe zur Richtlinie deutlich hervor.

Die Richtlinie verfolgt gem. Art. 1 das Ziel, den Zugang zur alternativen Streitbeilegung der Mediation in den Mitgliedstaaten zu erleichtern und diese Art der gütlichen Konfliktbeilegung zumindest im privatrechtlichen Bereich zu fördern. Hierfür legt sie die Grundvoraussetzungen fest und schafft so einen Mindeststandard.⁵ Die Anwendung von Mediation in den Mitgliedstaaten zeigt bis heute eine sehr unterschiedliche Entwicklung. Bei einigen Staaten ist das gesetzgeberische Interesse in diesem Bereich begrenzt.⁶ Andere, wie beispielsweise Rumänien mit ihrem gesetzlich geschaffenen Mediationsrat,⁷ haben eine ausgeprägte Mediationskultur mit entsprechenden Rechtsvorschriften und Verfahrensleitlinien.

² Ausführlich im ersten Teil dieses Beitrages: Jensen, Mediation in Planfeststellungsverfahren – Besonderheiten, Grenzen und Chancen, HRN 2018, 7 ff.

³ Wie dem sog. „Harvard-Konzept“ oder dem „Transformationsansatz“.

⁴ RL 2008/52/EG.

⁵ Art. 1 2008/52/EG.

⁶ Europäische Kommission, Mediation in den Mitgliedstaaten, https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de.do (05.11.2019).

⁷ Europäische Kommission, Mediation in den Mitgliedstaaten – Rumänien, https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ro-de.do?member=1 (05.11.2019)

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer im Schwerpunktbereich „Umwelt- und Planungsrecht“ bei Professor Dr. Ivo Appel eingereichten Schwerpunkthausarbeit.

¹ BVerfG vom 14.02.2007 – 1 BvR 1351/01, Rn. 35.

III. Richtlinienumsetzung auf nationaler Ebene

Die Umsetzung der Mediationsrichtlinie erfolgte im Jahr 2012 mit dem deutschen Mediationsgesetz.⁸ Das Mediationsgesetz orientiert sich an der europäischen Richtlinie, ist jedoch nicht in seinem sachlichen Geltungsbereich beschränkt und nimmt in § 9 II MediationsG explizit Bezug auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Es gilt somit nicht nur in Zivil- und Handelssachen, sondern auch im öffentlichen Recht und insbesondere im Planfeststellungsrecht. Merklich ist allerdings, dass es nicht speziell für diese Bereiche ausgeformt ist. Das Gesetz geht nicht auf die strukturellen Unterschiede von Mediation im öffentlich-rechtlichen Bereich ein, welche bereits aus der behördlicherseits bestehenden Hoheitsmacht resultieren, und nimmt auch keinen spezifischen Bezug auf das Verwaltungsverfahrensgesetz.⁹ Stattdessen wird durch spezielle Regelungen der Vertraulichkeit in § 4 Nr. 2 MediationsG aus Gründen der öffentlichen Ordnung – wie beispielsweise bei Kindeswohlgefährdung – die gesetzliche Ausrichtung auf die Lösung privatrechtlicher, oft innerfamiliärer Konflikte deutlich. Das Verständnis von Mediation zur Konfliktlösung ist im Bezug auf das öffentliche Planungsrecht jedoch dahingehend zu erweitern, dass vorgelagerte, ausgelagerte oder verfahrensbegleitende Mediation gleichermaßen auf Konfliktvermeidung und mitgestaltende Partizipation ausgerichtet ist.¹⁰

Die weitere Ausgestaltung des nationalen, aber auch des europäischen Rechts wäre deshalb im Hinblick auf die Informations- und Partizipationsmöglichkeiten, die eine Mediation bereithält – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der sowohl von Deutschland als auch der Europäischen Union ratifizierten Aarhus-Konvention¹¹ – wünschenswert. Ihr in Art. 1 genanntes und aus den Erwägungsgründen hervorgehendes Ziel ist es, das Recht auf Zugang zu Informationen zu gewährleisten, Verantwortlichkeit und Transparenz im Verfahren zu fördern und die Öffentlichkeit in Entscheidungen über die Umwelt einzubeziehen. Mangels entsprechender spezieller Ausgestaltung der Mediation im nationalen öffentlich-rechtlichen Bereich, ist bis dahin auf die allgemeinen Regelungen des MediationsG zurückzugreifen.

⁸ Artikel 1 des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung in Deutschland.

⁹ Von Barga, Mediation im Verwaltungsverfahren nach Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes, ZUR 2012, 468 (469).

¹⁰ Fuchs/Hehn/Wagner, Mediation im öffentlichen Bereich – Möglichkeiten und Grenzen. Ein Beitrag aus Anlass von Stuttgart 21, UPR 2011, 81 (82); Feldmann, Neue Wege bei der Bürger- und Öffentlichkeitsbeteiligung und mehr Transparenz im Umweltbereich, Ausgewählte Neuerungen des Umweltverwaltengesetzes für Baden-Württemberg, NVwZ 2015, 321 (324).

¹¹ UNECE Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten von 1989.

IV. Öffentlich-rechtliche Mediation im Rechtsstaat

Bei Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen kommen Bedenken hinsichtlich des auf das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip gestützten Vorbehalts des Gesetzes für die Rechtfertigung staatlicher Eingriffe und das Tätigwerden der Exekutive in der Mediation auf. Die Beeinträchtigung von Grundrechtssubstanz durch hoheitlichen (Exekutiv-)Akt bedarf stets einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.¹² Dies steht der öffentlich-rechtlichen Mediation jedoch nicht entgegen. Soweit die Prinzipien der Mediation gewahrt bleiben und die beteiligten Grundrechtssubjekte freiwillig an einer allseits konsensual gefassten Lösung des Konflikts mitwirken, besteht schon kein Grundrechtseingriff.¹³ Insofern bedarf es für die Verfassungsmäßigkeit der Mediation im Planfeststellungsrecht auch keiner spezifischen Rechtsgrundlage.

Trotzdem darf die Durchführung einer Mediation unter Beteiligung von Behörden nicht zur Umgehung geltenden Rechts führen und dadurch den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes konterkarieren. Mediationsverfahren können deshalb nicht die gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahren ersetzen, sondern lediglich ergänzen.¹⁴ Ist aufgrund fachgesetzlicher Regelung ein Planfeststellungsverfahren erforderlich, kann die Entscheidung der Planfeststellungsbehörde nicht durch ein Mediationsergebnis vorweggenommen werden.¹⁵ Die Letztentscheidungsverantwortung liegt immer bei dem zur Entscheidung berufenen Organ.¹⁶ Die Verwaltung bleibt stets gem. Art. 20 III GG an Gesetz und Recht gebunden und dem Gemeinwohl verpflichtet.¹⁷ Das Mediationsverfahren und sein Ergebnis stehen daher unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht und insbesondere mit den formellen und materiellen Vorgaben des Planfeststellungsverfahrens. Insoweit bestehen rechtliche Vorwirkungen für die Mediation.¹⁸ Wird diesen Anforderungen Rechnung getragen, steht auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht entgegen.

Zudem verbleiben den Behörden als Hoheitsträgerinnen mit Bindung an Gesetz und Recht eigene Instrumente, auf kooperative Weise einen konsensualen Interessenausgleich voranzutreiben und mitzugestalten. Die

¹² Huster/Rux, in: BeckOK GG, 41. Edition, Stand: 15.02.2019, Art. 20, Rn. 172 ff.

¹³ Von Barga, ZUR 2012, 468 (470).

¹⁴ Von Barga, ZUR 2012, 468 (471).

¹⁵ BVerwG NVwZ 2011, 1256 (1258).

¹⁶ Feldmann, NVwZ 2015, 321 (325).

¹⁷ Pitschas, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, NVwZ 2004, 396 (399).

¹⁸ Siegel, Mediation und Planfeststellung: Klare Trennung oder funktionale Verschränkung?, DVBl 2012, 1003 (1006).

frühe Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 25 III VwVfG stellt beispielsweise ein Einfallstor für die Mediation dar.¹⁹ Zwar ist diese im Vergleich zur Öffentlichkeitsbeteiligung im Recht der Bauleitplanung, welche gem. § 3 I i. V. m. § 4b BauGB explizit die Möglichkeit einer Mediation als ergänzendes Verfahren vorsieht, in Form einer Hinwirkungsobliegenheit nur schwach ausgestaltet. Zudem obliegt ihre Durchführung letztlich der Verantwortung der Vorhabenträger/innen. Insofern kommt es allerdings maßgeblich auf das behördliche Selbstverständnis als „kooperativer Staat“²⁰ und ihre Auffassung von Beteiligung an. Diese kann eine konstruktive konsensorientierte Zusammenarbeit vorsehen und sich nicht auf bloß einseitig selektive Gelegenheit der Äußerung und Erörterung von Standpunkten beschränken. Um die Mediation auch im Planfeststellungsrecht als dialogorientierte Mitwirkungsform fest zu etablieren, sollte die Gesetzgebung auch im Verwaltungsverfahrensgesetz in den entsprechenden Rechtsvorschriften explizit vom Terminus „Mediation“ Gebrauch machen.²¹

Verfassungsrechtliche Unsicherheiten verbleiben letztlich im Hinblick auf den in § 24 VwVfG normierten behördlichen Untersuchungsgrundsatz. Dieser kollidiert mit dem für die Mediation wesentlichen Prinzip der Vertraulichkeit, §§ 1 I, 4 MediationsG. Die an das Rechtsstaatsprinzip gebundene Behörde darf sich nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen und muss den relevante Sachverhalt von Amts wegen ermitteln.²² Als Beteiligte an der Mediation muss sie also weiterhin die gebotene Distanz wahren und kann sich auch nicht wirksam zu Vertraulichkeit und Verschwiegenheit im engsten Sinne verpflichten.²³ Allerdings ist dies kein Hindernis für die Durchführung einer Mediation, wenn das Vertraulichkeitsprinzip an die Besonderheiten im öffentlich-rechtlichen Bereich angepasst wird. Dies ist bereits ob des gesteigerten Öffentlichkeitsbedürfnisses geboten. Auch insofern wäre eine gesetzliche Ausgestaltung des bestehenden Mediationsgesetzes mit weiterer Ausdifferenzierung der Anforderungen an die Vertraulichkeit im öffentlich-rechtlichen Bereich hilfreich.

V. Rechtliche Stellung der mediierenden Person

Die mediierende Person oder das mediierende Team übernimmt eine zentrale Rolle im Mediationsverfahren. Ihre Rechtsstellung wird dabei unterschiedlich bewertet.

¹⁹ Schwab, Akzeptanz für industrielle Projekte durch frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, VDI-Richtlinien und Unternehmenskommunikation, UPR 2016, 377 (381 ff.)

²⁰ Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, Einführung in die Verwaltungswissenschaft, 2. Aufl. 2009, S. 176 f.

²¹ Guckelberger, Einheitliches Mediationsgesetz auch für verwaltungsrechtliche Konflikte?, NVwZ 2011, 390 (393).

²² Heßhaus, in: BeckOK VwVfG, 45. Edition, Stand: 01.07.2019, § 24 Rn. 1.

²³ Von Barga, ZUR 2012, 468 (471).

Diskutiert wird, ob es sich um Amtsträger/innen, Beliehene, Beauftragte, Verwaltungshelfer/innen, rein Private oder Inhaber/innen eines Status sui generis handelt.²⁴

Gegen die Einstufung als Amtsträger/innen spricht, dass sich diese in ein weisungsgebundenes Subordinationsverhältnis fügen müssen, was dem Neutralitätsgrundsatz i. S. d. § 2, 3 MediationsG zuwiderläuft.²⁵ Auch Beauftragte in der öffentlichen Verwaltung sind in die Behördenstruktur eingebunden. Zudem dienen sie als Sachwalter/innen bestimmter Interessengruppen und können somit nicht allparteilich sein.²⁶ Bei einer Beilehung würden die Mediator/innen mit der selbstständigen hoheitlichen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut, was mit einer neutralen Stellung ohne Entscheidungsbefugnis ebenfalls nicht vereinbar ist.²⁷

Anders als Beliehene, werden Verwaltungshelfer/innen lediglich zur Unterstützung bestimmter Verwaltungsaufgaben unselbstständig und ohne Hoheitsgewalt tätig.²⁸ Dies entspricht eher der Rolle der mediierenden Person, insbesondere, wenn diese bei mitlaufender Mediation als eine Art Verfahrensbegleiter/in bei der Planfeststellung fungiert. Problematisch ist allerdings, dass Verwaltungshelfer/innen den Weisungen der Behörde unterliegen. Um die Unabhängigkeit der mediierenden Person zu wahren und das Vertrauen in sie nicht zu erschüttern, müsste die Behörde von ihrer Erfüllungsverantwortung absehen.²⁹

Letztlich kommt eine Heranziehung aufgrund privatrechtlicher Verträge in Betracht.³⁰ Hierfür spricht der selbstständige, nicht hoheitliche, nicht weisungsgebundene Charakter privatrechtlicher Tätigkeit. Jedoch muss bei dieser Konstellation frühzeitig die Finanzierungsfrage geklärt werden, um Neutralitätskonflikten entgegenzuwirken. Alles in allem sollte die mediierende Person möglichst nicht an die Verwaltung gebunden sein. Dies kann über eine privatrechtliche Beauftragung erfolgen, über eine moderne Form der Verwaltungshilfe mit minimierter Weisungsgebundenheit oder auch über die Gestaltung einer Rechtsstellung eigener Art.

²⁴ Appel, Privatverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 2, 2. Aufl. 2012, 851 (931); Rüssel, Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren, 2004, S. 123.

²⁵ Rüssel, Mediation, 2004, S. 123.

²⁶ Rüssel, Mediation, 2004, S. 127.

²⁷ Frankewitsch, Der externe Verhandlungsleiter vor Großveranstaltungen, NVwZ 2012, 1514 (1516).

²⁸ Sellmann, Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung NVwZ 2008, 817 (818).

²⁹ Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, S. 563.

³⁰ Rüssel, Mediation, 2004, S. 127.

VI. Umsetzung des Mediationsergebnisses

Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, die an eine Mediation zu stellen sind, führen dazu, dass ein Mediationsergebnis, anders als in privatrechtlicher Mediation, per se keine rechtliche Bindungswirkung entfalten kann.³¹ Auch das Mediationsgesetz sieht hierfür keine unmittelbare Rechtsverbindlichkeit vor.³²

Der behördlichen Abschlussentscheidung bei der Planfeststellung geht eine objektive Abwägung aller relevanten Belange voraus, welche nicht aufgrund einer verbindlichen Mediationsvereinbarung beeinflusst werden darf.³³ Eine Selbstverpflichtung der Behörde dem mediativ erzielten Konsens automatisch Vorrang einzuräumen, wäre unzulässig.³⁴ Das Mediationsergebnis bedarf stets der Implementierung in das gesetzlich vorgeschriebene Planfeststellungsverfahren, um rechtliche Wirkung zu entfalten.³⁵ Ziel der Mediation im öffentlich-rechtlichen Bereich ist es, eine Einigung zu erzielen, die in den administrativ-politischen Planungs- und Entscheidungsprozess einfließen kann.³⁶ Ohne unmittelbare Bindungswirkung stellt sich deshalb die Frage, wie sich eine derartige Konkretisierung rechtlich ausgestalten lässt, um die Umsetzung der ausgehandelten Vereinbarungen zu gewährleisten.

1. Begrenzte Möglichkeit vertraglicher Bindung

Denkbar wäre es, die Abschlussvereinbarung der Mediation als öffentlich-rechtlichen Vertrag i. S. d. § 54 VwVfG auszugestalten, um das informelle Behördenhandeln in eine rechtsförmige Handlungsform umzuwandeln.³⁷ Dem steht jedoch im Fall des Planfeststellungsverfahrens das gesetzliche Handlungsformgebot eines Planfeststellungsbeschlusses gem. § 74 I 1 VwVfG entgegen. Ein entsprechender Verfügungsvertrag wäre gem. § 59 I VwVfG i. V. m. §§ 134 BGB, 54 S. 1 VwVfG nichtig.³⁸

Für die Umsetzung des Mediationsergebnisses können auch ein Verpflichtungsvertrag in Betracht kommen. Die Vorhabenträger/innen könnten sich beispielsweise zu Ausgleichszahlungen oder Schutzmaßnahmen

verpflichten.³⁹ Auch könnten sie sich bei einer vorlaufenden Mediation dazu verpflichten, den Planfeststellungsantrag dem Verhandlungsergebnis entsprechend anzupassen. So bestünde von Anfang an ein konsensorientierter Verfahrensgegenstand.⁴⁰ Die Planfeststellungsbehörde handelt verfahrensfehlerhaft, wenn sie von dem das Mediationsergebnis implizierenden Plan der Vorhabenträger abweicht, ohne eine erneute Anhörung der Betroffenen durchzuführen.⁴¹ Auf diese Weise könnte der Beschluss verfahrensrechtlich und damit gegebenenfalls auch inhaltlich beeinflusst werden. Die anderen Beteiligten könnten im Gegenzug vertraglich auf Einwendungen gegen das Vorhaben, die gerichtliche Durchsetzung ihrer Ansprüche oder politischen Widerstand verzichten.⁴² Derartigen vertraglichen Verpflichtungen steht grundsätzlich nichts im Wege. Als Vereinbarung unter Privaten wären sie jedoch trotz Bezugnahme auf Vorhaben im öffentlichen Bereich regelmäßig dem Privatrecht zuzuordnen.⁴³

Fraglich ist demgegenüber, ob und unter welchen Voraussetzungen sich auch die Behörde zu einem bestimmten Verhalten verpflichten kann. Diese könnte die Umsetzung des Mediationsergebnisses im Planfeststellungsbeschluss z. B. über Nebenbestimmungen und Schutzauflagen gewährleisten.⁴⁴ Da sich § 59 VwVfG auch auf Verpflichtungsverträge bezieht,⁴⁵ kann sich die Behörde allerdings nur wirksam zu einer Entscheidung mit bestimmtem Inhalt verpflichten, wenn kein Verstoß gegen § 134 BGB vorliegt. Entgegenstehen könnte insbesondere das Kopplungsverbot des § 56 I 2 VwVfG. Rechtlich problematisch wäre z. B. die Verpflichtung zur Kompensation von Nachteilen auf Flächen, die mit dem Vorhaben selbst nicht in Zusammenhang stehen.⁴⁶ Auch muss das Angemessenheitsgebot des § 56 I 2 VwVfG beachtet werden, wenn sich etwa die Vorhabenträger/innen zu Maßnahmen verpflichten, die über das gesetzlich geforderte Maß hinausgehen.⁴⁷ Zudem darf durch Vorabbindung nicht das behördliche Abwägungsgebot beeinträchtigt werden. Maßgeblich ist insofern der Zeitpunkt der vertraglichen Verpflichtung.⁴⁸ Wird eine Vereinbarung nach abgeschlossenem Anhörungsverfahren und

31 BVerwG vom 04.04.2012 – 4C 8/09.

32 *Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste*, Ausarbeitung WD3-3000-300/14: Verbindlichkeit von Mediationsvereinbarungen, <https://www.bundestag.de/resource/blob/419494/230ddf4c2c42e756b9b414c5e385e285/wd-3-300-14-pdf-data.pdf>, S. 4 (08.12.2019).

33 Voß, in: *Münchener Anwaltshandbuch*, 4. Aufl. 2017, Rn. 84.

34 *Durinke/Durinke*, Rechtlicher Rahmen und Grenzen von informellen Beteiligungsprozessen, *KommJur* 2016, 241 (247).

35 Voß, in: *MAH*, 4. Aufl. 2017, Rn. 84 ff.

36 *Troja/Meurer*, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Gerhard Falk/Peter Heintel/Ewald E. Krainz, *Handbuch Mediation und Konfliktmanagement* Bd. 3, 2005, 219 (219).

37 *Wiss. Dienste*, <https://www.bundestag.de/resource/blob/419494/230ddf4c2c42e756b9b414c5e385e285/wd-3-300-14-pdf-data.pdf>, S. 4 (08.12.2019).

38 *Ehlers/Pünder*, *Allg. Verwaltungsrecht*, 2016, S. 565.

39 *Ehlers/Pünder*, *Allg. Verwaltungsrecht*, 2016, S. 565.

40 *Mehler*, Verknüpfung des Ergebnisses einer Mediation mit der fachplanerischen Abwägung, Schlussfolgerungen aus dem Verfahren zum Ausbau des Frankfurter Flughafens, *NVwZ* 2012, 1288 (1290).

41 BVerwG NVwZ 2012, 1314 f.

42 BGHZ 79, 131, 135; *Ehlers/Pünder*, *Allg. Verwaltungsrecht*, 2016, S. 565.

43 *Holznagel/Ramsauer*, Förderung der Mediation in Planungsverfahren, *VerwArch* 2013, 131 (155).

44 *Pünder*, Kooperation statt Konfrontation – Möglichkeiten und Grenzen von Mediation in Planfeststellungsverfahren, *VERW* 2005, 1 (28).

45 *Spieth*, in: BeckOK VwVfG, 45. Edition, Stand: 01.10.2019, § 59 Rn. 5 f.

46 *Holznagel/Ramsauer*, *VerwArch* 2013, 131 (158).

47 *Holznagel/Ramsauer*, *VerwArch* 2013, 131 (155).

48 BVerwGE 45, 309 (316).

vor der abschließenden planungsrechtlichen Abwägung getroffen, steht ihrer Wirksamkeit grundsätzlich nichts entgegen.⁴⁹ Wird sie vorher getroffen, ist eine vertragliche Verpflichtung nur zulässig, soweit sich die Planfeststellungsbehörde inhaltliche Änderungen im Hinblick auf das Ergebnis des Anhörungsverfahrens vorbehält.⁵⁰ Zu bedenken ist schließlich, dass die rechtliche Wirksamkeit des Verpflichtungsvertrags gem. § 58 I VwVfG von der schriftlichen Zustimmung aller von der Umsetzung der Verpflichtung rechtlich Betroffenen abhängt.⁵¹ Er ist insofern regelmäßig impraktikabel.⁵²

2. Umsetzung durch faktische Bindungswirkung

Doch selbst, wenn eine rechtliche Bindung der Behörden auf vertraglichem Weg nicht zu erreichen ist, ist das Maß an faktischer Bindungswirkung der Mediation nicht zu unterschätzen. Diese ergibt sich einerseits aus den intensiven Verhandlungsprozessen und der Abschlussvereinbarung als ein „Gentlemen’s Agreement.“⁵³ Zum anderen kann sie aus drohenden Schadensersatzforderungen resultieren, wenn die Behörde das Risiko für das Ausbleiben der Mediationsübereinkunft vertraglich übernimmt.⁵⁴ Zu bedenken ist, dass eine faktische Vorabbindung zu Abwägungsfehlern im Planfeststellungsverfahren führen kann. Diese werden nur ausgeglichen, wenn die Vorabbindung sachlich gerechtfertigt und „inhaltlich nicht zu beanstanden“⁵⁵ ist.⁵⁶

In einem Mediationsverfahren wird diesen Anforderungen jedoch regelmäßig Rechnung getragen. Es verfolgt gerade den Zweck, alle betroffenen Interessen in einem Konsens auszugleichen.

3. Implementierungszeitpunkt

Trotz der per se rechtlichen Unverbindlichkeit des Mediationsergebnisses lassen sich die ausgehandelten Vereinbarungen umsetzen und in das obligatorische Planfeststellungsverfahren implementieren. Durch die Implementierung wirkt das Mediationsergebnis (mittelbar) auf den Planfeststellungsbeschluss ein. Die Art der Umsetzung ist dabei von der konkreten Ausgestaltung der Abschlussvereinbarung, den allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen sowie vom Zeitpunkt der Mediation abhängig. Findet diese vorlaufend statt, empfiehlt sich eine Anpassung der Antragsunterlagen an das Mediationsergebnis, um es von Anfang an in das Planfeststellungsverfahren zu implementieren. Umfang und

Komplexität der Planfeststellung können somit durch frühzeitige Befriedung begrenzt werden.⁵⁷ Bei mitlaufender Mediation kann der gefundene Konsens in das Anhörungsverfahren eingebracht werden oder zumindest über eine rechtskonforme (faktische) Vorabbindung als gewichtiger Belang in die Abwägung miteinfließen. Bei nachlaufender Mediation kann eine Umsetzung über (privatrechtliche) Vereinbarungen erfolgen. Wird eine Mediation nachlaufend initiiert, besteht bereits ein Planfeststellungsbeschluss, für dessen Änderung gem. § 76 I VwVfG ein neues Planfeststellungsverfahren erforderlich wäre. Nachträglich könnte jedoch zumindest über die Umsetzung des Vorhabens verhandelt werden. Die Vorhabenträger/innen könnten sich z. B. zu weitreichenden Schutzmaßnahmen verpflichten und die Vorhabengegner/innen im Gegenzug zum Verzicht auf die Anrufung des Gerichts.⁵⁸ Bei einer nachlaufenden Mediation ist jedoch zu gewährleisten, dass sie nicht dazu missbraucht wird, nachträglich mehr Akzeptanz für das Vorhaben zu gewinnen und die bereits abgeschlossene Entscheidungsfindung in ein besseres Licht zu rücken.⁵⁹

Der Zeitpunkt der Mediation ist letztlich abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls. Auch muss der Planungsprozess hinreichend fortgeschritten sein, sodass sich die berührten Belange bereits abzeichnen und sich die einzelnen Interessen herauskristallisiert haben.⁶⁰ Grundsätzlich gilt jedoch: Je frühzeitiger eine Mediation initiiert wird, desto eher besteht die Möglichkeit der mitgestaltenden Einflussnahme für die Betroffenen und der funktionalen Implementierung des Mediationsergebnisses in das Planfeststellungsverfahren.⁶¹

VII. Rechtsschutzmöglichkeiten gegen das Mediationsergebnis

Das Mediationsgesetz gibt keinen Aufschluss über Rechtsschutzmöglichkeiten, sodass auf die allgemeinen Regelungen zurückzugreifen ist. Mediationsvereinbarungen, die nicht auf privatrechtlichen Verträgen beruhen, können mit dem Planfeststellungsbeschluss angegriffen werden. Die Rechtsschutzmöglichkeiten richten sich nach dem parallel zur oder im Anschluss an eine Mediation durchgeführten Verwaltungsverfahren.⁶² Soweit die Mediationsparteien nicht rechtswirksam auf ihre Anhörungs-, Widerspruchs- und Klagerechte verzichtet haben, können sie diese im Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren geltend machen. Die Vorhabenträger/

49 Ehlers/Pünder, Allg. Verwaltungsrecht, 2016, S. 564.

50 Ehlers/Pünder, Allg. Verwaltungsrecht, 2016, S. 565.

51 Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2017, § 58 Rn. 15 ff.

52 Franzius, Stuttgart 21: Eine Epochenwende?, GewArch 2012, 225 (234).

53 Ehlers/Pünder, Allg. Verwaltungsrecht, 2016, S. 564.

54 BGH DVBI 1980, 679 (681).

55 BVerwGE 45, 309 (321).

56 Franzius, GewArch 2012, 225 (234).

57 Wagner/Hehn, Mediation im öffentlichen Bereich – Rechtsfragen UPR 2013, 1 (3).

58 Wagner/Hehn, UPR 2013, 1 (3).

59 Wagner/Hehn, UPR 2013, 1 (3).

60 Holznagel/Ramsauer, VerwArch 2013, 131 (146).

61 Wagner/Hehn, UPR 2013, 1 (3).

62 Wiss. Dienste, <https://www.bundestag.de/resource/blob/419494/230ddf4c2c42e756b9b414c5e385e285/wd-3-300-14-pdf-data.pdf>, S. 6 f. (08.12.2019).

innen können beispielsweise gegen belastende Nebenbestimmungen, die auf dem Mediationsergebnis beruhen, Anfechtungsklage (oder Verpflichtungsklage auf uneingeschränkte Planfeststellung) erheben, wenn sie diesen nicht zuvor zugestimmt haben.⁶³ Im Falle eines in der Mediation wirksam vereinbarten Rechtsschutzverzichts ist die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnis unzulässig.⁶⁴ Gleiches gilt für die rechtlich Betroffenen der Planfeststellung. Haben sie in der Mediation rechtswirksam auf die Durchsetzung ihrer Ansprüche auf Schutzvorkehrungen gem. § 74 II 2 VwVfG oder Entschädigung gem. § 74 II 3 VwVfG verzichtet, scheidet eine Klage ebenfalls am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis.⁶⁵ Die Rechtsschutzmöglichkeiten nicht an der Mediation Beteiligter gelten grundsätzlich uneingeschränkt.

VIII. Fazit

Die Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen von Mediation in Planfeststellungsverfahren ist nicht gänzlich ausgereift. Es besteht Bedarf, die funktionale Verknüpfung von Mediation mit den obligatorischen (verfahrens-) rechtlichen Anforderungen zu optimieren, um so den erkannten Unsicherheiten zu begegnen.

Über ein Tätigwerden des Gesetzgebers durch Anpassung des Mediationsgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes hinaus, wären dabei Verfahrensleitlinien zur konkreten praktischen Vorgehensweise hilfreich. Diese könnten unter Berücksichtigung der rechtlichen Vorwirkungen zur Qualitätssicherung beitragen, ei-

nen Mindeststandard öffentlich-rechtlicher Mediation schaffen und die Verankerung einer konstruktiven Konfliktkultur in diesem Bereich ermöglichen. Bereits heute steht einer Etablierung von Mediation in Planfeststellungsverfahren jedoch nichts entgegen. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen bei behördensensibler Vorgehensweise nicht. Das Ergebnis wird bestenfalls durch frühzeitige Mediationsdurchführung schon in den Antrag integriert und ebnet somit den Weg für das Planfeststellungsverfahren oder fließt zumindest durch rechtskonforme (faktische) Vorabbindung als gewichtiger Belang in die Abwägung mit ein. Mangels unmittelbarer rechtlicher Verbindlichkeit des Mediationsergebnisses lässt sich ohne vertragliche Bindung zwar nicht verhindern, dass sich Mediationsparteien über getroffene Vereinbarungen hinwegsetzen.⁶⁶ Ebenso wenig ist ohne rechtswirksamen Verzicht auszuschließen, dass Drittbetroffene einen Planfeststellungsbeschluss trotz Mediationskonformität angreifen.⁶⁷ Allerdings sind auch hier die faktische Bindungswirkung und die verbleibenden zivilrechtlichen Möglichkeiten nicht zu unterschätzen; zur Wahrung der persönlichen Rechtsausübung ist zudem eine hundertprozentige Lösung ohnehin nicht realisierbar. Allein in Anbetracht der „Einwendungsflut“ manch einer Großplanung, welche langjährige ressourcenintensive Streitigkeiten vor Gericht nach sich ziehen kann, ist jede Minimierung von Konfliktpotential durch Annäherung bereits ein allseitiger Gewinn. Die Mediation schafft hierfür den Brückenschlag.

⁶³ BVerwG NVwZ 2001, 429 ff.

⁶⁴ Ehlers/Pünder, Allg. Verwaltungsrecht, 2016, S. 565.

⁶⁵ Ehlers/Pünder, Allg. Verwaltungsrecht, 2016, S. 565.

⁶⁶ Stürer/Buchsteiner, Stuttgart 21: Eine Lehre für die Planfeststellung? Großprojekte mit verstärkter Öffentlichkeitsbeteiligung oder „gehe zurück auf Los“?, UPR 2011, 335 (339).

⁶⁷ Holzmagel/Ramsauer, VerwArch 2013, 131 (153).

Laura-Theresa Godau*

Polizei- und Ordnungsrecht

Die Hausarbeit betrifft die Standardprobleme der sogenannten „Abschleppfälle“. Sie beschäftigt sich vor allem mit der Rechtsnatur eines Verkehrszeichens und der Unterscheidung zwischen der unmittelbaren Ausführung und der Ersatzvornahme. Diskutiert wird auch die Abgrenzung von Anscheinsgefahr und Putativgefahr.¹ (Zusammenfassung der Redaktion)

Sachverhalt

In der Zeit vom 03.07.2017 bis zum 20.07.2017 wurden an einem Gebäude in der Rothenbaumchaussee in Hamburg Renovierungsarbeiten, unter anderem Fassadenarbeiten, durchgeführt. Zur Sicherung der Bauarbeiter war ein Baugerüst aufgebaut worden, das sich über die gesamte Höhe des vierstöckigen Gebäudes zog. An dem Baugerüst hatte der Bauunternehmer Paul Bayer (B) mit grünem Blumendraht ein Halteverbotschild (absolutes Halteverbot, Zeichen Nr. 283 der Anlage 2 gemäß § 41 StVO) aus Pappe angebracht, um zu verhindern, dass Fahrzeuge die Fassadenarbeiten behindern oder durch diese Arbeiten beschädigt werden. Eine straßenverkehrsrechtliche Anordnung oder Genehmigung dieser Maßnahme lag nicht vor.

Am 14.07.2017 stellte Tobias Rehling (T), der bei seinem in der Nähe ansässigen Steuerberater einige Belege für die Einkommensteuererklärung 2016 abgeben wollte, seinen Opel Mokka vor dem Gebäude, an dem die Fassadenarbeiten durchgeführt werden sollten, in dem von B als Halteverbotsbereich gekennzeichneten Abschnitt ab. An diesem Tag wurden außen an der Fassade keine Arbeiten durchgeführt; die Arbeiter waren mit Innenarbeiten beschäftigt. Der Straßenverkehr wurde durch das Verhalten von T in keiner Weise behindert.

Nachdem T sich gerade entfernt hatte, bemerkte B das Fahrzeug und sprach den Polizeibeamten Peter Pan (P) an, der gerade auf der gegenüberliegenden Seite vorbeiging. Dieser wartete noch einige Minuten ab, anschließend ließ er den PKW von einem privaten Abschleppun-

ternehmer auf einen gerade frei gewordenen Parkplatz etwa 20 Meter entfernt umsetzen.

Zwei Wochen später erhält T von der zuständigen Behörde einen mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Gebührenbescheid über 211,50 €. Die Amtshandlungsgebühr beträgt 81,50 €. Als Gemeinkostenzuschlag wurden 30 € und als Auslagen für die Durchführung des Abschleppens durch den privaten Unternehmer 100 € angesetzt, was der Höhe der tatsächlich für den Abschleppvorgang angefallenen Auslagen entspricht. T ist empört. Seiner Meinung nach hätte sein Wagen überhaupt nicht bewegt werden dürfen, weil ein von einem privaten Bauunternehmer aufgestelltes Verkehrszeichen nicht verbindlich sei – er habe das „Pappteil“ zwar gesehen, aber „nicht ernst genommen“. Andere Verkehrsteilnehmer habe er ja überhaupt nicht behindert. Die Behörde verweist dagegen auf § 45 VI StVO, der den Bauunternehmer berechtige und verpflichte, Verkehrszeichen aufzustellen, um die von seiner Baustelle ausgehenden Gefahren abzuwenden. Der Bauunternehmer handele insoweit als Beliehener, dessen Anordnungen genauso verbindlich seien wie die einer Behörde.

Aufgabenstellung

1. Prüfen Sie in einem umfassenden Gutachten die Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids.
2. Wie wäre die Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids zu beurteilen, wenn B ein Schild aus Metall angebracht hätte und dem P auf Nachfrage glaubhaft und unter Vorlage gefälschter Papiere versichert hätte, dass die Anbringung des Schildes auf Anordnung der zuständigen Behörde erfolgt sei?

Gutachten

Bearbeitung der Aufgabe 1

A. Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids

Der Gebührenbescheid könnte rechtmäßig sein. Dies ist dann der Fall, wenn er einer rechtmäßigen Ermächtigungsgrundlage unterliegt und auch formell und materiell rechtmäßig erlassen wurde.

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Hausarbeit, die im Sommersemester 2018 zur Vorlesung „Polizei- und Ordnungsrecht“ an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg bei Professorin Dr. Dagmar Felix eingereicht wurde. Die Bearbeitung der Autorin wurde mit „gut“ bewertet.

¹ Sachverhalt und Bearbeitung wurden für die Veröffentlichung in den HAMBURGER RECHTSNOTIZEN stellenweise gekürzt.

I. Ermächtigungsgrundlage des Gebührenbescheids

Jegliches Verwaltungshandeln muss nicht nur mit höherrangigem Recht vereinbar sein, sondern muss auch auf einer Eingriffsgrundlage beruhen.² Diese Ermächtigungsgrundlage ist abhängig von der Rechtsnatur der Maßnahme.³ Die Ermächtigungsgrundlage des Gebührenbescheids richtet sich demgemäß nach Art der vorangegangenen Maßnahme. In Frage kommen hier die Sicherstellung, die unmittelbare Ausführung sowie die Ersatzvornahme.

1. § 14 III HmbSOG⁴ i. V. m. Vorschriften des Gebührenrechts

Eine Sache wird dann sichergestellt, wenn dem/der Eigentümer/in oder einem/einer anderen Berechtigten die Sachherrschaft entzogen wird. Gleichzeitig muss die neue Sachherrschaft bei der Polizei oder bei Dritten begründet werden.⁵

Eigentümer/innen und andere Personen sind von der Einwirkung auf die Sache ausgeschlossen, weil die sichergestellte Sache in amtliche Verwahrung genommen wird.⁶ Die reine Umsetzung auf einen nahegelegenen Parkplatz gilt nicht als Sicherstellung.⁷ Es kommt dann keine amtliche Verwahrung infrage, wenn kein neuer Besitz begründet wird.⁸

Das Auto des T wurde im vorliegenden Sachverhalt auf einen gerade freigewordenen Parkplatz – etwa 20 Meter entfernt – umgesetzt. Es wurde daher weder durch amtliche Verwahrung neuer Besitz begründet, noch wurden dem T sämtliche Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sache genommen. Das vorgenommene Umsetzen des Wagens fällt daher hier nicht in den Anwendungsbereich von § 14 III SOG. § 14 III SOG i. V. m. der Gebührenordnung kann daher keine Ermächtigungsgrundlage für die Kosten darstellen.

2. Abgrenzung: Unmittelbare Ausführung gem. § 7 III SOG i. V. m. Gebührenrecht oder Ersatzvornahme gem. §§ 11 I 1, 13, 40 I VwVG i. V. m. Gebührenrecht

Wenn es sich bei der Maßnahme nicht um eine Verwaltungshandlung, sondern um ein bloßes Umsetzen – wie oben festgestellt – handelt, kommen als Art der Maßnahme die Ersatzvornahme mit den jeweiligen Ermächtigungsgrundlagen für einen entsprechenden Gebührenbescheid gem. §§ 11 I 1, 13, 40 I VwVG i. V. m. § 1 II VKO und die unmittelbare Ausführung gem. § 7 III SOG infrage.

Im Gegensatz zu den Regeln des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens wird in § 7 SOG auf die Voraussetzung eines vollziehbaren Verwaltungsaktes verzichtet.⁹ Zur Abgrenzung, um welche Art von Maßnahme es sich bei der im Sachverhalt vorgenommenen handelt, ist daher entscheidend, ob ihr ein Verwaltungsakt zugrunde lag. Als zugrundeliegender Verwaltungsakt kommt hier das von P aufgehängte Halteverbotsschild infrage. Fraglich ist dabei zunächst, welche Rechtsnatur Verkehrszeichen haben können.

a) Rechtsnatur des Verkehrszeichens

Es könnte sich bei Verkehrszeichen grundsätzlich um Rechtsverordnungen handeln. Dafür spräche vor allem die Praktikabilität im Vergleich zur Einordnung als Verwaltungsakt hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen dessen, wie der Bekanntgabe.¹⁰ Ein Rechtsverordnung ließe sich zudem nicht anfechten. Man könnte lediglich die Rechtswidrigkeit feststellen lassen, was dem Suspensiveffekt nicht genügen würde.¹¹ Dagegen spräche der polizeirechtliche Grundsatz, dass Verwaltungsakte nur bei konkreten Gefahren, Rechtsverordnungen aber bei abstrakten Gefahren erlassen werden können.¹²

Es könnte sich jedoch bei Verkehrszeichen auch grundsätzlich um Verwaltungsakte handeln. Verkehrszeichen betreffen konkrete örtliche Einzelsituationen und sind daher als Verkehrsregelung situationsbezogen.¹³ Trotz einer begrenzten Örtlichkeit würde es sich jedoch um eine Allgemeinverfügung gem. § 35 S. 2 VwVfG handeln.¹⁴ Eines Nachweises des Schadenseintrittes bedürfte es demnach nicht, eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes in überschaubarer Zukunft reicht aus.¹⁵ Für die Einordnung als Verwaltungsakt spricht zuletzt das Handeln des Gesetzgebers. Dieser verweist

² Schmidt, Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2016, Rn. 311 ff.

³ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, S. 386 Rn. 3.

⁴ Alle weiterhin genannten Normen des SOG, VwVfG, VwVG und der GebO sind – sofern nicht anderweitig bezeichnet – solche des Hamburgischen Landesrechts.

⁵ Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 19 Rn. 1; Mitteilung des Senats an die Hamburgische Bürgerschaft vom 11.05.1965, S. 198.

⁶ Beaucamp, in: Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer, Hamburger Sicherheits- und Ordnungsrecht SOG/PolDVG, 2. Aufl. 2009, § 14 SOG Rn. 1 ff.

⁷ Beaucamp, in: Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer, SOG, 2. Aufl. 2009, § 14 Rn. 2.

⁸ Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 10. Aufl. 2018, § 19 Rn. 4.

⁹ Beaucamp, in: Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 1.

¹⁰ VGH München NJW 1978, 1988 ff.

¹¹ VGH München NJW 1979, 670 ff.

¹² VGH München NJW 1978, 1988 ff.

¹³ BVerwG NJW 1980, 1640 ff.

¹⁴ Rebler, Rund um das Verkehrszeichen: Einsatzbereich, Rechtsnatur und Bekanntgabe, DAR 2010, 377 (380).

¹⁵ BVerwG NJW 1980, 1640 ff.

für die Auslegung des § 25 S. 2 VwVfG auf die klare Abgrenzung von Grenzfällen, wie dem Verkehrszeichen.¹⁶ Es würde sich mithin im Falle eines wirksam erlassenen Verkehrszeichens um einen Verwaltungsakt handeln.

b) Wirksamkeit des Verkehrszeichens

Grundsätzlich handelt es sich demnach bei Verkehrszeichen um Verwaltungsakte. Die Bedingung für die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes ist seine Existenz. Verwaltungsakte sind in § 35 S. 1 VwVfG legaldefiniert. Wie oben bereits erläutert, kommt im vorliegenden Sachverhalt nur eine Allgemeinverfügung in Frage. Diese müsste jedoch wirksam erlassen worden sein.

Problematisch könnte hier sein, dass der B das Halteverbotsschild als Privater angebracht hat. Gem. § 35 S. 1 VwVfG qualifizieren sich nur behördliche und hoheitliche Maßnahmen – also verwaltungsrechtliche Willenserklärungen, die durch eine einseitige Handlung der Behörde ergehen – als Verwaltungsakte.¹⁷ Das durch B aufgehängte Halteverbotsschild ist durch den Privaten B ergangen, daher keine verwaltungsrechtliche Willenserklärung der Behörde. Möglicherweise könnte hier anderweitig eine Zurechnung zur Behörde als ihre Willenserklärung vorliegen. Unwirksam bzw. Nichtakte sind Verkehrszeichen bei Ausstellung Privater¹⁸ immer dann, wenn keine verkehrsrechtliche Anordnung vorlag.¹⁹ Fraglich ist, ob das Bauunternehmen, wie von der Behörde vorgeschlagen, als Beliehener handelte gem. § 45 VI StVO.²⁰ Hier lag gemäß dem Sachverhalt keine verkehrsrechtliche Anordnung vor und ebenfalls kein Beleihungsakt. Eine Anordnung zum Aufstellen des Verkehrsschildes muss zudem vor dem tatsächlichen Aufstellungsakt vorliegen.²¹ Das Diskutieren einer möglichen nachträglichen Genehmigung ist daher obsolet. Dementsprechend wäre das durch B aufgehängte Verkehrszeichen kein Verwaltungsakt.

Möglicherweise könnte jedoch von dem Schild der Schein eines Verwaltungsaktes ausgehen. Dieser entfaltet zwar keine materielle Rechtskraft, kann jedoch angefochten werden.²²

Auch Scheinverwaltungsakte können nichtig sein.²³ Untersucht werden muss daher eine Nichtigkeit nach der Generalklausel gem. § 44 I VwVfG. Diese ist dann der

¹⁶ BT-Drucks. 7/910.

¹⁷ Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2015, § 7 Rn. 325 ff.

¹⁸ Janker, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 39 StVO Rn. 17 ff.

¹⁹ VGH Mannheim DAR 2010, 537 ff.

²⁰ StGH Bremen NVwZ 2003, 81 ff.

²¹ Janker, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 45 StVO Rn. 16 ff.

²² Stuhlfauth, in: Obermayer/Funke-Kaiser, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl. 2018, § 35 Rn. 142.

²³ Stelkens, in: Stelkens/Bonks/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 60.

Fall, wenn die Behörde unter keinen Umständen mit der Sache befasst sein kann und daher die Schwere und Offensichtlichkeit des Fehlers gegeben ist.²⁴ Verkehrszeichen dürfen nach den Vorschriften der §§ 39 ff. StVO nicht hinter den gängigen Güteforderungen zurückbleiben.²⁵ Davon ist bei einem Pappschild, das mit einem Blumendraht aufgehängt wurde, auszugehen. Es wäre daher unter keinen Umständen der Behörde zuzurechnen.

3. Zwischenergebnis

Es gibt keine Grundverfügung, daher ist § 7 III SOG i. V. m. Gebührenrecht die Anspruchsgrundlage für den erlassenen Gebührenbescheid.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Gebührenbescheid müsste weiterhin auch formell rechtmäßig sein. Gemäß dem Sachverhalt erhielt T den Gebührenbescheid von der zuständigen Behörde. Zudem müsste der Gebührenbescheid alle Verfahrensregeln erfüllen. Bei dem Gebührenbescheid handelt es sich um einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG, demnach richten sich die Verfahrensanforderungen nach den allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrensrechts.²⁶

Der T hätte demnach gem. § 28 I VwVfG vor Erlass des Gebührenbescheids auch angehört werden müssen. Aus dem Sachverhalt geht hier nicht klar hervor, ob der T angehört wurde. Der mögliche Verfahrensfehler wäre durch ein Nachholen der Anhörung des Beteiligten T gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG heilbar. Der Gebührenbescheid wurde dem T als Schriftstück zugestellt und entspricht so den Voraussetzungen des § 37 II VwVfG. Auch eine Rechtsbehelfsbelehrung gem. § 37 VI 1, 2 VwVfG ist nach Information des Sachverhaltes enthalten.

Der Gebührenbescheid ist demnach formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids

Der Gebührenbescheid müsste zudem auch materiell rechtmäßig sein.

1. Vorliegen eines Gebühregrundes

Zunächst müsste ein Gebühregrund vorliegen. Hier kommt als Gebühregrund die unmittelbare Ausführung gem. § 7 I SOG infrage. Diese müsste rechtmäßig sein.

²⁴ *Beaucamp*, Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, JA 2007, 704 (706).

²⁵ VG Koblenz BeckRS 2007, 23425 ff.

²⁶ *Selmer/Lambiris*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2018, S. 217.

a) Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage für die unmittelbare Ausführung ist § 7 I SOG. Zudem ist fraglich, ob zusätzlich eine Rechtsgrundlage für eine hypothetische Grundverfügung vorliegen muss. Hierfür spricht der Wortlaut des § 7 SOG, der die Ausführung einer Maßnahme durch Ermächtigung nur „im Wege“ der unmittelbaren Ausführung erlaubt, was gegen eine eigenständige Ermächtigung spräche.²⁷ Weiterhin spricht auch die systematische Stellung des § 7 SOG gegen eine selbstständige Befugnisnorm.²⁸ Dagegen ließe sich jedoch argumentieren, dass die Voraussetzungen des § 7 SOG mit denen des § 3 SOG nahezu deckungsgleich sind und daher eine zusätzliche hypothetische Grundverfügung überflüssig machen würden.²⁹ Diesen Bedenken lässt sich jedoch entgegensetzen, dass die Deckungsgleichheit bei fingierten Grundverfügungen nach anderen Standardbefugnisnormen entfele und sich daher die Notwendigkeit einer gesonderten Eingriffsnorm ergibt.³⁰ Dieser Schluss lässt sich auch bei Auslegung des gesetzgeberischen Willens ziehen.³¹

Fraglich ist hier, ob das speziellere Straßenverkehrsrecht die Normen des SOG aufgrund seiner Spezialität verdrängen könnte.³² Ein Halteverbot nach § 41 I 1 StVO birgt zwar ein Ge- und Verbot, enthält jedoch keine Befugnis zur Durchsetzung dieser.³³ Es handelt sich bei dem Verkehrszeichen zwar um eine sofort vollziehbare Allgemeinverfügung, was jedoch nicht unmittelbar auf eine Anwendung von Zwangsmitteln deutet.³⁴

Dementsprechend müsste hier eine weitere Ermächtigungsgrundlage neben § 7 I SOG vorgelegen haben, die eine hypothetische Grundverfügung stützt. Infrage kommen hierfür die Generalklausel sowie die Standardbefugnisnormen des SOG.³⁵ Allerdings ist hier keine der Standardbefugnisnormen einschlägig, weshalb eine hypothetische Grundverfügung nur von der Generalklausel § 3 I SOG getragen werden kann.

Die Ausführung ist somit gestützt auf §§ 7 I i. V. m. § 3 I SOG.

27 OVG Hamburg NJW 1986, 2005 ff.

28 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 6.

29 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 5 f.

30 *Felix/Schmitz*, Die unmittelbare Ausführung von Gefahrabwehrmaßnahmen, NordÖR 2003, 133 (134).

31 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 6; Amtliche Begründung, Mitteilung des Senats an die Hamburgische Bürgerschaft Nr. 75, 1965, S. 194.

32 *Götz/Geis*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 16. Aufl. 2017, § 21 Rn. 5.

33 Vgl. *Schoch*, Eingriffsermächtigungen (Befugnisnormen) im Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, 479 (479).

34 BVerwG NJW 1982, 348.

35 *Selmer/Lambiris*, POR, 8. Aufl. 2018, S. 216.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Zudem müsste die unmittelbare Ausführung auch formell rechtmäßig angeordnet worden sein.

aa) Zuständigkeit

Zuständig ist in diesem Fall die Behörde, die auch für die hypothetische Grundverfügung zuständig gewesen wäre.³⁶ Gem. § 3 I SOG sind für das Treffen von Maßnahmen nach der Generalklausel grundsätzlich die Verwaltungsbehörden zuständig. Hier handelte keine Verwaltungsbehörde, sondern der Polizist P. Nach § 3 II 1a SOG können jedoch unaufschiebbare Maßnahmen auch von der Vollzugspolizei in allen Fällen der Gefahrenabwehr ausgeführt werden. Das ist zumindest in allen Fällen der Gefahrenabwehr der Fall, wenn eine Gefahr für die Schutzgüter der polizeilichen Generalklausel bestand.³⁷ Dies ist ohnehin eine Grundvoraussetzung auch der materiellen Anwendung der Ermächtigungsgrundlage und muss daher nicht weiter thematisiert werden.

Problematisch könnte weiterhin sein, dass die Maßnahme zwar von der Vollzugspolizei angeordnet wurde, jedoch nicht von dieser, sondern von einem privaten Abschleppunternehmen, ausgeführt wurde. Dies ist nur dann rechtmäßig, wenn die Behörde die Maßnahme nicht auch ohne besondere Mühe ausführen könnte.³⁸ Vorliegend ist nicht ersichtlich, wie die Polizei die Maßnahme selber hätte ausführen können. Das Handeln kann der Behörde oder Polizei zugerechnet werden.³⁹

Die Zuständigkeitsvoraussetzungen liegen vor.

bb) Verfahren und Form

Fraglich ist, ob die Maßnahme verfahrens- und formgemäß getroffen wurde. Zur Entscheidung, welche Verfahrensregeln einschlägig sind, ist zunächst zu untersuchen, ob es sich bei der unmittelbaren Ausführung um einen Verwaltungsakt handelt, der die besonderen Regeln des Verwaltungsverfahrens bezüglich Verwaltungsakten – insbesondere jedoch des § 28 I VwVfG – auslöst, oder um schlichtes Verwaltungshandeln, das jedoch neben der gesetzlichen Ermächtigung keine weiteren Anforderung an Verfahren und Form stellt.⁴⁰

Für die Klassifizierung der unmittelbaren Ausführung als Verwaltungsakt spricht, dass diese einen tatsächlichen, nicht aber einen rechtlichen Erfolg erzielen soll.⁴¹

36 *Selmer/Lambiris*, POR, 8. Aufl. 2018, S. 216.

37 *Remmert*, Vollzugspolizeiliches Abschleppen bei Verkehrszeichenverstößen, VBlBW 2005, 41 (41).

38 *Merten/Merten*, Hamburgisches Polizei- und Ordnungsrecht, SOG, 2007, § 7 Rn. 10.

39 *Stelkens*, Von selbstständigen Verwaltungshelfern, Eigengesellschaften und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen: Verwaltungsorganisationsrechtliche Folgen der funktionalen Privatisierung und der Organisationsprivatisierung, JURA 2016, 1260 (1262 ff.)

40 *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2017, § 13 Rn. 831 f.

41 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer*, SOG,

Der Wille wird gerade nicht in einer behördlichen Verfügung konkretisiert, sondern durch Durchgriff unmittelbar in die Tat umgesetzt.⁴² Andererseits könnte es sich bei unmittelbaren Ausführungen aufgrund der möglichen Duldungsverfügung auch um Verwaltungsakte handeln.⁴³ Jedoch spricht auch eine fehlende Bekanntheit im Sinne der Wirksamkeit nach § 43 i. V. m. § 41 VwVfG gegen einen Verwaltungsakt, hier müsste es sich dann um einen „adressatlosen Verwaltungsakt“ handeln.⁴⁴ Gegen ein schlichtes Verwaltungshandeln werden jedoch Rechtsschutzbedenken geäußert.⁴⁵ Im Ergebnis lässt sich jedoch feststellen, dass der Rechtsschutz für Verwaltungsmaßnahmen garantiert wird, ohne dabei auf ihre Rechtsnatur abzustellen, insbesondere Betroffene von Realakten werden daher durch die Feststellungsklage oder Leistungsklage geschützt.⁴⁶

Dementsprechend ist im Ergebnis der Realakt einschlägig. Es werden daher keine besonderen Anforderungen an Verfahren und Form gestellt.

c) Materielle Rechtmäßigkeit der unmittelbaren Ausführung

Die unmittelbare Ausführung müsste zudem materiell rechtmäßig gewesen sein.

aa) Fehlen einer Grundverfügung

Zunächst müsste es daher an einer Grundverfügung fehlen.⁴⁷ Wie oben bereits beschrieben, kommt das von T aufgestellte Halteverbotszeichen nicht als Grundverfügung infrage, es handelt sich hierbei um einen Scheinverwaltungsakt.

bb) Rechtmäßigkeit der hypothetischen Grundverfügung

Weiterhin müsste eine fiktive Grundverfügung rechtmäßig sein.⁴⁸ Diese Rechtmäßigkeit richtet sich hierbei also nach der Rechtmäßigkeit der Maßnahme nach § 3 I SOG.

(1) Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage ist, wie oben erläutert, § 3 I SOG einschlägig.

(2) Formelle Rechtmäßigkeit

Von einem formell rechtmäßigen Erlass ist auszugehen.

(3) Materielle Rechtmäßigkeit

Es müsste eine Gefahr für ein Schutzgut der polizeilichen Generalklausel vorliegen.

(a) Schutzgut

Es müsste ein polizeirechtliches Schutzgut betroffen sein. Die Schutzgüter, die infrage kommen, sind die öffentliche Sicherheit und die öffentliche Ordnung.⁴⁹ Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, die Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des/der Einzelnen sowie den Bestand des Staates und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstiger Träger/innen der Hoheitsgewalt.⁵⁰ Dies beinhaltet Normen des öffentlichen Rechts, insbesondere des Straf- und des Ordnungswidrigkeitenrechts.⁵¹ Ein Schutzgut wäre demnach dann betroffen, wenn eine Rechtsnorm verletzt würde oder drohte verletzt zu werden.⁵² Bei dem möglichen Nichteinhalten eines Ver- und Gebots durch ein Verkehrsschild könnte es sich um eine Ordnungswidrigkeit handeln. So liegt zumindest nach § 49 III Nr. 4 StVO in einer Handlung gegen § 41 I Anlage 2 Zeichen 283 eine Ordnungswidrigkeit vor. Mit einem möglichen Bruch der Rechtsordnung läge mithin eine Betroffenheit der öffentlichen Sicherheit vor. Dem könnte allerdings die Nichtigkeit des Verkehrszeichens entgegenstehen. Mit einer Teilnahme am Verkehr könnte jedoch zumindest auch ein drohender Verstoß gegen § 1 II StVO vorliegen.

Die Rechtsordnung ist somit in jedem Fall betroffen, ein Schutzgut im Sinne der polizeilichen Generalklausel liegt vor.

(b) Gefahr oder Störung

Es müsste weiterhin eine Gefahr oder Störung für das polizeiliche Schutzgut vorliegen. Die Bewertung der Gefahr oder Störung wird vorgenommen durch fähige, besonnene, sachkundige Polizeibeamt/innen⁵³; dabei muss der Grundsatz der „maximal möglichen Spezifizierung der Tatsachen und des Erfahrungssatzes“ bedacht werden.⁵⁴ Abgestellt wird dabei auf die ex-ante-Sicht der Beamt/innen, die sich ex post als richtig erweist.⁵⁵ Hier könnte eine Störung vorliegen, also eine bereits verwirklichte Gefahr, die in einem Schaden resultierte.⁵⁶ Ein

2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 3; a. A. *Felix/Schmitz*, NordÖR 2003, 133 (133f.)

42 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 7 Rn. 7.

43 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, § 7 Rn. 3.

44 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 7 Rn. 3.

45 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 3.

46 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 7 Rn. 3 u. 11.

47 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 7 Rn. 4.

48 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 7 Rn. 9.

49 *Götz/Geis*, POR, 16. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1.

50 *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, 10. Aufl. 2018, § 8 Rn. 3.

51 *Rogosch*, in: *Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 7 ff.

52 *Rogosch*, in: *Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 7.

53 *Rogosch*, in: *Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 24.

54 *Röhrig*, Die zeitliche Komponente der Begriffe „Gefahr“ und „Gefahrenabwehr“ und ihre Konkretisierung bei Grundwasserversorgung, DVBl 2000, 1658 ff.

55 Vgl. *Schenke*, Polizeiliches Handeln bei Anscheinseingefahr und Gefahrenverdacht, JuS 2018, 505 (506).

56 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 3 Rn. 29.

Schaden ist hierbei die objektive Minderung des vorhandenen Bestandes an geschützten Gütern; die Beeinträchtigung darf dabei nicht nur unerheblich sein. Abgestellt wird bei Bewertung dieser Erheblichkeit auf das Urteil eines Durchschnittsmenschen.⁵⁷

Bei dem Pappschild handelt es sich um einen Nicht-Verwaltungsakt. Es kann daher auch keine Störung bei einem Verstoß dagegen vorliegen. Das Fahrzeug könnte jedoch trotzdem eine Gefahr darstellen.⁵⁸ Eine Gefahr liegt vor, „wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeiliches Rechtsgut schädigen wird.“⁵⁹ Nach § 3 I SOG muss diese zudem konkret sein, das heißt ein Schaden muss in zeitlicher Nähe drohen; die Anforderung an diese wird vom betroffenen Rechtsgut abhängig gemacht.⁶⁰ Am besagten Tag wurden keine Bauarbeiten ausgeführt, das Fahrzeug konnte daher weder behindern, noch selbst behindert werden. Es lag daher keine Gefahr vor.

Möglicherweise könnte P jedoch die Lage hier zu Recht falsch eingeschätzt und somit eine Gefahr angenommen haben. Eine sogenannte Anscheinsgefahr liegt dann vor, wenn die handelnden Polizeibeamt/innen bei verständiger Würdigung der Sachlage mit hinreichender Wahrscheinlichkeit aus der ex-ante-Sicht von einem drohenden Schaden ausgehen können und sich erst ex post herausstellt, dass dieser aber nie drohte.⁶¹ Wie oben erläutert, konnte das Schild aus Pappe unter keinen Umständen auch nur vom äußeren Anschein den Ansprüchen an Verkehrszeichen genügen und damit der Behörde zugerechnet werden. Es ist dem P zumutbar, eine gewisse Sachkenntnis aufzubringen und einen unklaren Sachverhalt genauer zu erforschen, bevor er eine polizeirechtliche Maßnahme anordnet. Unter verständiger Würdigung hätte sich dem P die Nichtigkeit aufdrängen müssen. Es ist daher nicht von einer Anscheinsgefahr auszugehen.

Weiterhin könnte die von P angenommene Gefahrensituation, aufgrund der er handelte, eine Putativgefahr darstellen. Eine Putativgefahr liegt dann vor, wenn aus Sicht der jeweiligen konkret handelnden Amtswalter/innen nach deren subjektiver Einschätzung eine Gefahr vorliegt.⁶² Wie soeben begründet, handelt es sich bei der von P angenommenen Gefahr nicht um eine sachverständige Würdigung, sondern nur um seine persönliche

Einschätzung. Es liegt daher lediglich eine Putativgefahr vor. Eine Putativgefahr lässt nicht auf eine konkrete Gefahr schließen und ermächtigt daher nicht zu polizeirechtlichen Befugnissen.⁶³

Die hypothetische Grundverfügung scheidet somit an einer konkreten Gefahr.

Bearbeitung der Aufgabe 2

(c) Gefahr oder Störung i. S. d. § 3 SOG

Fraglich ist, ob eine hypothetische Grundverfügung auch im Falle der Abwandlung an dem Nichtvorliegen einer konkreten Gefahr scheitern würde. Zunächst müsste dafür eine vergleichbare Sachlage vorliegen. Aufgrund einer mangelnden Anordnung liegt kein Verwaltungsakt vor, eine Grundverfügung fehlt.⁶⁴ Damit ist auch hier §§ 7 I i. V. m. 3 I SOG als Ermächtigungsgrundlage. Wie oben lag keine konkrete Gefahr vor. Fraglich könnte jedoch sein, ob hier eine Anscheinsgefahr vorgelegen haben könnte. Eine Anscheinsgefahr liegt vor, wenn ein Schaden tatsächlich nicht drohte, aber aus der Sicht ex ante bei verständiger Würdigung angenommen werden durfte. Ansonsten ist eine Putativgefahr einschlägig.⁶⁵

Der P hat hier angenommen, dass es sich bei dem Verkehrszeichen um einen wirksamen Verwaltungsakt handelte, gegen den eine Zuwiderhandlung vorlag. Zu Gefahrenabwehr zählt insbesondere im SOG⁶⁶ auch die Beseitigung einer Störung.⁶⁷ Tatsächlich lag jedoch kein Verwaltungsakt vor. Das von B aufgestellte Schild war jedoch dem Anschein nach ein gängiges Verkehrsschild. Des Weiteren konnte der B durch gefälschte Papiere den Anschein eines wirksamen Verkehrszeichens erwecken. Auf erforschende Nachfrage des P folgte zudem eine Zusicherung des B. Für P gab es daher keinerlei Anlass, eine weitere behördliche Anordnung oder Wirksamkeit zu hinterfragen oder zu erforschen. Demnach konnte der Beamte auch bei verständiger Würdigung des Sachverhaltes von einer Zuwiderhandlung ausgehen.

Es lag daher eine Anscheinsgefahr vor, die wie eine objektiv vorliegende Gefahr behandelt werden darf.⁶⁸

(d) Verantwortlichkeit i. S. d. 8 ff. SOG

Zudem müsste der T auch Verantwortlicher sein. Problematisch ist hierbei, dass nur eine Anscheinsgefahr vorliegt. Es kann jedoch auch der/die Verursachende ei-

⁵⁷ *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, D Rn. 40.

⁵⁸ *Janker*, in: *Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke*, Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 45 StVO Rn. 5.

⁵⁹ *Park*, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht, Diss., Humboldt-Univ. zu Berlin 2013, S. 184.

⁶⁰ *Röhrig*, DVBl 2000, 1658 (1660).

⁶¹ *Schenke*, JuS 2018, 505 (507).

⁶² *Schenke*, JuS 2018, 505 (507 f.).

⁶³ *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 3 Rn. 28.

⁶⁴ *Koehl*, Fahrtenbuchauflage, SVR 2018, 94 (95).

⁶⁵ *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 3 Rn. 80; OVG Hamburg NJW 1986, 2005 ff.

⁶⁶ *Götz/Geis*, POR, 16. Aufl. 2017, § 7 Rn. 15.

⁶⁷ *Rogosch*, in: *Beaucamp/Etemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 31.

⁶⁸ *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 8. Aufl. 1986, S. 226.

ner Anscheinsgefahr in Anspruch genommen werden.⁶⁹ Fraglich ist daher, ob der T mit seinem Verhalten die Anscheinsgefahr verursachen musste. Eine Ansicht stellt hier darauf ab, dass der Kenntnisstand ex ante hierbei eine Rolle spielt und die Entschädigung und die Kostenersatzpflicht erst auf sekundärer Ebene durch ex-post-Betrachtung gelöst werden.⁷⁰

Eine andere Ansicht fordert für die Anscheinsgefahr verursachendes Verhalten nach Äquivalenz.⁷¹ Jedoch wird kein Verschulden gefordert, sondern nur das Überschreiten einer Gefahrenschwelle.⁷² Das setzt nicht notwendigerweise einen Bruch von Rechtsnormen voraus.⁷³

Zumindest stört die Lage des Fahrzeuges dem Anschein nach die öffentliche Sicherheit, als Eigentümer ist T Zustandsverantwortlicher.⁷⁴ Die Entscheidung kann hier dahinstehen, es sind zusätzlich Vorschriften über die Zustandsverantwortlichkeit anwendbar.⁷⁵

Der T ist Störer.

(e) Ermessensfehlerfreie Entscheidung

Das Opportunitätsprinzip beschreibt, dass Polizei- und Ordnungsbehörden ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen treffen.⁷⁶ Es schließt das Ob, Wann und Wie eines Handelns ein, differenziert dabei zwischen dem Entschließungs- und dem Auswahlermessen.⁷⁷

Das Entschließungsermessen thematisiert das Ob eines Handelns. Dieses muss geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne gewesen sein.⁷⁸ Ein Einschreiten war hier grundsätzlich geboten, um die Anscheinsgefahr zu beenden, ein Nichteinschreiten und Dulden wäre nicht gleichwirksam gewesen.

Zudem müsste die Auswahl des Ts hier als Störer von der Ermessensentscheidung gedeckt gewesen sein, des Weiteren müsste auch das Mittel ermessensfehlerfrei gewählt worden sein.⁷⁹ Der T ist hier aus Sicht des P, der aufgrund der Anscheinsgefahr davon auch ausgehen durfte, der einzige in Betracht kommende Störer. Nur durch das Richten einer Maßnahme gegen ihn, hätte die Anscheinsgefahr beseitigt werden können.

Das hypothetische Wegfahrgebot ist die mildeste gegen T verfügbare Maßnahme, die gleichzeitig das Potential hat, die Anscheinsgefahr zu lösen. Sie ist daher auch im engeren Sinne verhältnismäßig. Es liegen keine Ermessensfehler vor.

Die hypothetische Grundverfügung wäre somit unter Annahme der von der Abwandlung veranschlagten Tatsachenebene rechtmäßig gewesen.

(4) Zwischenergebnis: Rechtmäßigkeit der Grundverfügung

Die hypothetische Grundverfügung wäre rechtmäßig gewesen.

cc) Besondere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, § 7 I SOG

Fraglich ist zudem, ob auch die zusätzlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der unmittelbaren Ausführung vorgelegen haben.

(1) Unmittelbar bevorstehende Gefahr

Hier liegt bereits eine (Anscheins)Störung des Schutzguts vor. Wenn eine unmittelbare Ausführung der Beseitigung einer Störung dient, dann entfällt das Erfordernis der unmittelbar bevorstehenden Gefahr.⁸⁰

(2) Keine andere Möglichkeit der Gefahrenabwehr

Insbesondere dürfte kein mildereres Mittel zur Verfügung stehen. Dabei darf vor allem der Erlass einer Grundverfügung mit einer beschleunigten Vollstreckung keinen Erfolg versprechen, entweder weil die Person nicht handlungsfähig oder abkömmlich⁸¹ oder gar überhaupt nicht ermittelbar ist.⁸² Im vorliegenden Fall wäre der T als Fahrzeughalter und Eigentümer zumindest von der Polizei zu ermitteln gewesen. Des Weiteren war er auch nur bei seinem Steuerberater und dementsprechend nicht weit entfernt. Dass der T sich in relativer Nähe befand und damit abkömmlich war, war jedoch in keiner Weise durch die Sacheigenschaft des Wagens erkenntlich. Dementsprechend hätte hier auch die beschleunigte Vollstreckung keinen Erfolg versprochen.

(3) Ermessensfehlerfreiheit und Verhältnismäßigkeit

Es dürften keine Ermessensfehler vorliegen und die unmittelbare Ausführung müsste auch verhältnismäßig sein.⁸³

⁶⁹ Schenke, JuS 2018, 505 (512 ff.)

⁷⁰ Schenke, JuS 2018, 505 (515 f.)

⁷¹ Schenke, JuS 2018, 505 (512 f.)

⁷² Schoch, Entschädigung bei Inanspruchnahme wegen Verdachts- oder Anscheinsgefahr, JuS 1993, 724 (724 f.)

⁷³ Schenke, POR, 10. Aufl. 2018, Rn. 60 ff.

⁷⁴ OVG Hamburg NJW 2005, 2251 ff.

⁷⁵ Schenke, JuS 2018, 505 (514).

⁷⁶ Götz/Geis, POR, 16. Aufl. 2017, § 11 Rn. 1.

⁷⁷ Götz/Geis, POR, 16. Aufl. 2017, § 11 Rn. 2.

⁷⁸ Götz/Geis, POR, 16. Aufl. 2017, § 11 Rn. 11.

⁷⁹ Götz/Geis, POR, 16. Aufl. 2017, § 11 Rn. 2.

⁸⁰ Beaucamp, in: Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 8; OVG Hamburg NuR 1993, 147 ff.

⁸¹ Beaucamp, in: Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 7; Felix/Schmitz, NordÖR 2003, 133 (135).

⁸² OVG Hamburg NVwZ 2001, 1295 ff.

⁸³ Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 10. Aufl. 2018, § 10 SOG Rn. 25.

Fraglich ist, ob dem P eine nähere Erforschung der Sachlage zugemutet werden konnte. Der P hat einige Minuten auf den T gewartet; es war nicht erkennbar, wie weit der T tatsächlich weg war. Zudem ist auch davon auszugehen, dass der P die Baustelle aufgrund des Verkehrsschildes rechtmäßig als Ort angesehen hat, von dem spezifische Gefahren ausgehen, weswegen das Verkehrsschild aus seiner Perspektive aufgestellt wurde. Die Eingriffsschwelle aufgrund dieses spezifischen Risikos lag daher niedriger. Zudem hat der P den Wagen nur umgesetzt und nicht tatsächlich in Verwahrung genommen. Der T hätte daher bei seiner Rückkehr nicht lange nach dem Wagen suchen müssen, er wurde so gering wie möglich belastet.

Die beeinträchtigende unmittelbare Ausführung wurde daher ermessensfehlerfrei durchgeführt.

dd) Zwischenergebnis: Materielle Rechtmäßigkeit, § 7 I SOG

Die materielle Rechtmäßigkeit der unmittelbaren Ausführung ist gegeben.

d) Zwischenergebnis: Gebühregrund, § 7 I SOG

Ein Gebühregrund in Form der unmittelbaren Ausführung liegt vor.

2. Verantwortlichkeit des Gebührenschuldners

Weiterhin müsste der Gebührenschuldner auch verantwortlich sein. Die Kosten einer Maßnahme gem. § 7 I SOG können bei dem Verantwortlichen §§ 8, 9 SOG geltend gemacht werden.⁸⁴ Auf Primärebene darf aufgrund der Eilbedürftigkeit der/die Anscheinstörer/in auch als Störer/in in Anspruch genommen werden. Dieser Handlungsbedarf kann auf der Kostentragung aufgrund der ex-post-Sicht nicht angenommen werden.⁸⁵ Der/die Anscheinstörer/in kann jedoch herangezogen werden, wenn ihr die Art und Weise der Anscheinsverursachung

zurechenbar ist.⁸⁶ Wie oben bereits festgestellt, ist der T zumindest als Zustandsverantwortlicher gem. § 9 SOG für den Zustand, den sein Auto verursacht, verantwortlich. Hier trägt das Auto des T zu der gesetzten Anscheinsgefahr bei. T kann sich auch nicht dadurch exkulpieren, dass er das Schild nicht gesehen hatte, denn wäre das Schild angeordnet gewesen, wäre eine Bekanntgabe erfolgt. Zudem hat er sich willentlich über das Schild hinweggesetzt. Der Anschein eines bestehenden Verkehrsschildes wurde jedoch von dem B gesetzt. Damit hat er eine Ordnungswidrigkeit gem. §§ 49 IV Nr. 3 StVO i. V. m. 24 StVG begangen. Als Zweckveranlasser wäre er mittelbarer Verursacher, der die Gefahrenschwelle zwar nicht überschreitet, aber den polizeirechtswidrigen Erfolg subjektiv bezweckt oder zumindest billigend in Kauf genommen hat.⁸⁷ Daher ist hier nicht der T, sondern der B der Störer, der den Anschein verursacht.

Somit kann der T nicht als Gebührenschuldner herangezogen werden.

3. Zwischenergebnis: Materielle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids

Der Gebührenbescheid wurde auf Grundlage eines Gebühregrundes erlassen, T ist jedoch nicht verantwortlicher Gebührenschuldner und kann daher nicht herangezogen werden. Der Gebührenbescheid ist nicht materiell rechtmäßig.

IV. Zwischenergebnis: Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids

Die Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids des T scheidet an der Verantwortlichkeit des T und somit an der materiellen Rechtmäßigkeit. Der Gebührenbescheid ist nicht rechtmäßig.

B. Endergebnis

Der gegen T gerichtete Gebührenbescheid ist nicht rechtmäßig.

⁸⁴ Krekel, Die Kostenpflichtigkeit vollzugspolizeilicher Massnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Kostenerhebung von Grossveranstaltern und von Störern bei Anwendung unmittelbaren Zwangs, Diss., Univ. Giessen 1985, S. 73 ff.

⁸⁵ OVG NW NVwZ 2001, 1314 ff.

⁸⁶ OVG Hamburg NJW 1986, 2005 ff.

⁸⁷ Lisken/Denninger, Handbuch POR, 6. Aufl. 2018, E Rn. 75 ff.

HANSEATISCH JURISTISCH

HAMBURGER
RECHTSNOTIZEN

WISSEN, WAS RECHT IST.

Preis: 4,50 €
ISSN (Print) 2191-6543
ISSN (Online) 2699-2299