

HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

AUS DEM INHALT

AUFSÄTZE

Lerke Osterloh
Beschränkung von
Urteilswirkungen

Ulrich Karpen
Der Kreisauer Kreis

STUDIUM

Julia Salkowski
Klausur BGB AT

Florian Vogelsang
Examenshausarbeit
Insolvenzrecht

IM INTERVIEW

Henning Voscherau



Einen guten Start für die Hamburger RECHTSNOTIZEN.

wünscht Ihre Fachbuchhandlung
boysen+mauke an der Uni

Schlüterstraße 16
20146 Hamburg, Tel 040 44183-170
Mo-Fr 9.00 - 18.30 Uhr, Sa 10.00 - 13.00 Uhr

schweitzer-online.de

schweitzer
Fachinformationen

Hamburger
Examenskurs

HEX



Fakultät
für
Rechtswissenschaft

Das Fakultätsprogramm
für die Examensvorbereitung

- Wiederholungskurs
- Skripten
- Klausurenkurs mit Probeexamen
- Examinatorium
- ...und vieles mehr

Informieren Sie sich unter: <http://www.jura.uni-hamburg.de/hex/>

Inhaltsverzeichnis

Prof. Dr. Tilman Reppen, Dekan Geleitwort	1
Aufsätze	
Prof. Dr. Lerke Osterloh, Bundesverfassungsrichterin a. D. Die Beschränkung der Urteilswirkungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts zum Steuerrecht	2
Prof. Dr. Ulrich Karpen Deutschland und Europa: Die Vorstellungen des Kreisauer Kreises im Widerstand gegen Hitler.	9
Wiss. Mit. Norbert Paulo Aktuelle Probleme der Sicherungsverwahrung	13
Stud. iur. Dana-Sophia Valentiner / Stud. iur. Valérie V. Suhr Lebenspartnerschaften mit Kinderwunsch: Adoptionsrechte	19
Klausuren	
Stud. iur. Julia Salkowski Anfängerklausur im Zivilrecht: Zugang und Widerruf von Willenserklärungen und Stellvertretungsrecht	23
Stud. iur. Helene Weber Klausur Polizeirecht: Zur Begrenzung des Alkoholkonsums im öffentlichen Straßenraum durch Polizeiverordnung.	26
Stud. iur. Matthias Ginkel Klausur Strafrecht V: Brandstiftungsdelikte.	31
Hausarbeiten	
Stud. iur. Sebastian Böse Hausarbeit Grundrechte: Informationsfreiheit	37
Stud. iur. Florian Vogelsang Sind Schwestergesellschaften einer GmbH Normadressaten von § 39 I Nr. 5 InsO?	49
Stud. iur. Bastian Alm Entwicklungstendenzen der Punitivität	61

Rechtsprechung

Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst
BGH vom 24.02.2010: Schriftlichkeit statt Schriftform 76
BGH vom 01.10.2010: Vorkaufsfall trotz Vertragsaufhebung 78
BGH vom 02.07.2010: Löschungsbewilligung schon vor Eintragung 80

Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst / Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke
BGH vom 19.05.2010: Rücktritt des Unterlassungs-Nebentäters 81
BGH vom 25.06.2010: Gerechtfertigte Sterbehilfe durch aktiven Behandlungsabbruch 83

Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke
EGMR vom 21.01.2011: Menschenrechtswidrige Abschiebungen nach Griechenland 85
BVerfG vom 10.12.2010: Durchsuchung von Geschäftsräumen eines Rundfunksenders 86
BVerwG vom 27.10.2010: Rundfunkgebührenpflicht für internetfähige PC 88
BVerfG vom 21.07.2010: Sorgerecht für Väter nichtehelicher Kinder 89

Rezensionen

Prof. Dr. Bettina Heiderhoff
Marina Wellenhofer: Familienrecht. 91

Wiss. Mit. Birthe Schekahn
Dirk Looschelders: Schuldrecht Allgemeiner Teil 92

Prof. Dr. Florian Jeßberger
Kristian Kühl: Strafrecht Allgemeiner Teil. 93

Prof. Dr. Marion Albers
Bodo Pieroth/Bernhard Schlink: Grundrechte/Staatsrecht II
Lothar Michael/Martin Morlok: Grundrechte. 94

Interview

Interview mit Dr. Henning Voscherau, Notar
„Menschen mögen und anständig bleiben“ 96

Impressum 100

HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

Herausgegeben durch den Hamburger Rechtsnotizen e. V. – www.hamburger-rechtsnotizen.de

HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

Geleitwort

Prof. Dr. Tilman Reppen, Dekan

Mit dieser ersten Nummer der Hamburger Rechtsnotizen beginnt etwas Neues in unserer Fakultät: Es erscheint eine von Studierenden der Rechtswissenschaften betreute Fachzeitschrift. Wenn man bedenkt, dass unsere Bibliothek bereits mehr als 950 regelmäßig erscheinende Fachzeitschriften abonniert hat, so könnte man meinen: wozu diese noch? Dem Redaktionsteam ist es bereits mit der ersten Nummer geglückt, eine Antwort darauf zu finden. Hier entwickelt sich ein Forum, das insbesondere die Studierenden der Hamburger Fakultät ansprechen soll und maßgeblich von ihnen gestaltet wird. So manifestiert sich in bemerkenswerter Weise ein Stück des Ideals einer universitas, bei der Forschung und Lehre, Lehrende und Lernende als Einheit begriffen werden. Studieren ist schließlich kein passiver Vorgang, sondern das Studium will aktiv gestaltet sein. Dazu gehört mit Sicherheit die Reflexion über rechtswissenschaftliche Fragestellungen. Die Reflexion will aber auch kommuniziert werden. Davon lebt Wissenschaft. Die Rechtsnotizen geben dazu nicht nur einen Beitrag, sondern sie fordern solche Beiträge insbesondere auch von den Studierenden heraus. Dabei wünsche ich namens der Fakultät für Rechtswissenschaft viel Erfolg!

Tilman Reppen

Lerke Osterloh*

Die Beschränkung der Urteilswirkungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts zum Steuerrecht

Zur Beschränkung der Urteilswirkungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts¹ äußert eine kritische Stimme aus der Literatur zur Praxis des Bundesverfassungsgerichts: „Tipke hat diese Praxis als ‚Kapitulation vor der Macht der nackten fiskalischen Tatsachen‘ bezeichnet. Und auch der EuGH ist deutlich weniger zimperlich, wenn es darum geht, Finanzministern der Mitgliedstaaten in vergleichbaren Verfahren zu zeigen, wo die Grenzen rechtmäßiger Besteuerung liegen. ... In einem zivilrechtlichen Verfahren würde sich der Kläger zu Recht die Augen reiben, wenn das Gericht den festgestellten Zahlungsanspruch einfach ein wenig kürzt, weil es sonst für den Beklagten gar so teuer wird.“²

Mehr oder weniger Zimperlichkeit, Kürzung oder konsequente Anerkennung festgestellter Zahlungsansprüche – geht es darum bei der Frage möglicher Beschränkung von Urteilswirkungen? Ganz abwegig ist diese Kennzeichnung der Probleme nicht. Ersetzen wir den Be-

griff Zimperlichkeit durch Zurückhaltung oder Respekt, klingt der zitierte Satz schon ganz anders: Offenkundig übt das BVerfG größere Zurückhaltung gegenüber Haushalts- und Steuergesetzgebung, als dies in der Rechtsprechung des EuGH geschieht. Und auch der zweite Satz zur konsequenten Anerkennung oder Kürzung von Zahlungsansprüchen trifft nicht sehr weit daneben: Zumindest in den hier vor allem interessierenden Verfahren der Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof ist das Rechtsschutzziel der Kläger/innen vor dem nationalen Finanzgericht im praktischen Endergebnis typischerweise auf die Rückzahlung von Steuerbeträgen gerichtet, die aufgrund vorläufig vollziehbarer Bescheide erhoben worden sind.

Damit sind zugleich wesentliche Fragen angedeutet, die in der Praxis des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts bei der Bestimmung der Reichweite von Urteilswirkungen mit je unterschiedlichen und in der Literatur jeweils umstrittenen Ergebnissen beantwortet werden: Es geht erstens um die gerichtliche Bestimmung dessen, was objektiv geltendes Recht ist und was geltende rechtliche Grenzen vor allem der Legislative und der Exekutive sind – allerdings, nicht zu vergessen, auch darum, was die rechtlichen Grenzen der Judikative in der Gemeinschaft und in den Mitgliedstaaten sind. Es geht zweitens um die Frage, wieweit bei der Entscheidung darüber, was geltendes Recht ist, Rechtsprechungsorgane Zurückhaltung und Respekt gegenüber anderen – legislativen oder exekutiven – Organen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten üben dürfen, sollen oder müssen, und es geht drittens um die Frage, welche Rolle in diesem Zusammenhang der Rechtsschutz betroffener Bürger/innen, insbesondere betroffener Steuerbürger/innen, spielt. Schließlich aber, nicht viertens, sondern die drei zentralen Fragenkomplexe stets begleitend und prägend, geht es auch immer um Geld, und zwar häufig um sehr viel Geld.

I. Bestandsaufnahme

1. Die Rechtsprechung des EuGH

Die Position der Rechtsprechung des EuGH³ ist gekennzeichnet durch vier verschiedene Regeln:

³ Zum Folgenden insbesondere EuGH vom 08.04.1976, Rs. 43/75, Slg. 1976, S. 455 – Defrenne II; EuGH vom 27.03.1980, Rs. 61/79, Slg. 1980,

* Frau Prof. Dr. Lerke Osterloh ist em. Professorin für Öffentliches Recht und Steuerrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt a. M. Von 1998 bis 2010 war sie Richterin im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, von dem bereits Fassungen in Felix Herzog/Ulfried Neumann (Hg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, und Jutta Kruthoffer-Röwekamp (Hg.), Die Rechtsprechung des EuGH in ihrer Bedeutung für das nationale Recht der direkten Steuern, 2010, veröffentlicht wurden.

¹ Aus der neueren Literatur vgl. etwa Dirk Ehlers/Anke Eggert, Zur Zulässigkeit einer zeitlich begrenzten weiteren Anwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts, in: JZ 2008, S. 585–593; Christian Koenig/Kristina Schreiber, Gewährung von Übergangsfristen à la Bundesverfassungsgericht durch den Europäischen Gerichtshof?, in: DÖV 2008, S. 450–454; Juliane Kokott/Thomas Henze, Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von EuGH-Urteilen, in: NJW 2006, S. 177–183; Michael Lang, Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von EuGH-Urteilen im Lichte des Urteils Meilicke, in: IStR 2007, S. 235–244; Hanna Neuschl/Martin Schumm, Die temporäre Durchbrechung des Anwendungsvorrangs im Gemeinschaftsrecht. Dürfen wir Europa für eine Übergangszeit suspendieren?, in: ZEuS 2008, S. 527–548; Christian Waldhoff, Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, 2006; Christian Waldhoff, Die Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, in: EuR 2006, S. 615–636; Ariane Wiedemann, Zeitlos wie ungeklärt: Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG, in: EuZW 2007, S. 692–696; eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme bietet eine im Auftrag des Bundesministeriums der Finanzen erstellte Untersuchung von Friedhelm Hufen/Nörr-Stiefenhofer-Lutz, Beschränkung von Urteilswirkungen im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen, 2008, abrufbar unter <http://www.bundesfinanzministerium.de> (09.01.2011).

² Christoph Moes, Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht, in: StuW 2008, S. 27 (31).

Erste und besonders markante Grundregel: Die zeitliche Beschränkung der Urteilswirkungen hat die absolute⁴ Ausnahme zu sein.

Zweitens: Eine solche Ausnahme kommt nur dann in Betracht, wenn bei vernünftiger Betrachtung Ungewissheit über die Rechtslage bestand und wenn eine unbegrenzte Rückwirkung schwerwiegende wirtschaftliche Auswirkungen verursachen würde.

Drittens: Eine Beschränkung der Urteilswirkungen kann nur in der Gerichtsentscheidung selbst bestimmt werden, die die zweifelhafte Auslegungsfrage erstmals beantwortet.

Viertens („Rückausnahme“): Die zeitliche Beschränkung gilt nicht gegenüber jenen Personen, die vor der Verkündung des Vorabentscheidungsurteils Rechtsmittel eingelegt haben.

Ein näherer Blick auf Anwendung und Begründung dieser vier Regeln zeigt folgendes Bild:

Die erste Regel, zeitliche Beschränkung von Urteilswirkungen als extraordinäre Ausnahme, bedeutet: strenger Grundsatz der Wirkung des Urteils *ex tunc*, nicht *ex nunc*, d.h. Wirkung seit Beginn der Geltung der dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegten Norm des primären oder sekundären Gemeinschaftsrechts und korrespondierendes Verbot der Anwendung einer der gemeinschaftsrechtlichen Norm widersprechenden Norm des Mitgliedstaates; Anspruch der Bürgerin oder des Bürgers auf eine erneute Sachentscheidung über seine oder ihre Rechte unter Beachtung des vorrangigen Gemeinschaftsrechts, soweit eine erneute Streitentscheidung über vergangene Sachverhalte bzw. Rechtsverhältnisse nach nationalem Recht zulässig ist.

Danach besteht für den Fall einer als gemeinschaftswidrig erkannten Steuernorm Anspruch auf Änderung vergangener Steuerfestsetzungen, soweit diese Festsetzungen noch nicht bestandskräftig geworden sind oder ggf. wieder aufgegriffen werden dürfen⁵. Bei der Einkom-

menssteuer etwa vergeht bis zur Bestandskraft – nach Ablauf der (verlängerten) Erklärungs- und der Festsetzungsfristen – schon in der Regel eine Zeitspanne von über fünf Jahren nach Ablauf des Veranlagungszeitraums, und dieser Zeitraum kann sich insbesondere in den Fällen einer Außenprüfung noch beträchtlich verlängern.

Die Begründung für die zeitliche Erstreckung der Urteilswirkungen in die Vergangenheit ist einfach: „Durch die Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Artikel 177 EWG-Vertrag vornimmt, wird erläutert und erforderlichenfalls verdeutlicht, in welchem Sinn und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre.“⁶ Entscheidend für die Rechtsfolgenanordnung *ex tunc* ist also die Qualifikation der Norminterpretation als Rechtserkenntnis – hierauf ist noch zurückzukommen.

Soweit der Gerichtshof die weitere Annahme, dass Ausnahmen von der Wirkung *ex tunc* eng begrenzt sein müssen, überhaupt begründet, leitet er sie offenbar unmittelbar aus dem Geltungsanspruch des objektiven Rechts ab, wenn es etwa heißt, die Erwägung der praktischen Auswirkungen einer gerichtlichen Entscheidung dürften „aber nicht so weit gehen, dass die Objektivität des Rechts gebeugt und seine zukünftige Anwendung unterbunden wird, nur weil eine Gerichtsentscheidung für die Vergangenheit gewisse Auswirkungen haben kann“⁷.

Wir halten als Begründung der ersten Grundregel des EuGH fest: Norminterpretation als Rechtserkenntnis und Geltungsanspruch des Rechts.

Die zweite Regel enthält die zentralen materiellen Voraussetzungen für zulässige Ausnahmen von der Grundregel: Objektiv begründete Unsicherheit über die bestehende Rechtslage⁸ und gravierende wirtschaftliche Schwierigkeiten für den Fall unbegrenzter zeitlicher Rückwirkung müssen kumulativ gegeben sein. Nicht als Abweichung von diesem Erfordernis kumulativer Erfüllung der materiellen Voraussetzungen gemeint ist es offenbar, wenn verkürzt formuliert wird, es gehe bei den Ausnahmen um die Beschränkung der Möglichkeit „in gutem Glauben begründete Rechtsverhältnisse in Frage zu stellen“⁹.

S. 1205 – *Denkavit italiana*; EuGH vom 13.02.1996, Rs. C-197/94 und Rs. C-252/94, Slg. 1996, S. I-505 – *Bautiaa und Societé francaise maritime*; EuGH vom 15.09.1998, Rs. C-231/96, Slg. 1998, S. I-4951 – *Edilizia Industriale Sidirurgica (Edis)*; EuGH vom 15.03.2005, Rs. C-209/03, Slg. 2005, S. I-2119 – *Bidar*; EuGH vom 06.03.2007, Rs. C-292/04, Slg. 2007, S. I-1835 – *Meilicke*.

⁴ So EuGH vom 15.09.1998, Rs. C-231/96, Slg. 1998, S. I-4951, Rn. 16 – *Edilizia Industriale Sidirurgica (Edis)*: „assolutamente“, „tout à fait“; vgl. auch EuGH vom 13.02.1996, Rs. C-197/94 und Rs. C-252/94, Slg. 1996, S. I-505, Rn. 48 – *Bautiaa und Societé francaise maritime*: „absolute“ Ausnahme, „only exceptionally“; weniger stark EuGH vom 27.03.1980, Rs. 61/79, Slg. 1980, S. 1205, Rn. 17 – *Denkavit italiana*: „soltanto in via eccezionale“.

⁵ EuGH vom 13.01.2004, Rs. C-453/00, Slg. 2004, S. I-837, Rn. 24 ff. – *Kühne & Heitz*; EuGH vom 12.02.2008, Rs. C-2/06, Slg. 2008, S. I-411, Rn. 37 ff. – *Kempter*.

⁶ EuGH vom 27.03.1980, Rs. 61/79, Slg. 1980, S. 1205, Rn. 16 – *Denkavit italiana*; EuGH vom 06.03.2007, Rs. C-292/04, Slg. 2007, S. I-1835, Rn. 34 – *Meilicke*.

⁷ EuGH vom 08.04.1976, Rs. 43/75, Slg. 1976, S. 455, Rn. 71 und 73 – *Defrenne II*; EuGH vom 16.07.1992, Rs. C-163/90, Slg. 1992, S. I-4625, Rn. 30 – *Legros*.

⁸ Zu Ungewissheit bei vernünftiger Betrachtung vgl. z. B. EuGH vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999, S. I-2685, Rn. 110 – *Sürül*.

⁹ EuGH vom 06.03.2007, Rs. C-292/04, Slg. 2007, S. I-1835, Rn. 35 – *Meilicke*.

Objektive Unklarheit bzw. vernünftige Zweifel hat das Gericht insbesondere in solchen Fällen angenommen, in denen zuvor die Kommission die gemeinschaftsrechtliche Unbedenklichkeit einer nationalen Bestimmung erklärt hatte, aber auch schon dann, wenn die Kommission zwar gemeinschaftsrechtliche Bedenken geäußert, letztlich aber auf die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens verzichtet hatte¹⁰. Verneint wurde die Unklarheit der Rechtslage vor allem dann, wenn – wie im Fall *Meilicke* festgestellt – die in einem Vorabentscheidungsverfahren gestellte abstrakte Auslegungsfrage bereits durch vorangegangene Entscheidungen des Gerichts mit Blick auf vergleichbare nationale Rechtslagen beantwortet worden war.

Gravierende wirtschaftliche Schwierigkeiten für den Fall der Rückwirkung wurden bekanntlich im Hinblick auf die rückwirkende Realisierung der unmittelbaren Geltung des Grundsatzes der Lohngleichheit im Arbeitsrecht¹¹ einschließlich der betrieblichen Rentenversicherungssysteme¹² anerkannt, ferner im Hinblick auf gemeinschaftswidrige Zahlungen von Transferentschädigungen für Berufsfußballspieler¹³. Aber auch die Systeme der Finanzierung der französischen überseeischen Departements durch gemeinschaftswidrige Einfuhrabgaben¹⁴ und der Finanzierung der österreichischen Gemeinden¹⁵ galten dem Gericht als besonders schutzwürdig. Etwas allgemeiner: Sowohl die Rückabwicklung zahlloser in der Vergangenheit abgeschlossener privatrechtlicher Rechtsgeschäfte als auch die Gefährdung der Grundlagen sozialer Sicherungssysteme oder dezentraler staatlicher Finanzierungssysteme wurden schwerpunktmäßig als schwerwiegende wirtschaftliche Folgen im Sinne zulässiger Ausnahmen von der unbegrenzten zeitlichen Rückwirkung anerkannt. Dagegen wird stets betont, dass gravierende finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte der Mitgliedstaaten durch erhebliche Steuerausfälle bzw. Rückvergütungsansprüche „für sich allein“ dem Geltungsanspruch des objektiven Rechts durch Urteilswirkungen ex tunc nicht entgegengehalten werden können.

Als Begründung für die Zulässigkeit ausnahmsweise zeitlich auf ex-nunc-Wirkung beschränkter Urteilswirkungen führt das Gericht zwingende Gründe der Rechtssi-

cherheit an und beruft sich dazu ausdrücklich auf den der Gemeinschaftsrechtsordnung innewohnenden allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit.¹⁶

Die dritte Regel ist von ganz besonderer Art. Wie der EuGH zuletzt in Sachen *Meilicke* betont hat,¹⁷ kann eine Beschränkung der zeitlichen Wirkungen eines Urteils im Vorabentscheidungsverfahren nur vom EuGH selbst und zwar nur in der Entscheidung ausgesprochen werden, in der die gestellte Frage nach der Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Norm erstmals beantwortet worden ist.

Diese Voraussetzung enthält zwei unterschiedliche Bedingungen. Die erste Bedingung, nach der der EuGH selbst über eine etwaige zeitliche Beschränkung der Urteilswirkungen entscheidet, erscheint eigentlich als selbstverständlich, ist allerdings ergänzungsbedürftig. Nach ständiger Rechtsprechung kommt es im Hinblick auf die Reichweite der Rückwirkung seiner Entscheidungen auch auf das jeweils geltende nationale Recht an: Grundsätzlich nur, soweit alle allgemeinen Voraussetzungen für die Anrufung der zuständigen Gerichte nach nationalem Recht vorliegen, kann die rückwirkende Anwendung der vom EuGH im Vorabentscheidungsverfahren ausgelegten Norm eingeklagt werden, und nur, soweit nach nationalem Recht die Aufhebung bestandskräftiger Verwaltungsentscheidungen zulässig ist, ergeben sich korrespondierende Ansprüche auf rückwirkende Anwendung des ausgelegten Gemeinschaftsrechts.

Die zweite Bedingung ist dagegen – spätestens nach den Schlussanträgen des Generalanwalts Tizzano in Sachen *Meilicke*¹⁸ – alles andere als selbstverständlich. Über eine mögliche zeitliche Beschränkung der Urteilswirkungen kann nur – mit Bindung für alle späteren Verfahren – im Rahmen des Verfahrens entschieden werden, in dem die Auslegungsfrage zum ersten Mal beantwortet wird. Diese Bedingung schafft eine Präklusionswirkung der ersten Auslegungsentscheidung, die zwar der bisherigen Rechtsprechung insbesondere in der Nachfolge der Rechtssache *Bilka* entspricht¹⁹ und die im praktischen Ergebnis wohl häufig mit mangelnder Gutgläubigkeit bei gemeinschaftswidrigem Handeln zusammentreffen wird. Die Präklusionswirkung schafft aber zugleich offenkundige Unsicherheiten im Hinblick auf die notwendige, mit Blick auf unterschiedliche Rechtsordnungen der Mit-

¹⁰ EuGH vom 08.04.1976, Rs. 43/75, Slg. 1976, S. 455, Rn. 71 und 73 – Defrenne II; EuGH vom 16.07.1992, Rs. C-163/90, Slg. 1992, S. I-4625, Rn. 32 – Legros.

¹¹ EuGH vom 08.04.1976, Rs. 43/75, Slg. 1976, S. 455, Rn. 74 f. – Defrenne II.

¹² EuGH vom 17.05.1990, Rs. C-262/88, Slg. 1990, S. I-1889, Rn. 44 – Barber.

¹³ EuGH vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, S. I-4921, Rn. 139 ff. – Bosman.

¹⁴ EuGH vom 16.07.1992, Rs. C-163/90, Slg. 1992, S. I-4625, Rn. 34 – Legros.

¹⁵ EuGH vom 09.03.2000, Rs. C-437/97, Slg. 2000, S. I-1157, Rn. 95 – Evangelischer Krankenhausverein Wien.

¹⁶ EuGH vom 06.03.2007, Rs. C-292/04, Slg. 2007, S. I-1835, Rn. 35 – Meilicke; EuGH vom 16.07.1992, Rs. C-163/90, Slg. 1992, S. I-4625, Rn. 30 – Legros.

¹⁷ EuGH vom 06.03.2007, Rs. C-292/04, Slg. 2007, S. I-1835, Rn. 36 ff. – Meilicke.

¹⁸ EuGH vom 06.03.2007, Rs. C-292/04, Slg. 2007, S. I-1835, Rn. 31 ff. – Meilicke.

¹⁹ Dazu näher m. w. N. *Juliane Kokott/Thomas Henze*, Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von EuGH-Urteilen, in: NJW 2006, S. 177 (181 f.).

gliedstaaten aber schwierige Unterscheidung zwischen identischen und unterschiedlichen Auslegungsfragen.

Die Begründung für die auch verfahrensrechtlich rigore Beschränkung von Ausnahmen nach Maßgabe des Urteils in Sachen *Meilicke* sieht der EuGH im Gebot der Gleichbehandlung aller Mitgliedstaaten und der Einzelnen in Ansehung des Gemeinschaftsrechts. Nur die Bestimmung eines einheitlichen Zeitpunkts für die Geltung der Auslegung des Gemeinschaftsrechts stelle diese Gleichbehandlung sicher und erfülle damit die Anforderungen, die sich aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit ergeben.

Die vierte Regel schließlich, die Rückausnahme, also die ex-tunc-Wirkung zugunsten aller Rechtsmittelführer/innen, die ihr Rechtsmittel bis zur Verkündung eines Urteils im Vorabentscheidungsverfahren eingelegt haben, dient einem effektiven individuellen Rechtsschutz, fungiert aber nicht zuletzt auch als Anreiz, durch privates Engagement die allgemeine Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts zu fördern.²⁰

2. Die Rechtsprechung des BVerfG

Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²¹ lässt sich durch drei bis vier Regeln charakterisieren.

Erste Regel: Auch hier gilt in den Verfahren, die die Vereinbarkeit von Normen des einfachen Rechts mit dem Grundgesetz zum Gegenstand haben, für den Fall der Verfassungswidrigkeit des einfachen Rechts als Grundregel: Wirkung ex tunc. Die Debatte zu der Frage, ob die gerichtliche Erklärung der Nichtigkeit einer verfassungswidrigen Norm konstitutive oder deklaratorische Wirkung hat,²² bewegte und bewegt sich zwar im akademischen Raum, ist aber dort auch geblieben.

Zweite Regel: Bei einer Wirkung ex tunc bleibt es grundsätzlich auch dann, wenn das Gericht als Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit statt der Nichtigkeit die bloße Unvereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz feststellt. Unvereinbarkeit führt grundsätzlich zur sofortigen Anwendungs- und Vollstreckungssperre; laufende Verwaltungs- und Gerichtsverfahren sind auszusetzen. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, rückwirkend auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der verfassungswidrigen Norm die Rechtslage umzugestalten, um einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen.

Schon diese Variante rückwirkender Unvereinbarkeit ist gerade auch für das Steuerrecht von besonderem Interesse, denn sie räumt dem Gesetzgeber die Möglichkeit ein, von der bemängelten Rechtslage zu retten, was zu retten ist, und jedenfalls erhält er die Möglichkeit, zwischen verschiedenen Alternativen verfassungsgemäßer Gestaltungsmöglichkeiten zu entscheiden. Zur Begründung stützt sich das Gericht denn auch auf Gesichtspunkte der Gewaltenteilung, nämlich auf die Notwendigkeit, verfassungsrechtliche Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers zu wahren. Diese Notwendigkeit wird regelmäßig bei Verstößen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG anerkannt. Hier ist die Ausnahme inzwischen zur Regel geworden.

Erst die dritte Regel führt aber zu den finanziell entscheidenden Entlastungen des Steuergesetzgebers, nämlich durch Beschränkungen auf Urteilswirkungen nur pro futuro. Dies geschieht durch Erklärung der Unvereinbarkeit verbunden mit einer Fortgeltungsanordnung bis zu einem bestimmten zukünftigen Zeitpunkt oder bis zu einer zeitlich bestimmten oder zeitlich unbestimmten Neuregelung.²³ Die Diskussion über die verschiedenen Varianten dieser Tenorierungspraxis anlässlich der verfassungsgerichtlich veranlassten²⁴ Reformbemühungen zur Erbschaftsteuer dürfte bekannt sein.

Allgemein gibt es für eine Fortgeltungsanordnung zwei ganz unterschiedliche Voraussetzungen und Begründungen, die zugleich unterschiedliche Fallgruppen markieren. Zum einen wird eine solche Anordnung dann für erforderlich gehalten, wenn – grob formuliert – nur auf diese Weise ein Zustand verhindert wird, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als der bisherige.²⁵ Zum anderen aber – für das Steuerrecht zentral – sind es, bezogen auf die Vergangenheit, die Erfordernisse einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung und eines gleichmäßigen Verwaltungsvollzugs für Zeiträume einer weitgehend abgeschlossenen Veranlagung²⁶. Daneben wird auch auf Rechtssicherheitsinteressen Bezug genommen²⁷ und berücksichtigt, ob die

²³ Ergänzend tritt die Praxis der sog. Appellentscheidungen hinzu, vgl. etwa die beiden früheren Beschlüsse zur Besteuerung der Renten und Pensionen, BVerfG vom 24.06.1992, BVerfGE 86, 369 (379 ff.); BVerfG vom 26.03.1980, BVerfGE 54, 11 (31, 37 f.).

²⁴ BVerfG vom 07.11.2006, BVerfGE 117, 1 (2): „Das bisherige Recht ist bis zu einer Neuregelung weiter anwendbar. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine Neuregelung spätestens bis zum 31. Dezember 2008 zu treffen.“

²⁵ Zu dieser Formel m.w.N. die Mindermeinung in BVerfG vom 03.03.2004, BVerfGE 109, 190 (246 f.), anders, ebenfalls m.w.N. die Senatsmehrheit ebd., S. 235 f.: „wenn die sofortige Ungültigkeit der zu beanstandenden Norm dem Schutz überragender Güter des Gemeinwohl die Grundlage entziehen würde und eine Abwägung mit den betroffenen Grundrechten ergibt, dass der Eingriff für eine Übergangszeit hinzunehmen ist ...“

²⁶ BVerfG vom 07.11.2006, BVerfGE 117, 1 (70); BVerfG vom 06.03.2002, BVerfGE 105, 73 (134); BVerfG vom 22.06.1995, BVerfGE 93, 121 (148 f.); BVerfG vom 25.09.1992, BVerfGE 87, 153 (178 ff.).

²⁷ BVerfG vom 07.11.2006, BVerfGE 117, 1 (70).

²⁰ Juliane Kokott/Thomas Henze, in: NJW 2006, S. 177 (182).

²¹ Zum Folgenden etwa BVerfG vom 13.02.2008, BVerfGE 120, 125 (167 f.) mit zusammenfassendem Überblick über die ständige Rechtsprechung.

²² Für eine zusammenfassende Darstellung Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 378 ff.

Verfassungsrechtslage bisher nicht hinreichend geklärt war und dem Gesetzgeber deshalb eine angemessene Frist zur Schaffung einer Neuregelung zu gewähren ist²⁸.

II. Anmerkungen und Fragen

Im Anschluss an diese Bestandsaufnahme zu der unterschiedlichen Rechtsprechungspraxis sollen nun einige Anmerkungen und Fragen entlang den Problemkomplexen erörtert werden. Zunächst wird die gerichtliche Bestimmung des Inhalts und der begrenzenden Wirkungen objektiven Rechts behandelt. Anschließend wird erörtert, ob eine Befugnis oder Pflicht zu judizieller Zurückhaltung besteht. Zuletzt soll auf die Bedeutung eines wirksamen individuellen Rechtsschutzes für die Beschränkung der Urteilswirkungen eingegangen werden.

1. Das objektive Recht als Grund und Grenze der zeitlichen Beschränkung von Urteilswirkungen – zur relativen Freiheit des EuGH und des BVerfG bei der Bestimmung der Rechtsfolgen festgestellter Normenkollisionen

Zur Rolle des objektiven Rechts soll die folgende These begründet werden: Sowohl das BVerfG als auch der EuGH sind bei der Bestimmung der Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit bzw. der Gemeinschaftsrechts-widrigkeit relativ frei.

Diese These entspricht deutlich der Rechtsprechungspraxis des BVerfG, steht aber ebenso deutlich im Widerspruch zu der des EuGH. Woher kommt dieser Kontrast? Ich bin davon überzeugt, dass dies weder, erstens, an unterschiedlichen Rechtsgrundlagen noch, zweitens, an unterschiedlichen Streitgegenständen, sondern, drittens, (jedenfalls auch – neben zahlreichen weiteren, etwa rechtspolitischen Aspekten) an unterschiedlichen methodischen und dogmatischen Vorstellungswelten der rechtsanwendenden Instanzen liegt.

a) Rechtsgrundlagen

Was zunächst die Rechtsgrundlagen für die verfassungsgerichtliche Praxis der Unvereinbarerklärungen und Fortgeltungsanordnungen betrifft, so muss man diese wohl als dürftig bezeichnen. Die Erklärung der Unvereinbarkeit taucht erst seit 1970 in verschiedenen Vorschriften des BVerfGG²⁹ auf, so dass man lediglich von einer gewissen nachträglichen gesetzgeberischen Akzeptanz der Rechtsprechungspraxis³⁰ sprechen kann. Gerade auf eine Regelung der Fortgeltungsanordnung konnte man sich jedoch nicht einigen, und auch zu den Voraussetzungen einer bloßen Unvereinbarkeit statt Nicht-

tigkeit fehlt es an gesetzlichen Anhaltspunkten. Genauer und differenziert geregelt sind nur die Rechtsfolgen der Nichtigkeit für konkrete Entscheidungen und deren Vollstreckung. Die relative Freiheit, mit der das BVerfG auf dem Feld der Tenorierung und Rechtsfolgenbestimmung agiert, hat sich das Gericht auch ohne gesetzliche Anregungen genommen.

Der EuGH agiert demgegenüber auf festeren normativen Fundamenten: Für das Verfahren der Nichtigkeitsklage ermächtigt Art. 264 II AEUV (ex-Art. 231 II EG) ausdrücklich zur Beschränkung der Urteilswirkungen: „Erklärt der Gerichtshof eine Handlung für nichtig, so bezeichnet er, falls er dies für notwendig hält, diejenigen ihrer Wirkungen, die als fortgeltend zu betrachten sind.“ Eine vergleichbare Ermächtigung fehlt für das Vorabentscheidungsverfahren. Dies legt der Gerichtshof jedoch nicht als Analogiesperre aus, sondern wendet Art. 264 II AEUV (ex-Art. 231 II EG) entsprechend auch auf Entscheidungen über die Gültigkeitsfrage nach Art. 267 I lit. b) AEUV (ex-Art. 234 I lit. b) EG) an. Als wesentlicher Unterschied der Verfahren zur Auslegungs- und zur Gültigkeitsfrage ist zwar herausgestellt worden, dass es bei der Auslegungsfrage um die Wirkungen des Gemeinschaftsrechts auf kollidierendes nationales Recht der Mitgliedstaaten, dagegen bei der Gültigkeitsfrage um die innergemeinschaftsrechtliche Normenhierarchie gehe.³¹ Doch lassen sich daraus nicht ohne Weiteres Konsequenzen für die hier gestellte Frage nach mehr oder weniger gerichtlicher Freiheit bei der Bestimmung der Rechtsfolgen von Normkollisionen ziehen, denn in beiden Fällen geht es bei der Rechtsfolgenbestimmung – auch – um den Geltungsanspruch der – vorrangigen – gemeinschaftsrechtlichen Norm.

b) Verfahrensrechtliche Streitgegenstände

Das führt zu dem weiteren wesentlichen Aspekt unterschiedlicher Streitgegenstände der Verfahren vor dem BVerfG und vor dem EuGH: Vor dem Bundesverfassungsgericht geht es in den hier interessierenden Verfahren – in Anlehnung an Art. 267 AEUV (ex-Art. 234 EG) formuliert – um die Gültigkeitsfrage, dagegen im Vorabentscheidungsverfahren eben um die Auslegungsfrage. Auch dies kann aber keineswegs ein Mehr oder ein Weniger an richterlicher Freiheit bei der Bestimmung von Folgen einer Normenkollision erklären. Man kann allenfalls sagen, dass der richterliche Verfügungsraum im Vorabentscheidungsverfahren beschränkt ist, nämlich auf die Beantwortung der Auslegungsfrage. Verfahrensrechtlich ist die Gültigkeit bzw. die Anwendbarkeit der mit Gemeinschaftsrecht kollidierenden nationalen Norm nicht Entscheidungsgegenstand. Dann allerdings, so könnte es scheinen, kann der EuGH auch über zeitli-

²⁸ BVerfG vom 13.02.2008, BVerfGE 120, 125 (167 f.); BVerfG vom 27.06.1991, BVerfGE 84, 239 (284); vgl. auch BVerfG vom 09.03.2004, BVerfGE 110, 94 (138).

²⁹ §§ 31 II, 79 I BVerfGG.

³⁰ Vgl. bereits BVerfG vom 13.12.1967, BVerfGE 23, 1 (10 f.) m. w. N.

³¹ Christian Waldhoff, Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, 2006, S. 37 f.

che Modifikationen der Anwendbarkeit nicht entscheiden. Wir wissen aber, er tut es doch. Lediglich der Inhalt solcher Entscheidungen ist weniger pragmatisch als die Entscheidungen des BVerfG. Wir beobachten also eine durchaus paradoxe Konstellation: Die im Vorabentscheidungsverfahren zur Auslegungsfrage beschränkte Entscheidungsmacht des EuGH im Verhältnis zum nationalen Recht verbindet sich mit strikteren inhaltlichen Aussagen des Gerichts zu den nationalrechtlichen Rechtsfolgen einer Kollision mit Gemeinschaftsrecht. Für dieses Phänomen kann die Beschränkung des Streitgegenstands gerade keine Begründung liefern.

c) Methode, Dogmatik und Rechtsfolgen

Damit kommen wir zu den unterschiedlichen methodischen und dogmatischen Vorstellungswelten, die als wesentliche Ursachen für die unterschiedliche Rechtsprechung zu werten sind. Die Vorstellungswelt des EuGH, so wie sie in den geschriebenen Gründen sichtbar wird, ist durch die folgenden Sätze gekennzeichnet: Auslegung ist Rechtserkenntnis, nicht Rechtsgestaltung.³² Die Feststellung eines Auslegungsergebnisses wirkt deshalb feststellend, nicht gestaltend, sie wirkt deklaratorisch, nicht konstitutiv, also Wirkung der Auslegung *ex tunc*, nicht *ex nunc*. Konsequenter widerspricht jede Anwendung einer kollidierenden nachrangigen Norm – auch auf lange zurückliegende Sachverhalte – dem geltenden Recht. Darum sind Ausnahmen zur Vermeidung der Beugung des Rechts auf extreme Ausnahmefälle zu begrenzen, in denen das Gesetzmäßigkeitsprinzip unverzichtbaren Anforderungen der Rechtssicherheit weichen muss.

Es ist der unvermittelte Schluss von methodischen, dogmatischen oder auch rechtstheoretischen Kategorien auf verbindliche Rechtsfolgen, der Schluss von der Kategorie deklaratorischer Rechtserkenntnis auf zwingende zeitliche Rechtswirkungen, dem nicht zu folgen ist. Wenn aus dem Streit über die deklaratorische oder die konstitutive Wirkung der Feststellung der Nichtigkeit von Normen eines zu lernen ist, dann wohl dies: Dogmatische oder methodische Kategorienbildung darf nicht unvermittelt als Rechtsfolgenanordnung mobilisiert werden.

d) Fazit

Deshalb mein Fazit: Tragfähige Gründe dafür, weshalb der EuGH nicht – ebenso wie das BVerfG – relativ frei bei der Bestimmung zeitlicher Begrenzungen von Rechtsfolgen festgestellter Normenkollisionen sein sollte, sind nicht erkennbar.

³² Vgl. *Andreas Middeke*, in: Hans-Werner Rengeling/Andreas Middeke/Martin Gellermann (Hg.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der EU*, 2. Aufl. 2003, § 4, Rn. 4 ff.

2. Befugnisse oder Pflichten zu gerichtlicher Zurückhaltung?

Mit diesem Fazit zum objektiven Recht ist die Stellungnahme zum zweiten Problemkomplex, der Befugnis oder gar Pflicht judizieller Zurückhaltung gegenüber anderen Organen der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten bereits präjudiziert: Weil und soweit die gerichtliche Bestimmung zeitlicher Beschränkungen von Rechtsfolgen festgestellter Normenkollisionen relativ frei ist, ist die abwägende Berücksichtigung auch der legitimen Interessen anderer am Rechtsbildungsprozess beteiligter Organe eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Konkrete gerichtliche Zurückhaltungspflichten sind dagegen meines Erachtens bisher nirgends überzeugend begründet worden und ergeben sich insbesondere auch nicht ohne Weiteres aus dem Umfang finanzieller Folgen gerichtlicher Entscheidungen. Dies alles ist durchaus umstritten, wie ja auch die Praxis des Bundesverfassungsgerichts auf herbe Kritik gestoßen ist.³³ Es kann auch nicht darum gehen, für die Praxis des BVerfG Vorbildcharakter zu beanspruchen. Als entscheidend bleibt jedoch zu bedenken, dass die erheblichen Probleme angemessener richterlicher Bestimmung der Rechtsfolgen von Normenkollisionen nicht mit Hilfe der Vorstellung zwingender Rechtsbindung hinwegdefiniert werden dürfen.

Auf einen konkreten Konfliktpunkt sei gleichwohl hingewiesen, allerdings ohne klare Entscheidung, eher in Gestalt einer offenen Frage: Fehlt es, wie bei den direkten Steuern, an Regelungskompetenzen der Gemeinschaft, sollte dann nicht besonders sorgfältig auf Verteilungswirkungen gerichtlicher Entscheidungen geachtet werden, die vom Sinn und Zweck der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheit, deren Verletzung verhandelt wird, gar nicht getragen werden? Dabei geht es insbesondere um die Freiheit des Kapitalverkehrs und kollidierende nationale Steuerbelastungen. Hier führen die Entscheidungswirkungen *ex tunc* zu rückwirkenden Entlastungen der betroffenen Steuerpflichtigen, die von der Gesamtheit der Steuerpflichtigen zu finanzieren sind, obwohl diese rückwirkende Umverteilung mit dem Sinn der Kapitalverkehrsfreiheit nichts zu tun hat.³⁴ Sinn und Zweck dieser Freiheit ist es nicht, Maßstäbe gerechter oder ungerechter Verteilung von Steuerlasten bereitzustellen,

³³ Vgl. statt vieler *Jens Blüggel*, Unvereinbarerklärung statt Normkassation, 1998, S. 152 ff.; *Malte Graßhof*, Die Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 2003, S. 91 ff.; *Senja Kreutzberger*, Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts, 2007, S. 103 ff., 167 ff.; *Nina-Luisa Siedler*, Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1999.

³⁴ Zu zeitlichen Beschränkungen von EuGH-Entscheidungen mit Bezug zum Steuerrecht vgl. *Wienand Meilicke*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Ertragsteuerrecht, in: *Gedächtnisschrift für Michael Gruson*, 2009, S. 293–302; *Otmar Thömmes*, Zeitliche Wirkung von EuGH-Urteilen, in: *JbFfSt 2006/2007*, S. 50–68; für eine kohärente Lösung schon auf der Ebene des materiellen Rechts plädiert *Roman Seer*, Rechtsprechung des EuGH: Rechtsfolgen- oder Grundfreiheitsbeschränkung?, in: *Jürgen Lüdike* (Hg.), *Europarecht – Ende der nationalen Steuersouveränität*, 2006, S. 9–44.

vielmehr geht es um das Verbot freiheitsbeschränkender Lenkungswirkungen steuerlicher Lastenverteilung. Solche verbotenen Lenkungswirkungen lassen sich aber nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft beseitigen. Verbote freiheitsbeschränkender Lenkungswirkungen sind zukunftsgerichtet. Sollte dies nicht auch bei der Bestimmung der Rechtsfolgen festgestellter Kollisionen zu berücksichtigen sein?

3. Die Bedeutung eines wirksamen individuellen Rechtsschutzes

Mit der Frage nach der Vereinbarkeit eines wirksamen individuellen Rechtsschutzes mit zeitlichen Beschränkungen der Rechtsfolgen festgestellter Gemeinschafts- oder Verfassungswidrigkeit von Normen ist man bei dem schwierigsten Teil des gesamten Themas angelangt. Während die „Rückausnahme“ zugunsten aller, die bis zur Verkündung einer Entscheidung eine Klage oder vergleichbare Rechtsbehelfe eingelegt haben, in den Augen der Richter/innen des EuGH gleichsam als selbstverständliche Konsequenz wirksamer Rechtsschutzgewähr erscheint, tut sich das BVerfG hier sehr schwer. Weniger problematisch sind zwar die Fälle der Unvereinbarerklärung mit Rückwirkung, da alle Rechtsmittelführer/innen wie auch alle Steuerpflichtigen, deren Steuerfestsetzungen noch nicht bestandskräftig geworden sind, in den Genuss einer rückwirkend umgestalteten verfassungsmäßigen Regelung kommen. Dagegen muss man die Rechtsschutzsituation in den Fällen der Fortgeltungsanordnung als äußerst problematisch bezeichnen.³⁵ Allerdings ist es nicht so, dass ein Rechtsschutz ganz entfällt, er reduziert sich jedoch auf einen nur zukünftig wirkenden Rechtsschutz.

Dafür, dass dies weniger anstößig ist, als es auf den ersten Blick erscheint, mögen als Beispiele das Urteil zur Besteuerung der Renten und Pensionen³⁶ und die neuere Entscheidung zur einkommensteuerrechtlichen Berücksichtigung von Aufwendungen für private Krankenversicherungen³⁷ dienen. In beiden Beispielen geht es um verfassungsrechtlich geforderte Systemumstellungen, deren Bewältigung mit der zusätzlichen Auflage rückwirkender Umgestaltung der Rechtslage zu einem geradezu aberwitzigen legislatorischen und administrativen Aufwand hätte führen müssen. Bei der gerichtlichen Rücksichtnahme auf Haushalts- und Steuergesetzgebung gerade auch auf dem Gebiet der periodischen Einkommensbesteuerung geht es keineswegs nur um die Schonung des Fiskus, sondern insgesamt auch um eine verhältnismäßige Risikoverteilung im Hinblick auf die Folgen verfassungsgerichtlicher Konkretisierung und Fortbildung äußerst allgemeiner und abstrakter verfas-

sungsrechtlicher Rechtsmaßstäbe innerhalb langfristig gewachsener, immer differenzierterer und komplexerer Systeme des einfachen Rechts.

Diese Gesichtspunkte einer verhältnismäßigen Risikozuweisung und -verteilung sollten auch und erst recht im Verhältnis der Rechtsprechung des EuGH zu den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eine Rolle spielen dürfen. Gerade hier kommt es ja zu gewaltigen Reibungsprozessen zwischen den allgemeinen Grundfreiheiten und Diskriminierungsverboten des Gemeinschaftsrechts und langfristig gewachsenen unterschiedlichen Rechtssystemen, die nicht nur zu schwierigen Systemumstellungen, sondern zu ebenso wichtigen und offenkundig schwierigen Prozessen des Umdenkens zwingen. Eine einseitige Fixierung auf einen möglichst perfekten individuellen gerichtlichen Rechtsschutz ohne Blick auch auf die Notwendigkeit einer für die Allgemeinheit der Bürgerinnen und Bürger nachvollziehbaren und verträglichen Organisation erforderlicher Systemveränderungen erscheint nicht unbedingt sinnvoll.

Schließlich könnte auch beim Thema Rechtsschutz der oben bereits betonte spezifische Zweck der Grundfreiheiten, insbesondere der Freiheit des Kapitalverkehrs, zu bedenken sein. Entspricht es dem Zweck, freiheitsbeschränkende Lenkungseffekte von Steuerlasten zu vermeiden, wenn solche Steuerlasten gerade zugunsten jener Steuerpflichtigen rückabgewickelt werden, die sich vom Gebrauch ihrer Freiheit nicht haben abhalten lassen, sondern die sich – im Zweifel aufgrund ökonomisch rationaler Abwägung – für die steuerlich weniger attraktive Verhaltensmöglichkeit entschieden haben?

Solche Fragen ändern natürlich nichts daran, dass die Lösung des Problems gemeinschafts- und verfassungsrechtlich hinreichenden Rechtsschutzes kompliziert bleibt, wie der Generalanwalt Tizzano zum Fall *Meilicke* eindrucksvoll vor Augen geführt hat. Zu hoffen bleibt jedoch, dass es nicht schon diese Kompliziertheit war, die die lakonischen Antworten des Gerichtshofs provoziert hat.

³⁵ Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 455 ff.

³⁶ BVerfG vom 06.03.2002, BVerfGE 105, 73 ff.

³⁷ BVerfG vom 13.02.2008, BVerfGE 120, 125 ff.

Ulrich Karpen*

Deutschland und Europa: Die Vorstellungen des Kreisauer Kreises im Widerstand gegen Hitler

1. Der Widerstand gegen den Nationalsozialismus

Verschiedene Gruppen haben zwischen 1933 und 1945, vor allem nach Kriegsbeginn und bei der sich allmählich abzeichnenden Niederlage Deutschlands, Widerstand gegen das nationalsozialistische Unrechtsregime geleistet.¹ Am bekanntesten und durch das fehlgeschlagene Attentat auf Hitler vom 20. Juli 1944 am sichtbarsten war der militärische Widerstand. Ihm gehörten der Generalstabschef Ludwig Beck und Oberstleutnant i. G. Claus Schenk Graf von Stauffenberg an, der das Attentat unternahm. Die ebenfalls aktive „Goerdeler-Gruppe“ wurde nach dem ehemaligen Leipziger Oberbürgermeister bezeichnet. Der zweite Bundeskanzler Ludwig Erhard war mit der Gruppe verbunden und entwickelte damals seine Vorstellungen über die „Soziale Marktwirtschaft“. Ferner haben in beiden Kirchen Einzelne und Gruppen Opposition und Widerstand geleistet. Man denke nur an den katholischen Münsteraner Bischof Clemens August Graf von Galen und in der evangelischen „Bekennenden Kirche“ an die Theologen Martin Niemöller und Dietrich Bonhoeffer. Erwähnt werden muss schließlich der kommunistische Widerstand, zu dem Wilhelm Pieck und Walter Ulbricht gehörten, ferner die sog. „Rote Kapelle“ um den Luftwaffenoffizier Harro Schulze-Boysen.

2. Der Kreisauer Kreis

Zu den bekannten Gruppen des Widerstandes gehörte auch der „Kreisauer Kreis“², benannt nach dem Gut Kreisau in Niederschlesien in der Nähe von Breslau. Den Namen „Kreisauer Kreis“ hat die Gestapo für ihre Ermittlungsakten verwandt. Das Gut wurde von dem Juristen Helmuth James Graf von Moltke bewirtschaftet, dem „Haupt“ des Kreises.³ Auf dem Gut traf sich der Wi-

derstandskreis zu drei größeren Tagungen in den Jahren 1942/43. Es diente aber auch als Treffpunkt für viele Einzelgespräche und Arbeitsgruppensitzungen. Dem Kreis gehörten im Kern etwa 20 Personen an, die allerdings Arbeitsverbindungen zu weiteren Gruppen insbesondere des militärischen Widerstandes hatten. Die Kontakte fanden unter konspirativen Bedingungen statt. Man kann sagen, dass der Kreisauer Kreis außergewöhnlich heterogen zusammengesetzt war: Wirtschaftler, Wissenschaftler, Theologen, Gewerkschafter, Soldaten usw.

Die wichtigsten Mitglieder, deren Namen auch heute noch gut in Erinnerung sind, waren: *Eugen Gerstenmaier*, Theologe, später Bundestagspräsident; *Hans Peters*,⁴ Staatsrechtslehrer, Universität Berlin und dann Köln; *Helmuth James Graf von Moltke*, Anwalt für Internationales Recht, Gutsherr; *Peter Graf Yorck von Wartenburg*, in der Wirtschaftsverwaltung des Reiches; *Adam von Trott zu Solz*, Diplomat; *Alfred Delp* und *Augustinus Rösch*, Jesuiten; *Theodor Steltzer*, Offizier, später Ministerpräsident von Schleswig-Holstein; *Paulus van Husen*, Jurist, später Präsident des OVG Münster; *Joachim Leber*, Gewerkschafter, Mitglied der SPD-Fraktion des Reichstages; *Hans Lukaschek*, Oberpräsident der Provinz Oberschlesien, später Vertriebenenminister im Kabinett Adenauer; *Carl Dietrich von Trotha*, Vetter Moltkes, Jurist mit wirtschaftsrechtlichem Schwerpunkt, und sein Freund *Horst von Einsiedel*, Jurist und Ökonom.

Helmuth James Graf von Moltke wurde im Januar 1944 – aus anderen Gründen als der Mitgliedschaft im Kreisauer Kreis – verhaftet. Als die Aktivitäten des Kreises in Folge der umfassenden Ermittlungen nach dem Attentat vom 20. Juli 1944 bekannt wurden, wurde die Hälfte der Kerngruppe nach einem Prozess vor dem Volksgerichtshof hingerichtet. Nur wenige konnten sich der Verhaftung entziehen und überlebten den Nationalsozialismus.

3. Die Grundgedanken für die Neuordnung Deutschlands und Europas nach Kriegsende

Inzwischen ist viel Material zu den Kreisauern veröffentlicht worden. Wir wissen, was sie gedacht, geplant, geschrieben haben. Dieses Material soll durch die Brille eines Staatsrechtlers erneut und vielleicht hier und da

* Herr Prof. Dr. Ulrich Karpen ist em. Professor für Staats- und Verwaltungsrecht mit besonderem Schwerpunkt auf Gesetzgebungslehre sowie Kulturverfassungs- und Kulturverwaltungsrecht an der Universität Hamburg. Sein Interesse an den Kreisauern ist auch persönlich fundiert, da Hans Peters, ein Mitglied des Kreisauer Kreises, sein akademischer Lehrer war.

1 Vgl. nur *Ger van Roon*, *Widerstand im Dritten Reich*, 6. Aufl. 1994.

2 Dazu *Ulrich Karpen/Andreas Schott* (Hg.), *Der Kreisauer Kreis*. Zu den verfassungspolitischen Vorstellungen von Männern des Widerstandes um Helmuth Graf von Moltke, 1996; *Ulrich Karpen* (Hg.), *Europas Zukunft. Vorstellungen des Kreisauer Kreises um Helmuth James Graf von Moltke*, 2005.

3 Vgl. *Günter Brakelmann*, *Helmuth James Graf von Moltke, 1907–1945. Eine Biographie*, 2007.

4 Näher zu Hans Peters: *Ulrich Karpen*, <http://www.kas.de/wf/de/71.8487/> (21.03.2011).

ergänzend betrachtet werden. Es soll zunächst kurz von den staatstheoretischen und -rechtlichen Positionen und Visionen zum Wiederaufbau Deutschlands und zur Neuordnung Europas die Rede sein. Vieles von dem, was in Kreisau erörtert und konkret geplant war, kommt uns heute merkwürdig veraltet, gar verstaubt vor, manches weitgreifend, modern, sehr kühn. Wir dürfen nicht vergessen, dass wir historisch eine Zeit betrachten, die siebzig Jahre zurückliegt, und dass die Kreisauer in einer der schlimmsten Diktaturen der Neuzeit lebten und handelten.

In ihren Konzeptionen lassen sich drei leitende Grundgedanken herauschälen. Zunächst: Der Aufbau von Gesellschaft und Staat – auch des zu schaffenden Europas – wurde von unten nach oben gedacht. „Kleine Gemeinschaften“ sollten jede Organisation prägen. Weder individualistische Isolierung noch Verlorensein des Einzelnen in einer großen Gemeinschaft, einer Masse, ist nach Auffassung der Kreisauer dem Menschen zuträglich. Wir denken heute an Selbstverwaltung, Partizipation, Bürgerinitiativen, Subsidiarität, Aufbau von Gesellschaft bottom-up, nicht top-down. Dem Prinzip der „Kleinen Gemeinschaften“ entsprechend, wurden – zweitens – Deutschland als Bundesstaat und Europa als Staatenbund oder Bundesstaat entworfen. Die nationale und supranationale Ebene wurden streng als verfassungsgemäße, rechtsstaatliche Organisationseinheiten ausgestaltet. Der dritte Grundgedanke der Kreisauer war der „Personalismus“. Dieser Begriff umfasst Menschenwürde und Freiheit der Person. „Personalen Sozialismus“ ist später als Kurzformel des Programms der Kreisauer verwandt worden. Letztlich ist es das Konzept der sozialen Marktwirtschaft in einer freiheitlich demokratischen und sozialen Grundordnung, in einem sozialen Rechtsstaat der Grundrechte-Demokratie, also der verfassungsmäßig vorgesehenen Staats- und Gesellschaftsordnung Deutschlands. Auf dieser Konzeption beruht ja auch die Europäische Union.

An den staatstheoretischen und rechtspolitischen Papieren haben viele Mitglieder des Kreises – nicht nur die Juristen, wie der Kölner Staatsrechtslehrer Hans Peters – mitgearbeitet. Im Folgenden sollen Gedanken von vier herausragenden Persönlichkeiten besonders beleuchtet werden. Die Staatstheorie der Kreisauer wurde vor allem von Helmuth James Graf von Moltke entwickelt. Er und Hans Peters haben zum totalen Staat und zu den kleinen Gemeinschaften Stellung genommen. Der Briefwechsel Moltkes und Yorck von Wartenburgs beschäftigt sich mit den Zielen des Staates. Zu den konkreten Planungen für den staatlichen Wiederaufbau Deutschlands haben alle Kreisauer beigetragen. Die europäische Dimension geht auf die weitgreifenden analytischen und rechtspolitischen Untersuchungen von Trott zu Solz zurück.

4. Staat, Recht, Rechtsstaat

Der Wiederaufbau Deutschlands und die Neuordnung Europas erforderten – da waren sich alle Kreisauer einig – eine Beendigung der Willkürherrschaft, eine Wiederherstellung des Rechts. Notwendig war eine Wiederaufrichtung des Bewusstseins vom absoluten Recht. Es galt, Rechtsstaat und Rechtssicherheit zu gewährleisten, die Grundrechte zu garantieren.

Ausgangspunkt für diese Überzeugung war für die meisten Mitglieder des Kreises das Naturrecht, sei es in der christlichen Tradition (Delp, Rösch, Peters, van Husen), sei es im Anschluss an die Philosophie der Antike und der Aufklärung (Leber, Moltke, Trott). Die naturrechtliche Grundhaltung war für eine Reihe von Kreisauern tragender Beweggrund für die Entscheidung zum Widerstand. Die Hinwendung zum Rechtsstaat bedeutete die Verwerfung des totalen Staates (Peters, Steltzer). Die Befürwortung einer gegliederten Gesellschaft („Kleine Gemeinschaften“) wurde zugleich als Versuch betrachtet, die Auswüchse der modernen Massendemokratie zu bändigen. In bis damals kaum gekannter Entschiedenheit vertraten Trott zu Solz und mit ihm die Kreisauer schließlich die Idee einer menschenwürdigen internationalen Ordnung, die auf dem Recht und nicht der Macht basieren sollte.

Die theoretischen und philosophischen Gedanken über internationale Beziehungen und Völkerrecht, die letztlich die Europavorstellungen der Kreisauer prägten, sind allein auf Adam von Trott zu Solz, den „Außenminister“ des Kreises zurückzuführen. Er war stark von Hegel beeinflusst. Der Staat und die Beziehungen zwischen den Staaten seien – so meinte von Trott – durch das Recht bestimmt. Zwischen den Staaten müsse ein Recht begründet werden, über das sich niemand, der sich auf Auseinandersetzungen auf internationalem Boden einlasse, sanktionslos hinwegsetzen dürfe. Sittlichkeit und Freiheit seien die Moralität des internationalen Rechts. Und er schrieb: „Krieg als gerechte Entscheidung des Weltgerichts über die historische Daseinsberechtigung eines Volkes ist schon heute eine Absurdität“⁵ (1930).

Hauptverdienst der Arbeiten von Trotts ist der Nachweis, dass nach dem System von Hegels Rechtsphilosophie die Substanz von Rechtsbeziehungen souveräner Staaten nach moralischen und nicht machtpolitischen Maßstäben zu beurteilen sind. Heute können wir feststellen, dass sich die internationale Ordnung seit dem Kriege in die von Trott gekennzeichnete Richtung bewegt: Man denke an die Europäische Union als eine Werte- und Rechtsgemeinschaft, an die Jugoslawien- und Ruanda-

⁵ Notizbuch Göttingen, 1930, Sammlung Trott, Akte 1, nachgewiesen in: *Andreas Schott*, Adam von Trott zu Solz: Jurist im Widerstand, 2001, S. 55.

Tribunale oder den Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag. Und auch in einem anderen Punkt hat sich Trott als „Vordenker“ gezeigt. Er war der Auffassung, dass bestimmte Aufgaben nur noch von überstaatlichen Organisationen zu lösen seien. Als Beispiele nannte er Überbevölkerung und internationale Wirtschaftsordnung. Nimmt man die von Trott erwähnte Friedenssicherung und den für ihn (noch) nicht sichtbaren Klimaschutz hinzu, so hat man den Katalog der dringendsten Weltprobleme beisammen.

5. Zukunft Europa

Der Wiederaufbau eines freiheitlich demokratischen Deutschland war für die Kreisauer von vornherein verbunden mit der Neuordnung Europas. Es ging nicht so sehr um die Zähmung Deutschlands in Europa – ein Gedanke, der ein wichtiges Motiv der Nachkriegseinigung Europas war –, sondern um die Anknüpfung an die vorausgesetzte kulturelle Einheit des Kontinents und die Herstellung eines wirtschaftspolitischen Großraumes. Der Nationalismus, der in zwei Weltkriege hineingeführt hatte, musste überwunden werden, die Minderheiten sollten in allen Mitgliedstaaten Europas besonderen Schutz genießen. Der Minderheitenschutz war eine wesentliche politische Herausforderung, wie Hans Lukaschek in seiner Arbeit als Verwaltungsbeamter in Oberschlesien erfahren hatte. Für Paulus van Husen galt das Minderheitenrecht geradezu als friedenssicherndes Element im Nachkriegseuropa. Dass dieses Ziel in den Nachkriegsjahren nicht erreicht werden konnte – das Gegenteil wurde verwirklicht! – hat in Europa bis heute unheilvolle Spuren hinterlassen. Mit der politischen Neuordnung sollte zugleich eine größere wirtschaftliche Einheit geschaffen werden, ein Gesichtspunkt, der später den tatsächlichen Einigungsprozess Europas bestimmte.

Europa sollte – wie Helmuth von Moltke und Theodor Steltzer sagten – eine Einheit mit souveränen Rechten werden, „begrenzt im Norden und Westen durch den Atlantik, im Süden durch das Mittelmeer und das Schwarze Meer. Im Osten durch die Ostgrenze Rumäniens, des alten Polens, der ehemaligen Baltenstaaten und Finnlands. Die russischen Gebiete bis zum Ural unterstehen dem Bundesstaat, aber nicht als vollwertige Glieder, sondern – mindestens vorläufig – in der Form von [wie die Kreisauer schrieben] „Schutzbefohlenen“. Großbritannien, Island und Irland gehören dem europäischen Bundesstaat an, Großbritannien jedoch in einer etwas lockeren Form, die es ihm ermöglicht, weiter der geistige Mittelpunkt des Angelsachsentums [sic] zu bleiben, insbesondere seine Stellung den Vereinigten Staaten von Amerika gegenüber zu behaupten.“⁶

⁶ Helmuth James Graf von Moltke, Die kleinen Gemeinschaften, Denkschrift 1939/40 in: Franz Graf von Schwerin (Hg.), Im Widerstand die Zukunft denken, 1999, S. 157. Diese Ausführungen sind uns

Europa sollte seinen Platz in einem Dreieck USA/England–Europa–Russland finden müssen. Im Augenblick – so sah es der Kreisauer Kreis⁷ – gingen zwar Angloamerika und Russland in einer Allianz gegen Hitlerdeutschland zusammen. Sie hätten aber gegensätzliche Grundvorstellungen. Europa müsste eine Ordnungsmacht des weltpolitischen Ausgleichs sein. Deutschland müsse in der Mitte Europas Nationalismus und Hegemonialstreben eine klare Absage erteilen. Durch die vollständige Lösung von machtpolitischen Zielsetzungen hoben sich die Kreisauer in außen- und europapolitischer Hinsicht deutlich von der sogenannten älteren Generation des Widerstandes um Carl Friedrich Goerdeler und Ulrich von Hassell ab, die zwar die Methoden Adolf Hitlers mit Nachdruck ablehnten, sich jedoch von der Hoffnung auf den Erhalt einer hegemonialen Stellung Deutschlands in Europa bis zum Schluss nicht trennen wollten.

Durchaus in Übereinstimmung mit der heutigen Suche nach einer „Europäischen Wertegemeinschaft“ haben die Kreisauer den Kern der Verfasstheit Europas im Geistigen gesucht. So hieß es: „Eine neue europäische Ordnung wird nur dann eine wirkliche Grundlage für eine Zusammenarbeit der europäischen Völker sein können, wenn sie sich auf einem gemeinsamen europäischen Ethos, einer Gemeinsamkeit der sittlichen Überzeugungen aufbaut.“⁸ Es wurde also „nicht ein Statutenfriede, sondern eine aus neuen Lebens- und Wirtschaftsbedingungen wachsende Gesamtverfassung der europäischen Völker angestrebt.“⁹ Die Kreisauer zielten auf einen gleichberechtigten Zusammenschluss aller europäischen Staaten unter der Aufgabe bestimmter Souveränitätsrechte im militärischen, technischen, außenpolitischen und wirtschaftlichen Bereich. Im Europa der Zukunft sollten inner- und zwischenstaatliche Fragen nicht mehr getrennt werden und es bedurfte dann bestimmter Gemeinschaftsorgane. Europa sollte nach dem Subsidiaritätsprinzip organisiert sein, „öden Zentralismus“¹⁰ galt es nach Auffassung der Kreisauer zu vermeiden. Eine endgültige Festlegung auf einen Bundesstaat Europa gab es allerdings nicht. Mal war vom Bundesstaat, mal vom Staatenbund die Rede.

heute – schon von der Formulierung her – kaum mehr verständlich. Sie spiegeln das elitäre Bewusstsein einer gesellschaftlichen Gruppe wider, das heute ganz vergangen ist und das schon damals nicht alle Mitglieder des Kreises mittragen konnten, etwa die Theologen und Gewerkschafter.

⁷ Vgl. in *Roman Bleistein* (Hg.), Dossier: Kreisauer Kreis. Dokumente aus dem Widerstand gegen den Nationalsozialismus, 1987, S. 240, 242, 248.

⁸ Vgl. in *Roman Bleistein* (Hg.), Dossier: Kreisauer Kreis. Dokumente aus dem Widerstand gegen den Nationalsozialismus, 1987, S. 256.

⁹ Vgl. in *Roman Bleistein* (Hg.), Dossier: Kreisauer Kreis. Dokumente aus dem Widerstand gegen den Nationalsozialismus, 1987, S. 258.

¹⁰ Vgl. in *Roman Bleistein* (Hg.), Dossier: Kreisauer Kreis. Dokumente aus dem Widerstand gegen den Nationalsozialismus, 1987, S. 177.

Die Organisation Europas war nicht bis ins Detail ausgeführt. Einheit in Vielfalt, ein Europa der Regionen war das Ziel der Kreisauer. Für sie war Europa mehr als die Verhinderung einer Wiederkehr deutscher Macht- und Übermachtstrebens und die Schaffung eines großen Wirtschaftsraumes. Sie verbanden mit dem epochalen Vorhaben vor allem die Erwartung einer Wiederherstellung der europäischen Identität in Gestalt der Anerkennung der Person, der christlichen Bindung des Einzelnen und der Aufhebung der Massengesellschaft und Massendemokratie. Das ist der Sinn der berühmten Äußerung Helmuth von Moltkes gegenüber seinem britischen Freund Lionel Curtis: „Für uns ist Europa nach dem Kriege weniger eine Frage von Grenzen und Soldaten, von komplizierten Organisationen und großen Plänen, sondern der Wiederaufrichtung des Bildes des Menschen im Herzen unserer Mitbürger.“¹¹

Dem Plan, dass ein in selbstverwaltende Einheiten gegliedertes, föderal verfasstes Deutschland in einen europäischen Bundesstaat eingegliedert werden sollte, wurde durch die militärischen und diplomatischen Entscheidungen der Alliierten die Grundlage entzogen. Gleichwohl stellt das von den Kreisauern entwickelte Konzept eines Dualismus zwischen einem starken europäischen Bundesstaat einerseits – das Bundesverfassungsgericht spricht von einem „Staatenverbund“ – und autonomen Mitgliedern, regionalen Einheiten mit starker kultureller Prägung, andererseits ein bis heute nicht überholtes Lösungsmodell für die innere Verfassung einer europäischen Staatengemeinschaft dar. – Das kann man am Lisaboner Vertrag sehen!

6. Der Kreisauer Kreis aus heutiger Sicht

In der Diskussion über die Bewertung der verfassungs- und europapolitischen Auffassungen des deutschen Widerstandes – nicht nur der Kreisauer, sondern auch des Kreises um Goerdeler – ist immer wieder der Vorwurf erhoben worden, es habe sich nur um eine Fortsetzung der antidemokratischen Opposition gegen die Weimarer Republik gehandelt und man habe sich an antiparlamentarisch-hierarchischen Modellen orientiert. Und in der Tat gibt es einige Anhaltspunkte für diese Auffassung. Gleichwohl muss eine Kritik vorsichtig zu Werk gehen. Die Heutigen haben über sechzig Jahre demokratischer Erfahrungen hinter sich, während den Kreisauern ein reibungslos funktionierender Parlamentarismus fremd war. Man war sich unsicher über die Ursachen des Misslingens und des Unterganges der Weimarer Republik und hatte das Vertrauen in die Kraft der Demokratie verloren. Nicht nur Adam von Trott zu Solz, sondern auch andere Kreisauer empfanden es überdies als Widerspruch, dass

demokratische Staaten eine aus ihrer Sicht imperialistische und kapitalistische Politik betrieben und große soziale Verwerfungen zuließen.

Vier Dinge verdienen es, festgehalten zu werden: Die Kreisauer hatten gewiss keine Demokratie westdeutscher Nachkriegsprägung vor Augen. Aber sie hegten demokratische Erziehungsgedanken, befürworteten den Versuch, das eigene Verantwortungsbewusstsein der Bürger institutionell in der Gesellschaft zu verankern und das deutsche Volk zu demokratischen Lebensformen zu erziehen, ein Gedanke, welcher der Nachkriegsgeneration in der Reeducation intensiv begegnet ist. Zweitens wollten die Kreisauer gewiss keine einfache Rückkehr zum Weimarer parlamentarischen System, aber sie unterstrichen die Rolle des Staatsvolkes als oberste rechtsetzende Instanz und Träger der staatlichen Souveränität. Und drittens lässt sich aus allen Schriften und Verhandlungen eine unverkennbare Nähe zu den freiheitlichen Grundwerten rechtsstaatlicher Verhältnisse ablesen, auf denen die liberale Demokratie beruht: Personalität und individuelle Freiheit. Das gilt viertens auch für Europa, in dessen Organisation Deutschland eingebettet werden sollte.

Roman Bleistein hat bemerkt, eine abschließende Bewertung des Kreisauer Kreises sei nicht möglich, weil immer wieder neue Dokumente vorgelegt würden und jede Zeit in ihrem Selbstverständnis an die historischen Fakten herangehe.¹² Letzteres wird deutlich, wenn man die europapolitischen Pläne der Kreisauer mit der tatsächlichen Entwicklung der europäischen Einigung vergleicht und in diesem Lichte für besonders zukunftsweisend hält. Das heutige Urteil über die Kreisauer ist überwiegend positiv. Die gesellschaftliche und politische Zusammensetzung des Kreises, die absolute ethische und moralische Konsequenz seiner Mitglieder zeigt den „Aufstand des Gewissens“ in seiner reinsten Form. Der Kreis vertrat traditionelle Werte, war aber nicht restaurativ. Er trat für den Eigenwert des Menschen und eine menschenwürdige Sozialordnung ein. Er bekannte sich zur Demokratie und vertrat uneingeschränkt rechtsstaatliche Grundsätze. Er befürwortete politische Ziele, über die heute in Deutschland und Europa Konsens herrscht: Dezentralisierung statt Zentralisierung; internationale wirtschaftliche Zusammenarbeit statt Autarkie; Aufbau des Rechtsstaates statt Rechtlosigkeit; der Mensch als Mittelpunkt der sozialen, wirtschaftlichen und politischen Systeme, also Personalismus als philosophisch, religiös oder naturrechtlich begründetes Fundament; und schließlich Wettbewerb als Ordnungsprinzip der Wirtschaft und Gesellschaft, ausgerichtet am Ziel sozialer Gerechtigkeit.

¹¹ So Helmuth James Graf von Moltke am 18.04.1942, zitiert in: Michael Balfour/Julian Frishy/Freya von Moltke (Hg.), Helmuth James Graf von Moltke, 1907–1945. Anwalt der Zukunft, 2. Aufl. 1984, S. 184.

¹² Roman Bleistein (Hg.), Dossier: Kreisauer Kreis. Dokumente aus dem Widerstand gegen den Nationalsozialismus, 1987, S. 43.

Die Gedanken und Planungen der Kreisauer haben in sehr unterschiedlicher Weise fortgewirkt. Die staatliche Struktur der Bundesrepublik ist wenig von ihnen beeinflusst worden, die europapolitische Entwicklung jedoch in hohem Maße. Die Rückkehr der Kreisauer zu einer europäisch-abendländischen Werteordnung wurde und wird in der heutigen Diskussion fortgesetzt. Es gibt einen durch die Europäischen Verträge verankerten Wertekanon, den sich die Mitgliedstaaten zu Eigen gemacht haben und den die Beitrittsländer akzeptieren müssen und wollen. In den Plänen der deutschen Widerstandsbewegung gegen Hitler, ihrer verschiedenen Gruppen, stellen die Vorschläge der Kreisauer für die zukünftige europäische Verfassungsform den wohl am stärksten zukunftsweisenden, politisch innovativsten und insofern modernsten Bestandteil dar.

Dreh- und Angelpunkt des Denkens der Kreisauer über Gesellschaft und Wirtschaft, Staatsrecht und internationales Recht, Deutschland und Europa war die Frei-

heit der Menschen, die im Dritten Reich missbraucht und verschüttet war. Dazu schrieb Alfred Delp: „Es ist auf eine Ordnung des äußeren, sozialen, wirtschaftlichen, technischen und ... Lebens hinzuarbeiten, die dem Menschen ein relativ gesichertes Existenzminimum jeglicher Art (auch geistig, zeitlich, räumlich) verbürgt. Das Maß des Zielbildes ist vom Menschen zu nehmen, das Ausmaß der jeweiligen Verwirklichung nach den sachlichen Möglichkeiten zu bemessen.“¹³ Welchen Dreh- und Angelpunkt jede und jeder von uns für unveräußerliche Menschenrechte wählt, ob einen religiösen oder philosophisch-metaphysischen, einen humanistischen oder historisch begründeten, ist eine ureigene Entscheidung. Nicht bestreiten kann man den Umstand, dass die Männer des Kreisauer Kreises in dunkler Zeit und unter hohem persönlichem Risiko für dieselben Grundwerte eintraten wie wir heute im Schutze unseres Grundgesetzes: Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit.

¹³ Alfred Delp, Im Angesicht des Todes, 1947, S. 135.

Norbert Paulo*

Aktuelle Probleme der Sicherungsverwahrung

I. Einleitung

Die Sicherungsverwahrung taucht traditionell in den Medien auf, wenn entlassene Straftäter/innen rückfällig geworden sind. Dann werden Forderungen nach einem „Wegschließen – und zwar für immer“¹ laut. Dies erlaubt die Sicherungsverwahrung grundsätzlich. Verurteilte Straftäter/innen können über ihre eigentliche Strafe hinaus zur Sicherung verwahrt werden, wenn sie in Freiheit eine zu große Gefahr für die Allgemeinheit darstellen. Obwohl die Sicherungsverwahrung umstritten ist, wurde sie in den letzten Jahren kontinuierlich verschärft.

Am 17.12.2009 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) geurteilt, dass die deutschen Regelungen zur Sicherungsverwahrung teilweise gegen Art. 5 I (Recht auf Freiheit) und Art. 7 I (Rückwirkungsverbot) EMRK verstoßen.² Der Antrag der Bundesregierung, die Sache wegen grundsätzlicher Bedeutung nach

Art. 43 I EMRK an die Große Kammer des EGMR zu verweisen, wurde am 10.05.2010 abgewiesen.³ Das Urteil ist damit rechtskräftig, Art. 44 II lit. c EMRK. Diese Entscheidung wirft erneut grundsätzliche Fragen der Sicherungsverwahrung auf.

II. Einordnung der Sicherungsverwahrung

Die Sicherungsverwahrung ist schwer zwischen Prävention und Repression zu verorten. Sie soll dazu dienen, die Allgemeinheit effektiv vor gefährlichen Straftaten zu schützen, und ist damit wesentlich in die Zukunft gerichtet. Gleichzeitig knüpft sie aber auch an bereits begangene Vortaten an.

1. Strafen und Maßregeln

a) Zweispurigkeit

Das deutsche Strafrecht kennt zwei Formen von Sanktionen: Strafen einerseits und Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 38–76a StGB) andererseits. Man spricht auch von einem „System der Zweispurigkeit“ des (Erwachsenen-) Strafrechts,⁴ das geradezu durch die Sanktionen definiert ist, da es „aus der Summe aller Vor-

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre, Universität Hamburg.

¹ So der damalige Bundeskanzler Gerhard Schröder in einem Interview der Bild am Sonntag vom 08.07.2001.

² EGMR vom 17.12.2009, Nr. 19359/04. Die Entscheidung ist abgedruckt in: EuGRZ 2010, S. 25; JR 2010, S. 218; NJW 2010, S. 2495; NStZ 2010, S. 263 und StV 2010, S. 181. Ich zitiere im Folgenden nach Rn. im Urteil.

³ Pressemitteilung des Kanzlers des EGMR vom 11.05.2010.

⁴ Zur Zweispurigkeit siehe Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann, in: Nomos-Kommentar, StGB, 2. Aufl. 2005, vor § 1 Rn. 263 ff.

schriften, die Voraussetzungen oder Folgen eines mit Strafe oder einer Maßregel der Besserung und Sicherung bedrohten Verhaltens regeln“, besteht.⁵ Dass es trotzdem nur „Strafrecht“ und nicht „Straf- und Maßregelrecht“ heißt, liegt daran, dass das StGB von 1871 erst 1933 um die Maßregeln als Sanktionsmöglichkeit ergänzt wurde. Trotz ihrer Einführung im Jahre 1933 handelt es sich nicht um nationalsozialistisches Gedankengut; vielmehr wurden jahrzehntelange Vorarbeiten umgesetzt.⁶

Die Strafen unterteilen sich in Haupt- und Nebenstrafen (§§ 38 ff. StGB). Daneben gibt es sechs Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff. StGB). Worin sich Strafen und Maßregeln im Wesentlichen unterscheiden, zeigt § 46 I 1 StGB: „Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.“ Die Verhängung einer Strafe setzt also die schuldhaftige Begehung einer Tat voraus. Eine Tat kann dagegen auch dann mit einer Maßregel sanktioniert werden, wenn sie nicht schuldhaft begangen wurde. Voraussetzung hierfür ist aber eine gewisse Gefährlichkeit des Täters. Da eine schuldhaftige Tatbegehung die Anordnung einer Maßregel nicht ausschließt, können Strafe und Maßregel auch zusammen verhängt und angeordnet werden. Bei der Anordnung der Maßregel Sicherungsverwahrung (§§ 66–66b StGB, 7 II–IV und 106 III–VI JGG) ist diese Verbindung sogar zwingend. Es gibt keine Sicherungsverwahrung ohne Strafe.

b) Zwecke und Begrenzung von Strafen und Maßregeln

Zu den Zwecken staatlicher Strafen gibt es eine sehr differenzierte Diskussion.⁷ Die heutigen Strafzwecke pendeln zwischen General- und Spezialprävention. Es soll also einerseits der Allgemeinheit verdeutlicht werden, dass bestimmte Taten Sanktionen nach sich ziehen, und andererseits soll der/die Einzelne von der Begehung solcher Taten abgehalten werden. Traditionelle Vergeltungstheorien spielen keine große Rolle mehr. Klar ist, dass das Maß der persönlichen Schuld – was das auch immer genau sein mag – die Strafe in ihrer Höhe begrenzt, § 46 I 1 StGB.

Auch mit den Maßregeln sollen general- und spezialpräventive Zwecke verfolgt werden.⁸ Dies macht § 67 StGB klar, wonach das sog. „Vakariieren“ – also der Vollzug der Maßregel vor der Strafe unter Anrechnung auf den Strafvollzug – möglich ist, und lässt sich auch an der Sicherungsverwahrung nachvollziehen: Das Bestehen des Instituts der Sicherungsverwahrung soll potentielle Täter/innen davon abhalten, Straftaten zu begehen. Dane-

ben ist die zeitlich unbegrenzte – aber regelmäßig von neuem auf ihre Notwendigkeit untersuchte – Verwahrung der Täter/innen die sicherste Methode, von diesen ausgehende Gefahren für die Allgemeinheit auszuschließen.

Strafe und Maßregel unterscheiden sich darin, dass die Maßregel in ihrer Höhe oder Intensität nicht durch das Maß der Schuld begrenzt ist. Schließlich ist die Schuld nicht in jedem Fall Voraussetzung der Verhängung einer Maßregel. Wie lässt sich aber die Verhängung einer Maßregel rechtfertigen und begrenzen? Es darf nicht vergessen werden, dass besonders die freiheitsentziehenden Maßregeln erheblich in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen. Tatsächlich läuft die gängige Rechtfertigung der Maßregeln auf eine Güterabwägung hinaus: Den Straftäter/innen darf die Freiheit entzogen werden, wenn sie selbst diese Freiheit mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Beeinträchtigung der Freiheit anderer nutzen und letztere Beeinträchtigungen weit schwerer wiegen als die Verhängung der Maßregel im Einzelfall.⁹

Es liegen zwei Punkte auf der Hand: Erstens besteht ein reales Bedürfnis, die Allgemeinheit vor besonders gefährlichen Mitmenschen zu schützen. Zweitens ist kaum verlässlich feststellbar, wer tatsächlich besonders gefährlich ist. Wegen des ersten Punktes wurde die Sicherungsverwahrung in den letzten Jahren Stück für Stück ausgeweitet.¹⁰ Zuerst fiel die zeitliche Begrenzung der ersten Anordnung der Sicherungsverwahrung auf maximal zehn Jahre.¹¹ Jetzt können Straftäter/innen potentiell lebenslänglich sicherungsverwahrt werden, wobei lebenslänglich hier – anders als bei Strafen – tatsächlich bedeuten kann: bis zum Lebensende. Später wurde das normale Verfahren, nämlich direkt mit der Verkündung des Strafurteils wegen der besonderen Gefährlichkeit des Täters/der Täterin die Sicherungsverwahrung anzuordnen (§ 66 StGB), erst um die Möglichkeit des schlichten Vorbehalts der späteren Anordnung im Urteil (§ 66a StGB), dann noch um diejenige der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung ergänzt (§ 66b StGB a.F.¹²). Zuletzt wurde die Möglichkeit der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung sogar auf nach Jugendstrafrecht verurteilte Täter/innen ausge-

⁵ Claus Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band 1, 4. Aufl. 2006, S. 1.

⁶ Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, S. 84f.

⁷ Einen guten Überblick geben Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann, in: *Nomos-Kommentar, StGB*, 2. Aufl. 2005, vor § 1 Rn. 266ff.

⁸ Claus Roxin, *StrafR AT I*, Band 1, 4. Aufl. 2006, S. 64.

⁹ Claus Roxin, *StrafR AT I*, Band 1, 4. Aufl. 2006, S. 97f. m.w.N. Hierzu und zu anderen Punkten des Maßregelrechts sehr kritisch Michael Köhler, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 1997, S. 55ff.

¹⁰ Umfassend zur Entwicklung der Sicherungsverwahrung Jörg Kinzig, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, 1996, S. 7ff.; Tobias Mushoff, *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung*, 2008, S. 9ff. und Jan-David Jansing, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung*, 2004, S. 7ff.

¹¹ Zur Entwicklung der Befristung Oliver Milde, *Die Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Jahren von 1998 bis 2004*, 2006, S. 74ff.

¹² § 66b StGB wurde infolge des EGMR-Urteils erheblich verändert, dazu unten. Auf die bis zur Gesetzesänderung infolge des Urteils geltende Fassung beziehe ich mich hier mit „a. F.“, auf die nun neuen Regelungen mit „n. F.“.

weitert (§ 7 II–IV JGG). Diese Erweiterungen der Anordnungsmöglichkeiten belasten die verurteilten Straftäter/innen, weil die spätere Anordnung der Sicherungsverwahrung bis zum Ende ihrer Straftat wie ein Damoklesschwert über ihnen schwebt; dies kann sich etwa in erheblicher Weise negativ auf die angestrebte Resozialisierung auswirken.

Der zweite Punkt führt neben den (gravierenden) Problemen der Gefahrenprognose auf die Frage der Begrenzung der Maßregeln. § 62 StGB sagt ausdrücklich, dass eine Maßregel nicht angeordnet werden darf, „wenn sie zur Bedeutung der vom Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht.“ Eine Begrenzung liegt also jedenfalls im Verhältnismäßigkeitsprinzip.

2. System der Anordnung der Sicherungsverwahrung vor dem Urteil des EGMR

Die möglichen Formen der Anordnung der Sicherungsverwahrung und deren jeweiligen Voraussetzungen waren und sind vielfältig. Hier kann nur deren Systematik dargestellt werden. Um die Kontroverse zwischen BVerfG und EGMR nachvollziehbar zu machen, werden hier die Regelungen so vorgestellt, wie sie bis zur Neuregelung infolge des Urteils des EGMR galten. Am Ende des Beitrags wird auf die Neuregelungen eingegangen.

§ 66 I StGB normiert die zwingende Anordnung der Sicherungsverwahrung. Hierfür musste nach der a.F. jemand wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren rechtskräftig verurteilt worden sein, nachdem er/sie zuvor bereits wegen anderer Taten wenigstens zweimal zu Freiheitsstrafen von mindestens einem Jahr verurteilt wurde (Nr. 1), wovon wiederum für wenigstens eine Vortat eine Strafe oder Maßregel mindestens zwei Jahre vollzogen worden sein muss (Nr. 2), und eine Gesamtwürdigung des Täters/der Täterin und seiner/ihrer Taten einen Hang zu erheblichen Straftaten ergab, der ihn/sie für die Allgemeinheit gefährlich macht (Nr. 3). Wichtig ist, zu sehen, dass es hier nicht nur um die Verurteilung wegen gravierender Gewalt- oder Sexualdelikte ging, welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer schädigen können, sondern ausdrücklich auch um Delikte mit schweren wirtschaftlichen Schäden. So kommt es, dass bspw. auch für Betrüger/innen Sicherungsverwahrung angeordnet werden konnte. Die im Urteil angeordnete Sicherungsverwahrung gibt es nur im Erwachsenenstrafrecht.

§ 66 II und III StGB regeln besondere Voraussetzungen, unter denen ein Gericht die Sicherungsverwahrung anordnen kann, aber nicht muss. Es geht hierbei besonders um Schwere und Charakter der Vortaten.

§ 66a StGB regelt den Vorbehalt der Sicherungsverwahrung im Strafurteil. Betroffen waren nach der a.F. Fälle, in denen die Gefährlichkeit des Täters/der Täterin für die Allgemeinheit zwar vermutet wurde, aber bei Verurteilung noch nicht hinreichend sicher feststellbar war. Das Gericht nahm und nimmt dann vor Ende der Haftzeit nochmals eine Gesamtwürdigung des/der Verurteilten, seiner/ihrer Taten und seiner/ihrer Entwicklung im Vollzug vor. Sicherungsverwahrung kann angeordnet werden, wenn nach dieser Gesamtwürdigung erhebliche Straftaten zu erwarten sind, welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer schädigen können. Wirtschaftliche Schäden genügen hier nicht. Die vorbehaltene Anordnung der Sicherungsverwahrung gibt es für Erwachsene und für Heranwachsende (§ 106 III und IV JGG), also für Personen, die das 18., noch nicht aber das 21. Lebensjahr vollendet haben, § 1 II JGG, mit leicht modifizierten Voraussetzungen.

Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung war in § 66b StGB a.F. geregelt.¹³ Diese Möglichkeit der erst nachträglichen Anordnung sollte weiterhelfen, wenn sich die besondere Gefährlichkeit des Täters/der Täterin erst während des Vollzugs der Freiheitsstrafe gezeigt hat. Für die Gefährlichkeit mussten (neue) Tatsachen¹⁴ erkennbar sein, die zusammen mit einer Gesamtwürdigung des/der Verurteilten, seiner/ihrer Taten und Entwicklung im Vollzug mit hoher Wahrscheinlichkeit die Begehung von Straftaten erwarten ließen. Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gab es für Erwachsene, Heranwachsende (§ 106 V und VI JGG) und für Jugendliche (§ 7 II - IV JGG), also für Personen, die das 14., noch nicht aber das 18. Lebensjahr vollendet haben, § 1 II JGG, mit je leicht unterschiedlichen Voraussetzungen.

3. Strafe oder Maßregel?

Die Frage, ob es sich bei der Sicherungsverwahrung tatsächlich „nur“ um eine Maßregel oder vielleicht doch um eine Strafe handelt, haben das BVerfG und der EGMR im gleichen Fall unterschiedlich beurteilt.¹⁵ Dies liegt teilweise daran, dass der EGMR eine Verletzung von Art. 7 I EMRK prüft¹⁶, während sich das BVerfG auf Art. 103 II GG konzentriert hat. Beide Normen betreffen das Rückwirkungsverbot, wonach eine Tat nur dann bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Der EGMR

¹³ Zu prozessualen Aspekten umfassend *Friedrich-Carl v. Freier*, Verfahrensidentität und Prozessgegenstand des Verfahrens zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung, in: ZStW 120 (2008), S. 273–330.

¹⁴ Es ging um solche Tatsachen, die bei Verhängung des Urteils noch nicht bekannt waren.

¹⁵ BVerfG vom 05.02.2004, BVerfGE 109, 133 einerseits und EGMR vom 17.12.2009, Nr. 19359/04, andererseits.

¹⁶ Festgestellt wurde auch ein Verstoß gegen Art. 5 I EMRK, u. a. weil die Verlängerung der Sicherungsverwahrung nicht auf einem Urteil beruht, EGMR vom 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 86 ff.

fühlt sich dabei an nationale Einordnungen als Strafe oder Maßregel nicht gebunden, sondern bestimmt den Begriff der „Strafe“ autonom.¹⁷ Um das Rückwirkungsverbot ging es im konkreten Fall, weil jemand im Jahr 1986, als die Sicherungsverwahrung noch auf maximal zehn Jahre befristet war, zu einer Haftstrafe verurteilt wurde. Im Urteil wurde auch die Sicherungsverwahrung des Täters (M.) angeordnet. Nach Ablauf der Haftzeit und der zehn Jahre Sicherungsverwahrung wurde er aber im Jahr 2001 nicht etwa freigelassen. In der Zwischenzeit (1998) wurde nämlich die Zehn-Jahres-Frist aufgehoben. M. saß weiter in Sicherungsverwahrung, weil deutsche Gerichte bis hin zum BVerfG meinten, dass Art. 103 II GG nur für Strafen, nicht aber für Maßregeln wie die Sicherungsverwahrung gelte.

Für diese Annahme lässt sich argumentieren, dass die Sicherungsverwahrung im zweispurigen System des StGB als Maßregel der Besserung und Sicherung, also gerade nicht als Strafe, ausgestaltet ist.¹⁸ Deutlich wird der Zusammenhang mit dem Rückwirkungsverbot besonders in § 2 VI StGB, wonach bei Maßregeln grundsätzlich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Anordnungsentscheidung gilt, zu entscheiden ist. Strafen haben üblicherweise einen repressiven Charakter und sind an der Schuld der Täter/innen ausgerichtet; Maßregeln dagegen sind präventiv und allein an der von dem/der Täter/in ausgehenden Gefahr orientiert. Dies kommt auch in den Regelungen zum Vollzug der Sicherungsverwahrung zum Ausdruck (§§ 129–135 StVollzG des Bundes). Sicherungsverwahrte genießen gegenüber Strafgefangenen Privilegien. Sie dürfen bspw. ihre eigene Kleidung tragen, haben längere Besuchszeiten (zwei Stunden pro Monat), mehr Taschengeld, dürfen mehr Pakete empfangen und ihre Zelle teilweise selbst einrichten. Diese Argumentation liefe darauf hinaus, dass die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht unter das Rückwirkungsverbot fiele, weil die Sicherungsverwahrung keine Strafe wäre.

Es gibt aber auch gute Argumente für die Annahme, dass es sich bei der Sicherungsverwahrung doch um eine Strafe, jedenfalls i. S. d. Art. 7 I EMRK¹⁹, wenn nicht auch i. S. d. Art. 103 II GG, handelt. Zunächst ist die Sicherungsverwahrung, wie die (Freiheits-)Strafe, mit einer Freiheitsentziehung verbunden. Darüber hinaus gibt es in Deutschland keine eigenen Anstalten für den Vollzug der Sicherungsverwahrung. Sie wird in separaten Abteilungen der Strafvollzugsanstalten vollzogen. Dass rechtlich und tatsächlich nur marginale Unterschiede zwischen Haft und Sicherungsverwahrung bestehen,

wird dadurch deutlich, dass der Vollzug der Sicherungsverwahrung im Strafvollzugsgesetz des Bundes geregelt ist, und dies in nur sechs Paragraphen.²⁰ Die restlichen Regelungen gelten für den Vollzug von Strafen und Sicherungsverwahrung gemeinsam. Erkennbar sind die geringen Unterschiede auch in §§ 2 und 129 StVollzG des Bundes, wonach sowohl der Vollzug der Strafen, als auch der Vollzug der Maßregeln den gleichen zwei Zielen dienen, nämlich dem Schutz der Allgemeinheit und der Befähigung des Gefangenen/Verwahrten, ein sozial verantwortliches Leben in Freiheit zu führen. Die präventive Seite der Sicherungsverwahrung ist nur hinsichtlich der Sicherungsfunktion für die Allgemeinheit deutlich, nicht hingegen hinsichtlich einer Entlassungsvorbereitung für die Verwahrten. Es fehlt an Angeboten für eine erfolgreiche Resozialisierung. Als Bestrafung kann die Sicherungsverwahrung vor allem auch wegen ihrer potenziell unbegrenzten Dauer wahrgenommen werden; jedenfalls beinhaltet sie auch ein Element der Abschreckung. Gerade ihre potenziell unbegrenzte Dauer macht die Sicherungsverwahrung auch zu einer sehr schwerwiegenden – wenn nicht der schwerwiegendsten – Maßnahme, die nach dem StGB überhaupt verhängt oder angeordnet werden kann. Mit dieser Argumentationslinie hat der EGMR dem M. auch eine Entschädigung in Höhe von 50.000 € für die Zeit des konventionswidrigen Freiheitsentzugs zugesprochen.

Welche Argumentationslinie man im Ergebnis auch für überzeugend hält – zu sehen ist, dass die Argumentation des EGMR ihre Kraft weniger aus der Kritik der rechtlichen Einordnung der Sicherungsverwahrung gewinnt, als vielmehr aus ihrer tatsächlichen Ausgestaltung in Deutschland. Dies eröffnet aus rechtspolitischer Sicht viele Verbesserungsmöglichkeiten weitgehend innerhalb des bestehenden rechtlichen Systems. Handlungsoptionen zeigt der unterstützenswerte „Greifswalder Appell zur Reform der Sicherungsverwahrung“²¹ auf, der neben dem notwendigen Opferschutz ernsthafte Bemühungen um die Wiedereingliederung der Entlassenen, etwa in Form von Wohnraum- und Arbeitsplatzvermittlung, fordert.

III. Auswirkungen des EGMR-Urteils

Es ist eigentlich nicht verwunderlich, dass ein so schwieriges Problem wie die Abwägung von Freiheit und Sicherheit, um die es bei der Sicherungsverwahrung im Kern geht, auch zu einer vertrackten rechtlichen Situation führt. Gleichwohl muss ein europäisch eingehogter

17 EGMR vom 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 120.

18 Hierzu und zum Folgenden BVerfG vom 05.02.2004, BVerfGE 109, 133 (167 ff.).

19 EGMR vom 17.12.2009, Nr. 19359/04, Rn. 127 ff. Die folgende Aufstellung folgt den Urteilsgründen des EGMR.

20 Zur „Vollzugswirklichkeit“ der Sicherungsverwahrung insgesamt *Tillmann Bartsch*, Verfassungsgerichtlicher Anspruch und Vollzugswirklichkeit – Ergebnisse einer empirischen Studie zum Vollzug der Sicherungsverwahrung, in: ZIS 2008, S. 280–293.

21 Verfügbar unter <http://www.rsf.uni-greifswald.de/duenkel/publikationen/internet/greifswalder-appell.html> (05.03.2011).

Rechtsstaat auch solche Probleme lösen können. Auswirkungen hatte das Urteil des EGMR zunächst auf die deutschen Gerichte, die darüber entscheiden mussten, ob Sicherungsverwahrte nun freigelassen werden müssen. Aber auch der Gesetzgeber hat sich des Themas angenommen und Neuregelungen geschaffen. Dabei hat er sich ersichtlich nicht vom „Greifswalder Appell“, sondern eher von dem Bestreben, die nachträgliche Sicherungsverwahrung in der alten Form soweit wie möglich zu bewahren, leiten lassen. Abschließend wird kurz dargestellt, wie mit den Sicherungsverwahrten, die dennoch entlassen werden müssen, umgegangen wird.

1. Reaktionen der deutschen Gerichte

Zunächst hatten und haben deutsche Gerichte mit dem rechtskräftigen Urteil des EGMR zur nachträglichen Sicherungsverwahrung umzugehen.²² Immerhin wird geschätzt, dass in Deutschland 70–160 Sicherungsverwahrte davon betroffen sind. Bei diesen stellt sich die Frage, ob sie entlassen werden müssen.

Das OLG Celle hat bereits rechtskräftig entschieden, dass von dem Urteil Betroffene nicht freigelassen werden müssen, weil die Auslegung des EGMR dem Willen des deutschen Gesetzgebers widerspreche.²³ Es beruft sich dabei auf eine Entscheidung des BVerfG zur Bindungswirkung der Urteile des EGMR. Zunächst entfalten Urteile des EGMR lediglich Rechtskraft auf den konkreten Fall, Art. 46 I EMRK. Allerdings haben sich die Parteien der EMRK – ein völkerrechtlicher Vertrag – auch dazu verpflichtet, ihre innerstaatliche Rechtsordnung in Übereinstimmung mit der EMRK zu bringen, Art. 1 EMRK. Über Art. 20 III, 59 II, 19 IV GG ist die gesamte öffentliche Gewalt an die Entscheidungen des EGMR, der die EMRK auslegt und konkretisiert, gebunden. Nach dem BVerfG hängt diese Bindungswirkung aber vom jeweiligen Zuständigkeitsbereich der Organe und des einschlägigen Rechts ab. Exekutive und Judikative bleiben also neben den Urteilen des EGMR auch an Gesetz und Recht gebunden, Art. 20 III GG. „Nur“ innerhalb dieser Bindung sind sie an die Urteile des EGMR gebunden, soweit durch dieses deutsche Gesetz und Recht methodisch vertretbar auslegbar sind. Jenseits dieser Grenzen endet die Bindungswirkung.²⁴ Ob diese Grenzen im Falle der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung überschritten sind, wie es das OLG Celle annimmt, ist

eine schwierige Frage, die im Sinne der Rechtssicherheit das BVerfG selbst entscheiden sollte. Dies wird auch geschehen; am 08.02.2011 verhandelt das BVerfG über vier Verfassungsbeschwerden von Sicherungsverwahrten.²⁵

Bisher ist auch das BVerfG selbst in Bezug auf die Auswirkungen des konkreten Urteils des EGMR noch sehr zurückhaltend. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, gerichtet auf Entlassung aus der Sicherungsverwahrung, wurde abgelehnt.²⁶ Die Folgenabwägung ging für den Betroffenen negativ aus; die Rechtsfragen seien erst im Hauptsacheverfahren zu klären.

Noch im März 2010 hat auch der BGH in einem Fall der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung eines nach Jugendstrafrecht Verurteilten in Kenntnis des – damals noch nicht rechtskräftigen – EGMR-Urteils keine Verletzung von Art. 5 I oder 7 I EMRK gesehen.²⁷ Die verschiedenen Strafsenate des BGH haben unterschiedliche Ansichten dazu, ob nach dem Urteil des EGMR konventionswidrig untergebrachte Sicherungsverwahrte „automatisch“ entlassen werden müssen. Der vierte Strafsenat bejahte die Frage, der fünfte verneinte sie.²⁸ Um die Rechtsprechung zur Sicherungsverwahrung zu vereinheitlichen, wurde bereits Ende Juli 2010 eine Sonderzuständigkeit für Fragen der Sicherungsverwahrung beim fünften Strafsenat des BGH eingerichtet; die Oberlandesgerichte müssen diesem vorlegen, wenn es um die Freilassung vom EGMR-Urteil betroffener Sicherungsverwahrter geht (§ 121 II Nr. 3 GVG n.F.).

2. Gesetzliche Neuregelungen

Das Recht der Sicherungsverwahrung wurde als Reaktion auf das EGMR-Urteil ziemlich umfassend geändert.²⁹ Hier können diese Änderungen nur im Überblick dargestellt werden.³⁰

In § 66 StGB n.F. ist der Anwendungsbereich der zwingenden Anordnung der Sicherungsverwahrung nun begrenzt auf vorsätzliche Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter. Bei anderen Taten wird eine besondere Schwere verlangt. Reine Vermögensdelikte sollen damit nicht mehr in den Anwendungsbereich dieser Form der Anordnung der Sicherungsverwahrung fallen. Klargestellt wird, dass es für die Gefährlichkeitsprognose auf den Zeitpunkt der Verurteilung ankommt.

²² Für eine ausführliche Aufbereitung der gerichtlichen Entscheidungen siehe *Anette Greger*, Herausforderung Sicherungsverwahrung, in: *NStZ* 2010, S. 676–680.

²³ OLG Celle vom 25.05.2010 – 2 Ws 169/10, 2 Ws 170/10.

²⁴ BVerfG vom 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 (323); zum Verhältnis des BVerfG zum EGMR siehe auch *Oliver Klein*, Straßburger Wolken am Karlsruher Himmel – Zum geänderten Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte seit 1998, in: *NVwZ* 2010, S. 221–225 und *Matthias Knauff*, Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, in: *DVBl.* 2010, S. 533–542.

²⁵ Siehe die Pressemitteilung des BVerfG vom 16.12.2010.

²⁶ BVerfG vom 19.05.2010 – 2 BvR 769/10.

²⁷ BGH vom 09.03.2010, *NJW* 2010, S. 1539.

²⁸ Vgl. den Vorlagebeschluss des Fünften Senats vom 09.11.2010 – 5 StR 394/10. Wenn zwischen den Senaten keine Einigkeit erreicht wird, muss der Große Senat entscheiden.

²⁹ Siehe BT-Drucks. 17/3403 und BR-Drucks. 794/10.

³⁰ Auf die Folgeänderungen zu den Änderungen des StGB (etwa in der StPO oder dem JGG) gehe ich hier nicht ein.

Die vorbehaltene Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB n.F.) wird ausgeweitet. Dies wird durch zwei markante Regelungen erreicht. Zum einen dadurch, dass – entgegen der bisherigen Rechtsprechung – kein Hang des/der Täters/Täterin zur Begehung erheblicher Straftaten mehr sicher festgestellt werden muss. Zum anderen ist nun der Vorbehalt der Sicherungsverwahrung schon bei Ersttäter/innen möglich. Verstärkt werden diese Neuerungen noch dadurch, dass der Zeitraum zwischen der „Anlassurteilung“ und der letzten Möglichkeit, über die Anordnung der Sicherungsverwahrung aufgrund des Vorbehalts zu entscheiden, verlängert wird.

Diese Ausweitung des § 66a StGB n.F. erklärt sich vor dem Hintergrund, dass die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung für „Neufälle“ infolge des EGMR-Urteils³¹ gänzlich aufgehoben wurde, § 66b StGB n.F.

Für „Altfälle“, also diejenigen, die aufgrund des EGMR-Urteils entlassen werden müssen, obwohl sie weiterhin als gefährlich eingestuft werden, wurde das „Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter“ (ThUG) geschaffen. Dieses Gesetz dient dem Schutz der Allgemeinheit, indem die „Altfälle“ unter bestimmten Voraussetzungen weiter therapeutisch untergebracht werden können.³² Zu diesen Voraussetzungen gehört insbesondere eine psychische Störung, die dazu führt, dass die Person gefährlich ist (§ 1 I ThUG).

Es bleibt abzuwarten, ob diese politisch äußerst umstrittenen Neuregelungen dem GG und der EMRK entsprechen. Hinsichtlich der EMRK dürfte dies vor allem von der tatsächlichen Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung – oder: Therapieunterbringung – abhängen. Da aber seit der Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug (und den Vollzug der Maßregeln) bei den Ländern liegt, dürfte es aber schwierig werden, den Vollzug der Sicherungsverwahrung bundesweit konventionskonform auszugestalten.

3. Umgang mit Entlassenen

Bereits jetzt sind einige Sicherungsverwahrte infolge des EGMR-Urteils wieder frei. Es kam teilweise zu erschreckenden Szenen, als die Bevölkerung erfuhr, dass in ihrer Nachbarschaft ein ehemals Sicherungsverwahrter lebt. Einige Entlassene werden daher rund um die Uhr poli-

zeilich nicht über-, sondern bewacht. Trotz der Neuregelungen ist absehbar, dass weitere Sicherungsverwahrte in die Freiheit entlassen werden müssen, weil nicht alle unter § 1 I ThUG fallen. Dies bedeutet natürlich nicht, dass der Staat sich gar nicht mehr um die von ihnen eventuell ausgehenden Gefahren für die Allgemeinheit sorgt. In Betracht kommen dafür verschiedene Instrumente, allen voran die Führungsaufsicht³³. Diese kann neuerdings auch mit einer verfassungsrechtlich nicht unbedenklichen sog. elektronischen Fußfessel unterstützt werden, § 68b I 1 Nr. 12 StGB n.F. Daneben kommen aber auch Meldepflichten, ambulante Therapien oder auch bestimmte Aufenthaltsverbote (etwa in der Nähe von Kinderspielplätzen) in Frage. All diese Mittel sollten im Sinne des Schutzes der Allgemeinheit im erforderlichen Maß zur Anwendung kommen. Absolute Sicherheit können freilich auch sie nicht bieten. Sicher ist hingegen, dass die Betroffenen nach den Kriterien des EGMR-Urteils eine finanzielle Entschädigung für die Zeit ihres konventionswidrigen Freiheitsentzugs erhalten werden, notfalls über den Umweg einer Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK.³⁴

³¹ Die Gesetzesbegründung stellt freilich vorwiegend darauf ab, dass die Regelungen ohnehin nur in wenigen Ausnahmefällen (rechtmäßig) zur Anwendung kamen, siehe BT-Drucks. 17/3403, S. 15.

³² § 1 ThUG ermöglicht nicht „nur“ eine weitere Unterbringung, wenn absehbar ist, dass der Betroffene infolge des EGMR-Urteils entlassen werden muss, sondern auch dann, wenn er bereits entlassen wurde (§ 1 II ThUG). Die Bezeichnung als „weitere“ Unterbringung soll übrigens nicht implizieren, dass die Betroffenen auch zuvor schon therapeutisch untergebracht gewesen sein müssen.

³³ Hierzu einführend *Alexander Baur/Kathrin Groß*, Die Führungsaufsicht, in: JuS 2010, S. 404–406.

³⁴ Siehe *Jörg Kinzig*, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, in: NSStZ 2010, S. 233 (238).

Dana-Sophia Valentiner/Valérie V. Suhr*

Lebenspartnerschaften mit Kinderwunsch: Adoptionsrechte

In derzeit etwa 8% aller gleichgeschlechtlichen Partnerschaften leben Kinder.¹ Für diese Partnerschaften, aber auch für Partnerschaften mit noch unerfülltem Kinderwunsch stellt sich die Frage nach Adoptionsmöglichkeiten und somit einer rechtlich anerkannten Elternschaft.

Der Begriff der Elternschaft lässt sich auf verschiedene Weisen verstehen: Leibliche Eltern sind diejenigen, von denen ein Kind gezeugt wurde. Eltern können zudem Personen sein, denen das Gesetz die Elternschaft zuspricht (rechtliche Elternschaft). Nach § 1591 BGB gilt als Mutter eines Kindes die Frau, welche es geboren hat. Hier fallen also leibliche und rechtliche Elternschaft zusammen. Anders sieht es § 1592 BGB für die Vaterschaft vor: Vater kann demnach auch die Person sein, die zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist, die Vaterschaft anerkennt oder deren Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde. In diesen Fällen können biologische und rechtliche Elternschaft auseinander fallen. Als soziale Elternschaft versteht man schließlich ein Verhältnis, das sich an den tatsächlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern orientiert.² Entscheidend ist hierfür also ein real gelebtes Eltern-Kind-Verhältnis, welches durch enge persönliche Bindungen, Fürsorge und Verantwortungsübernahme geprägt ist. Die Frage nach Adoptionsmöglichkeiten berührt die rechtliche und die soziale Elternschaft.

I. Einzeladoption

§ 1741 II 2 BGB eröffnet Ehepaaren die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Adoption eines Kindes; für Lebenspartner/innen sieht die Norm dies nicht vor. Daher kommt innerhalb einer Lebenspartnerschaft nur eine Einzeladoption durch eine/n Partner/in in Betracht.

1. Rechtliche Grundlagen

Die Einzeladoption steht nur nicht verheirateten Personen offen (§ 1741 II 1 BGB). Als nicht verheiratete Person gilt auch, wer eine Lebenspartnerschaft im Sinne des § 1 LPartG wirksam begründet hat. Somit kann eine verpartnerte Person ein Kind alleine nach § 1741 II 1 BGB adoptieren. Dieses Kind kann dann tatsächlich in einer Lebenspartnerschaft aufwachsen und hat die Möglichkeit, zu beiden Lebenspartner/innen eine soziale Eltern-

Kind-Beziehung aufzubauen. Dem/Der Lebenspartner/in, der/die das Kind nicht adoptiert hat, steht nach § 9 I, II LPartG, § 1629 II 1 BGB das sogenannte kleine Sorgerecht zu. Dieses berechtigt dazu, im Einvernehmen mit dem anderen Elternteil in Angelegenheiten des täglichen Lebens sowie bei Gefahr im Verzug (mit) zu entscheiden.

2. Probleme

Schwierigkeiten ergeben sich im Hinblick auf die rechtliche Bewertung dieser Familienkonstellation: Während das Adoptivelternteil alle elterlichen Rechte und Pflichten besitzt, hat das andere Elternteil trotz möglicher sozialer Elternschaft außer dem kleinen Sorgerecht keinerlei Rechtsbeziehung zu dem gemeinschaftlich aufgezogenen Kind.³ Die fehlende rechtliche Anerkennung der Elternschaft benachteiligt nicht nur dieses Elternteil, sondern auch das Kind. Das zeigt sich in relevanter Weise darin, dass dem Kind gegen dieses Elternteil keine Unterhaltsansprüche zustehen und es nicht zu den gesetzlichen Erben zählt.⁴

II. Stiefkindadoption

Vor allem diese Probleme haben dazu geführt, dass seit dem 1.1.2005 eine Stiefkindadoption auch für Lebenspartner/innen möglich ist.⁵

1. Rechtliche Grundlagen

Nach § 9 VII LPartG können Lebenspartner/innen das Kind ihrer Partner/innen adoptieren. Von dieser Regelung sind jedoch nur leibliche Kinder erfasst.⁶ Ein bereits adoptiertes Kind kann demzufolge nicht auch von dem/der Lebenspartner/in angenommen werden (sog. Verbot der Kettenadoption).⁷ In einem solchen Fall bleibt nur die Übernahme des sog. kleinen Sorgerechts. Eine Aus-

3 Marina Rupp, Das Lebenspartnerschaftsgesetz – Einschätzungen von Betroffenen und Experten, in: FPR 2010, S. 185 (186).

4 Marina Wellenhofer, Das neue Recht für eingetragene Lebenspartnerschaften, in: NJW 2005, S. 705 (707).

5 Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, BGBl I 2004, S. 3396.

6 Tilman Hoppe, Ein Kind seiner Zeit – Lebenspartnerschaft und Adoption, in: StAZ 2010, S. 107 (108); Wilfried Schlüter, BGB Familienrecht, 13. Aufl. 2009, Rn. 486.

7 Insoweit bleibt die Entscheidung des BVerfG zu der vom OLG Hamburg vorgelegten Frage, ob das Verbot der Kettenadoption in Lebenspartnerschaften gem. § 9 VII LPartG i. V. m. § 1741 BGB mit dem Grundgesetz (Art. 3 I GG) vereinbar ist, abzuwarten; das OLG Hamburg kommt in seinem Beschluss zu dem Ergebnis, dass die derzeitige Rechtslage, die eine Kettenadoption Eheleuten vorbehält, dem Gleichbehandlungsgrundsatz widerspricht, OLG Hamburg, 22.12.2010 – 2 Wx 23/09.

* Stud. iur. und Initiatorinnen der Studiengruppe Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

1 Vgl. Nina Dethloff, Adoption und Sorgerecht – Problembereiche für die eingetragenen Lebenspartner?, in: FPR 2010, S. 208 (208).

2 Hans-Ulrich Maurer, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2008, § 1741, Rn. 16.

nahme von dem Verbot der Kettenadoption besteht nach § 1742 BGB für Eheleute.

Durch eine Stiefkindadoption wird eine gemeinschaftliche rechtliche Elternschaft im Verhältnis zu dem Kind begründet, § 1754 I BGB.⁸

2. Sonderfall: heterologe Insemination

Eine weitere Möglichkeit innerhalb einer lesbischen Lebenspartnerschaft, eine Familie zu gründen, ist die künstliche Befruchtung (heterologe Insemination). Ein Verbot heterologer Insemination für nicht verheiratete Frauen besteht in Deutschland nicht. Es existieren jedoch Richtlinien für Ärzt/innen, die eine Bevorzugung verheirateter Frauen bei und einen Ausschluss verpartnerter Frauen von der Behandlung vorsehen.⁹ Bei den Richtlinien handelt es sich offiziell zwar nur um Orientierungshilfen für Ärzt/innen, die aber als Teil des Standesrechts als verbindlich empfunden werden, sodass nur sehr vereinzelt heterologe Inseminationen in Lebenspartnerschaften durchgeführt werden. Da es sich bei dem so gezeugten Kind um ein leibliches handelt, steht den Lebenspartnerinnen auch in diesem Fall die Möglichkeit der Stiefkindadoption offen.

3. Bewertung

Mit Einführung der Stiefkindadoption in Lebenspartnerschaften hat sich die rechtliche Situation zumindest bei leiblichen Kindern eines/einer Partner/in verbessert. Das dafür erforderliche Adoptionsverfahren ist aber langwierig und mit erheblichem Aufwand verbunden. Umfassend müssen persönliche und finanzielle Umstände in einem solchen Verfahren der Adoptionsvermittlungsstelle und dem Familiengericht offengelegt werden.¹⁰ Das Gericht entscheidet über die Adoption unter Einbeziehung eines Gutachtens der Adoptionsvermittlungsstelle.¹¹ Somit steht die ersehnte Familiengründung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung durch das Amt.

Insbesondere bei der Insemination stellt sich daher die Frage, ob eine Anerkennung und Eintragung als Elternteil in die Geburtsurkunde eine sinnvolle Alternative zum langwierigen Adoptionsverfahren darstellen könnten. Das Bundesverfassungsgericht jedoch hat eine solche Eintragung in einem Fall abgelehnt, in dem nach einer künstlichen Befruchtung in einer Lebenspartnerschaft

die Lebenspartnerin auf Wunsch beider Mütter in die Geburtsurkunde eingetragen werden sollte.¹² Zwar sei auch das tatsächliche Familienverhältnis von Art. 6 I GG umfasst, die Geburtsurkunde weise jedoch nur die rechtlichen Abstammungsverhältnisse des Kindes und nicht das tatsächliche Familienverhältnis aus. Das Grundrecht aus Art. 6 II GG sei wiederum nicht verletzt, weil nur die leiblichen und rechtlichen Eltern Grundrechtsträger/innen in seinem Sinne seien. Der Antrag auf Eintragung in die Geburtsurkunde sei jedoch vor einer Adoption und somit vor Begründung einer rechtlichen Elternschaft gestellt. Das BVerfG setzt also für eine rechtliche Elternschaft das Bestehen einer rechtlichen Elternschaft voraus. Nach seiner Auffassung liegt auch keine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 I GG vor, da Lebenspartnerinnen keinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit der Vergleichsgruppe der rechtlichen oder leiblichen Väter hinsichtlich der Eintragung in die Geburtsurkunde des Kindes hätten. Dies sei dadurch begründet, dass die Vergleichsgruppen sich unterschieden: So haben Lebenspartner/innen nicht dieselbe Rechtsbeziehung zu einem Kind, die auf rechtlicher oder biologischer Elternschaft beruht, wie rechtliche oder leibliche Väter. Für das BVerfG hat die biologische Elternschaft somit eine weitaus größere Bedeutung als die soziale Elternschaft. Daher ist eine Eintragung in die Geburtsurkunde nach einer Insemination derzeit nicht vorgesehen, sodass es in diesen Fällen bei einer Stiefkindadoption bleibt.

III. Gemeinschaftliche Adoption

Denkbar wäre darüber hinaus eine gemeinschaftliche Adoption: Neben der Stiefkindadoption innerhalb einer Ehe ermöglicht § 1754 I Alt. 1 BGB Eheleuten die gemeinschaftliche Adoption eines Kindes. Durch Annahme eines Kindes erlangt dieses die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Eheleute. Diese Regelung gilt jedoch nicht für Lebenspartner/innen. In mehreren anderen Ländern ist eine gemeinschaftliche Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare bereits rechtlich vorgesehen.¹³

¹² BVerfG vom 02.07.2010 – 1 BvR 666/10.

¹³ Z. B. Art. 159, Art. 312 Zivilgesetzbuch (Argentinien); Art. 343 § 1 BGB (Belgien); § 5 I Adoption Act (British Columbia, Kanada); § 546 Civil Code of Québec (Québec, Kanada); §§ 1 I, 5 I b Adoption Act i. V. m. § 2, 4 Civil Marriage Act (Northwest Territories, Kanada); § 71 I a) Child and Family Services Act i. V. m. § 2, 4 Civil Marriage Act (Manitoba, Kanada); § 3 II Adoption Act i. V. m. § 2, 4 Civil Marriage Act (Prince Edward Island, Kanada); § 4 II Adoption Act i. V. m. § 2, 4 Civil Marriage Act (New Brunswick, Kanada); Art. 227 I i. V. m. 41 i. V. m. 30 I Burgerlijk Wetboek (Niederlande); § 1 Ekteskapsloven i. V. m. § 5 Adopsjonsloven (Norwegen); Section 50, 144 IV Adoption and children act 2002, Section 79 XXII Civil Partnership Act 2004 (Wales, England); Section 29 III b) Adoption and Children (Scotland) Act 2007 (Schottland); Kap. 1 § 1 Äktenskapsbalk 1987:230 i. V. m. Kap. 4 § 3 Föräldrabalk 1949:381 (Schweden); Art. 44 i. V. m. 175 IV Código Civil (Spanien).

⁸ Nina Dethloff, Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, in: ZRP 2004, S. 195 (196).

⁹ Bundesärztekammer, (Muster-)Richtlinie zur Durchführung des assistierten Reproduktion, in: Deutsches Ärzteblatt, Jahrgang 103, Heft 20, 2006, S. 1400; Andrea Battke, (K)eine ganz normale Familie, in: Olympe 2006, S. 93 (96); vgl. die Regelung zur Kostenübernahme durch die Krankenkassen, in § 27a I Nr. 3 SGB V (nur für verheiratete Paare).

¹⁰ Vgl. Nina Dethloff, Adoption und Sorgerecht – Problembereiche für die eingetragenen Lebenspartner?, in: FPR 2010, S. 208 (209).

¹¹ Claudia Grehl, Das Adoptionsrecht gleichgeschlechtlicher Paare unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, 2008, S. 16.

1. Vorteile

Eine gemeinschaftliche Adoption würde die Beziehung zwischen dem Kind und beiden Adoptionseletern rechtlich absichern. Zum einen würde diese Adoption dem Kind im Fall einer Trennung den Vorteil bieten, dass noch eine rechtliche Verbindung zu beiden Eltern bestünde. Zum anderen wäre das Kind hinsichtlich der Erb- und Unterhaltsansprüche gegenüber beiden Eltern abgesichert. Für die Eltern würde die Möglichkeit einer gemeinschaftlichen Adoption bedeuten, dass ihre soziale Elternschaft, ihre Fürsorge und Verantwortungsübernahme rechtlich anerkannt werden.

2. Europäisches Übereinkommen über die Adoption von Kindern¹⁴

Gegen eine gemeinschaftliche Adoption in Deutschland könnte zurzeit das Europäische Übereinkommen über die Adoption von Kindern in der Fassung von 1967 sprechen.¹⁵ Dieses Übereinkommen sieht eine gemeinschaftliche Adoption nur innerhalb einer Ehe vor.¹⁶ Denkbar wäre zwar, rechtlich verankerte gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften unter diesen Ehebegriff zu fassen. Diese Deutung hat sich aber nicht durchgesetzt: Schweden hat sich 2002 genötigt gesehen, das Übereinkommen zu kündigen, um auf nationaler Ebene ein gleichgeschlechtliches Adoptionsrecht einführen zu können.¹⁷ Seit 2008 existiert jedoch eine neue Fassung des Übereinkommens, die eine gleichgeschlechtliche gemeinschaftliche Adoption ausdrücklich erlaubt. In dieser Fassung eröffnet das Übereinkommen ausdrücklich die Möglichkeit gleichgeschlechtlicher gemeinschaftlicher Adoption, ohne die Vertragsstaaten zur Einführung zu verpflichten. Mit der Ratifizierung der aktuellen Fassung stünde dem deutschen Gesetzgeber der Weg für eine gemeinschaftliche Adoption innerhalb einer Lebenspartnerschaft offen.

3. Kindeswohl

Wesentlicher Referenzpunkt für alle rechtspolitischen Diskussionen über die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Adoption auch für gleichgeschlechtliche Paare ist das Kindeswohl. Bei der Bestimmung des Kindeswohls wird zwischen positivem und negativem Standard unterschieden. Positiver Standard des Kindeswohls ist ein tatsächlich von der Gesellschaft akzeptierter Normal-

maßstab korrekten sozialen Verhaltens, das dem/der Einzelnen als Vorbild zu dienen bestimmt ist.¹⁸ Der Begriff der Kindeswohlgefährdung als Bezugspunkt staatlicher Verantwortung ist hingegen als negativer Standard zu verstehen: Der Staat kann gegenüber den Eltern nur die Fundamentalbedürfnisse jedes Kindes in körperlicher, geistiger und seelischer Hinsicht sichern.¹⁹

Die Annahme als Kind ist zulässig, wenn sie dem Wohl des Kindes dient, § 1741 I 1 BGB. Ob eine Adoption dem Kindeswohl dient, richtet sich nach ihrer Bedeutung für die gesamten Lebensverhältnisse des Kindes, die verbessert oder deren Verschlechterung verhindert werden können.²⁰ Hierbei handelt es sich um eine Prognose, bei der auch der Wille des Kindes berücksichtigt werden muss. Der Begriff des Kindeswohls umfasst im Adoptionsrecht die Zielfunktion, dass das Kind durch die Adoption ein beständiges und ausgeglichenes Zuhause bekommen soll, und die Vergleichsfunktion, dass sich die Lebensbedingungen des Kindes im Vergleich zur Lage ohne Adoption merklich verbessern müssen.²¹ Somit gilt im Adoptionsrecht der positive Standard des Kindeswohls.

Der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare wird aber oft nicht einmal zugetraut, dass sie den negativen Standard einhalten werde: Gerade gegen die Möglichkeit einer gemeinschaftlichen Adoption wird eingewendet, sie gefährde das Kindeswohl. Für diese behauptete Gefährdung des Kindeswohls in Lebenspartnerschaften werden verschiedene Argumente vorgebracht, die darauf abstellen, dass die Entwicklung des Kindes Schaden nehmen könnte. Es wird beispielsweise darauf verwiesen, dass es für eine gesunde Kindesentwicklung insbesondere stabiler Familienverhältnisse bedarf; homosexuelle Paare würden aber grundsätzlich zu instabilen Beziehungen von kurzer Dauer neigen und dem Kind somit kein kontinuierliches Beziehungsgefüge bieten.²² Außerdem hätten Kinder gleichgeschlechtlicher Eltern keine ausreichenden gegengeschlechtlichen Rollenvorbilder, um ihre Geschlechtsidentität zu entwickeln. Eng mit diesem Argument verbunden ist die Überzeugung, dass Kinder, die in einer Lebenspartnerschaft aufwachsen, zur Homosexualität erzogen würden. Schließlich seien Kinder

¹⁸ Joachim Gernhuber, Kindeswohl und Elternwille, in: FamRZ 1973, S. 229 (232).

¹⁹ Michael Coester, Inhalt und Funktion des Begriffs der Kindeswohlgefährdung – Erfordernis einer Neudefinition?, in: Lipp/Schumann/Veit, Kinderschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege?, 2007, S. 19 (24).

²⁰ Wolfgang Enders-Bamberger/Roth, BGB Kommentar, 2010, § 1741, Rn. 13.

²¹ Rainer Frank, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1741, Rn. 16.

²² Vgl. Pascal Belling, Die Erziehungsfähigkeit homosexueller Eltern, in: Landschaftsverband Rheinland/Dezernat 4/Zentrale Adoptionsstelle (Hg.), Dokumentation der Fachtagung „Gleichgeschlechtliche Paare leben mit Kindern – auch mit Pflege- und Adoptiveltern?“, 2002, S. 7 (7).

¹⁴ Europäisches Übereinkommen über die Adoption von Kindern von 1967, Verabschiedung: 24.04.1967, Inkrafttreten: 26.04.1968; vgl. COE Treaty Collection SEV Nr. 058, abrufbar unter <http://conventions.coe.int/> (26.01.2011); Abkommen in der Fassung von 2008, Verabschiedung: 27.11.2008, noch nicht in Kraft getreten; vgl. COE Treaty Collection CETS Nr. 202, abrufbar unter <http://conventions.coe.int/> (26.01.2011).

¹⁵ Vgl. Nina Dethloff, Adoption und Sorgerecht, in: FPR 2010, S. 208 (210).

¹⁶ Tilman Hoppe, Ein Kind seiner Zeit – Lebenspartnerschaft und Adoption, in: StAZ 2010, S. 107 (110).

¹⁷ Juliane Pätzold, Die gemeinschaftliche Adoption Minderjähriger durch eingetragene Lebenspartner, 2006, S. 183.

gleichgeschlechtlicher Eltern sozialen Stigmatisierungen insbesondere in der Schule ausgesetzt.²³

Hiergegen lässt sich vorbringen, dass keine Studien existieren, die nahelegen, dass vermehrt Störungen bezüglich der Geschlechtsidentität auftreten.²⁴ Vielmehr besteht nach derzeitiger wissenschaftlicher Erkenntnis kein Zusammenhang zwischen der sexuellen Orientierung der Eltern und der Geschlechtsidentität beziehungsweise sexuellen Orientierung des Kindes.²⁵ Dem Argument, Kinder homosexueller Eltern würden sozialen Stigmatisierungen ausgesetzt, lässt sich entgegenen, dass selbst wenn diese Gefahr sich nicht gänzlich vermeiden lässt, trotzdem nicht auf eine „erfolgreiche Sozialisation“ geschlossen werden kann.²⁶ Das Argument birgt zudem die Gefahr eines Zirkelschlusses, der einem Wandel der gesellschaftlichen Werte im Wege steht. Durch Diskriminierung der Eltern in Form der Nichtanerkennung von Adoptionsmöglichkeiten soll nämlich einer möglichen Diskriminierung ihrer Kinder vorgebeugt werden. Eine auch vom Bundesverfassungsgericht angeführte Studie belegt, dass mit keinen Nachteilen für das Kindeswohl zu rechnen ist, die gemeinschaftliche Adoption im Vergleich zur Einzeladoption sogar vorteilhaft ist.²⁷ Des Weiteren werden Lebenspartner/innen häufig und mit guten Erfahrungen als liebevolle Pflegeeltern eingesetzt.²⁸ Wenn das Kindeswohl durch das Zusammenleben in einer Familie mit gleichgeschlechtlichen Eltern gefährdet wäre, wären auch die Pflegeelternschaft sowie die Stiefkindadoption potentielle Gefahrenquellen für das Kind.²⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint es sehr widersprüchlich, das Kindeswohl bei einer gemeinschaftlichen Adoption als gefährdet anzusehen.

IV. Ausblick

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich die rechtlichen Möglichkeiten einer Familiengründung innerhalb einer Lebenspartnerschaft mit Einführung der Stiefkindadoption verbessert haben. Trotzdem besteht noch weiterer Handlungsbedarf, um Lebenspartnerschaften die gleichen Familienrechte einzuräumen wie Ehepaaren: Gerade bei einer Insemination in lesbischen Partnerschaften erscheint es sinnvoll, durch Anerkennung und Eintragung der Elternschaft beider Partnerinnen in die Geburtsurkunde einem langwierigen und umständlichen Adoptionsverfahren vorzubeugen. Außerdem sollte die Ausnahme von dem Verbot der Kettenadoption, welche § 1742 BGB für Eheleute vorsieht, auch für Lebenspartner/innen gelten und das BVerfG insoweit die derzeitige Rechtslage (§ 9 VII LPartG i. V. m. § 1742 BGB) für grundrechtswidrig erklären. Überzeugend erscheint es zudem, nach erfolgreicher Ratifizierung des aktuellen Adoptionsübereinkommens die gemeinschaftliche Adoption für Lebenspartnerschaften zuzulassen. Dann käme es bei den Adoptionsrechten in erster Linie darauf an, ob das (Eltern)Paar eine rechtlich verbindliche Beziehung eingegangen ist – entweder in Form einer Ehe oder einer eingetragenen Lebenspartnerschaft – und nicht, welche sexuelle Orientierung die Eltern haben.³⁰ Was schließlich bleibt, ist die Frage nach Familien- und Adoptionsrechten für sonstige stabile Lebensgemeinschaften.

²³ Vgl. *Andrea Dürnberger/Marina Rupp/Pia Bergold*, Zielsetzung, Studienaufbau und Mengengerüst, in: Rupp (Hg.), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, S. 11 (22).

²⁴ *Wassilios Fthenakis*, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und kindliche Entwicklung, in: Basedow u. A. (Hg.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, 2000, S. 351 (382), mit Nachweis der Studien.

²⁵ *Andrea Dürnberger/Marina Rupp/Pia Bergold*, Zielsetzung, Studienaufbau und Mengengerüst, in: Rupp (Hg.), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, S. 11 (23).

²⁶ *Juliane Pätzold*, Die gemeinschaftliche Adoption Minderjähriger durch eingetragene Lebenspartner, in: FPR 2005, S. 269 (270).

²⁷ BVerfG vom 07.07.2009, BVerfGE 124, 229 (282), mit Verweis auf *Marina Rupp/Pia Bergold*, in: Rupp (Hg.), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, S. 281 (282); vgl. auch *Juliane Pätzold*, Die gemeinschaftliche Adoption Minderjähriger durch eingetragene Lebenspartner, in: FPR 2005, S. 269 (270 f.); andere Ansicht: *Andreas Schlütter*, Die erbrechtliche Stellung eines Kindes nach Adoption durch den anderen Lebenspartner, in: FF 2005, S. 234 (237 f.).

²⁸ *Karlheinz Muscheler*, Die Reform des Lebenspartnerschaftsrechts, in: FPR 2010, S. 227 (231).

²⁹ *Tilman Hoppe*, Ein Kind seiner Zeit – Lebenspartnerschaft und Adoption, in: StAZ 2010, S. 107 (108 f.).

³⁰ Noch weitreichender sind die Adoptionsrechte in England, wo „two people – whether of different sexes or of the same sex – living in an enduring relationship“ ein Kind adoptieren können; vgl. *Rainer Frank*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1741, Rn. 57.

Julia Salkowski*

Anfängerklausur im Zivilrecht: Zugang und Widerruf von Willenserklärungen und Stellvertretungsrecht

Die Klausur zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs verbindet Grundfragen des Stellvertretungsrechts mit Problemen des Zugangs von Willenserklärungen. Besonders letztere stellen ein beliebtes Klausurthema für Anfängerklausuren dar. Eine Schwierigkeit liegt darin, sich nicht gleich mit dem Erlöschen von Vollmachten auseinander zu setzen, sondern zu erkennen, dass die Vollmacht möglicherweise aufgrund des Widerrufs der Vollmachtserklärung gar nicht erst wirksam erteilt wurde.

Sachverhalt

K aus Köln entdeckt an einem Samstagnachmittag auf der Durchreise in Münster im Schaufenster der Buchhandlung des V einen alten Stich mit einer Ansicht der Stadt Köln, der dort ohne Preisauszeichnung ausgestellt ist. Da das Geschäft des V bereits geschlossen ist, versucht K vom Bahnhof in Münster aus, seinen Freund F in Münster telefonisch zu sprechen, um ihn zu bitten, den Stich für ihn zu kaufen. Bei F meldet sich jedoch niemand. K ersteht daraufhin eine Postkarte und schreibt dem F, dieser möge sobald wie möglich bei V vorbeigehen und dort den Stich in seinem (K's) Namen zu einem Preis bis zu € 400,- kaufen; er erteile dem F dazu ausdrücklich Vollmacht. Die Karte wirft er in Münster am Bahnhof in den Briefkasten.

Als K nach seiner Rückkehr am Samstagabend seiner Frau von dem beabsichtigten Kauf berichtet, macht diese ihm Vorwürfe, da man doch gerade vorher Geld für ein Bild ausgegeben habe und nun auch einmal etwas Geld für ein Kleidungsstück für sie übrig sein müsse. Schwere Herzens entschließt sich K deshalb, von dem Kauf abzusehen. Er ruft am Sonntagmorgen sogleich bei F an, erreicht aber nur dessen Frau, der er von der Sache erzählt und mitteilt, seine Bitte auf der Karte sei überholt, sie möge das dem F sagen. Frau F verspricht, ihrem Mann das auszurichten. Sie vergisst aber gleichwohl, dem F von dem Anruf zu berichten, als dieser bald darauf heimkommt.

Als F die Karte des K am Montagmorgen erhält, begibt er sich in das Geschäft des V und kauft dort namens des

K den Stich für € 400,-. V übersendet daraufhin dem K den Stich und fügt eine Rechnung bei, deren Bezahlung K jedoch verweigert, weil er meint, die Bestellung des F gehe ihn nichts an.

V will wissen, ob er von K oder F Bezahlung des Kaufpreises oder wenigstens Ersatz der Versandkosten verlangen kann.

Abwandlung

Wie wäre es, wenn V den F bei dem Kaufgespräch, um sicher zu gehen, nach einer Vollmacht des K gefragt hätte und F ihm daraufhin die Karte des K gezeigt hätte?

Gutachten

A. Anspruch des V auf Kaufpreiszahlung

I. Anspruch gegen K

V könnte einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus einem Kaufvertrag gemäß § 433 II BGB gegen K haben. Dafür müsste zwischen K und V ein Kaufvertrag zustande gekommen sein.

1. Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag bedarf der Einigung zwischen den Vertragsparteien, gemäß §§ 145 ff. BGB, einem Angebot und einer Annahme.

a) Angebot des K selbst¹

K selbst hat gegenüber V kein Angebot abgegeben.

b) Angebot des F dem K zurechenbar

F hat gegenüber V ein Angebot abgegeben. Dies könnte dem K gemäß §§ 164 ff. BGB zurechenbar sein. Dafür müsste F wirksam als Stellvertreter des K gehandelt haben.

aa) Eigene Willenserklärung²

Zunächst müsste F eine eigene Willenserklärung abgegeben und nicht nur als Bote eine Willenserklärung des K

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2009/2010 zur Vorlesung BGB AT von Prof. Dr. iur. Reinhard Bork an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung der Autorin wurde mit „gut“ bewertet.

1 Möglich wäre es auch, zunächst ein Angebot des V zu prüfen. Dieses kann dann aber aufgrund des fehlenden Rechtsbindungswillens kurz und unproblematisch als bloße invitatio ad offerendum abgelehnt werden.

2 An dieser Stelle kommt es auf die Abgrenzung von bloßer Boten-

überbracht haben. K beauftragte den F, ein bestimmtes Bild in seinem Namen zu einem Preis von bis zu € 400,- zu erwerben. F hatte demnach einen Handlungsspielraum, um über den Preis zu verhandeln. Folglich gab er eine eigene Willenserklärung ab.

bb) Im fremden Namen

Weiterhin gab F die Willenserklärung im Namen des K, also im fremden Namen ab.

cc) Mit Vertretungsmacht

F müsste jedoch auch mit Vertretungsmacht des K gehandelt haben.

(1) Erteilung der Vollmacht

K müsste dem F Vertretungsmacht erteilt haben. F fand eine Karte des K, in der er einen Auftrag des K gemäß § 662 BGB erhielt, den Stich zu erwerben in Ks Namen und für K. F erhielt somit ausdrücklich Vertretungsmacht in Form einer Vollmachtsurkunde gemäß § 172 BGB, im Innenverhältnis gem. § 167 I, 1. Fall BGB.

(2) Unwirksamkeit der Vollmacht

Diese Vollmacht des K könnte jedoch vor ihrem Wirksamwerden durch K widerrufen worden sein. Die Bevollmächtigung ist ein empfangsbedürftiges, einseitiges Rechtsgeschäft, welches gemäß § 130 I BGB mit Zugang beim Empfänger wirksam wird, es sei denn es geht gemäß § 130 II BGB gleichzeitig oder vorher ein Widerruf der Willenserklärung beim Empfänger zu.

(a) Zugang der Vollmacht Die Bevollmächtigung in Form der Postkarte wurde am Samstag in einen Briefkasten eingeworfen und damit so auf den Weg gebracht, dass unter normalen Umständen mit der Kenntnisnahme des F frühestens am Montagmorgen zu rechnen war. Am Montagmorgen gelangte die Postkarte in den Machtbereich des F, und so war mit der Kenntnisnahme zu rechnen. Soweit erfolgte der Zugang der Vollmacht am Montag.

(b) Zugang des Widerrufs Fraglich ist, ob vor Montagmorgen oder am Montagmorgen dem F auch ein Widerruf der Bevollmächtigung zuzuging.

In Frage kommt der Anruf des K am Sonntagmorgen. Der Anruf des K erreichte die Frau des F, und der K teilte ihr seinen Widerruf mit. Damit könnte der Widerruf dem F zugegangen sein. Dafür müsste die Frau des F der Sphäre des F selbst zugeordnet werden können, und es muss unter normalen Umständen mit der Kenntnisnahme des F zu rechnen sein.³ Als im selben Haus lebender

schaft zur Stellvertretung an.

³ Geprüft wird hier, ob die Frau des F Empfangsbotin war. Möglich wäre es auch, zunächst einmal knapp zu erwähnen, dass sie auch Empfangsvertreterin sein könnte. Dann wäre der Widerruf schon zum

Ehepartner ist die Frau des F der Sphäre des F zuzuordnen. Fraglich ist, wann jedoch mit der Kenntnisnahme des F zu rechnen ist. F ist zur Zeit des Anrufs nicht zu Hause. Es ist jedoch damit zu rechnen, dass seine Frau ihm von dem Widerruf berichtet, sobald er am Sonntag nach Hause kommt. Der Zugang des Widerrufs erfolgte somit am Sonntag im Laufe des Tages. Anhaltspunkte dafür, dass die Frau des F kein geeigneter Empfangsbote sein könnte – etwa wegen mangelnder Volljährigkeit –, so dass es im Risiko des K verbliebe, ob die Nachricht den F auch tatsächlich erreicht, sind auch nicht ersichtlich.

Der Zugang des Widerrufs erfolgte also vor dem Zugang der Bevollmächtigung.

(3) Zwischenergebnis zu cc)

Die Willenserklärung, die zur Bevollmächtigung führen sollte, wurde also gemäß § 130 II 1 BGB nicht wirksam. F handelte also ohne Vertretungsmacht des K.

dd) Vertreter ohne Vertretungsmacht

F schloss den Vertrag ohne Vertretungsmacht des K gemäß § 177 I BGB. Der Vertrag ist also schwebend unwirksam und seine Wirksamkeit von der Genehmigung des K abhängig.

ee) Genehmigung des K

K könnte den Vertrag gemäß § 177 II BGB durch nachträgliche Zustimmung gemäß § 184 I BGB rückwirkend wirksam werden lassen. Es ist keine Genehmigung ersichtlich, und durch den Widerruf wird deutlich, dass K nicht an der Wirksamkeit des Vertrages interessiert ist.

2. Ergebnis zu I.

Das Angebot des F ist dem K nicht zurechenbar. Es ist kein Kaufvertrag zwischen K und V entstanden und somit hat V keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen K aus einem Kaufvertrag.

II. Anspruch gegen F

V könnte jedoch einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht gemäß § 179 I, 1. Fall BGB haben.

1. Auftreten als Vertreter ohne Vertretungsmacht

F ist als Vertreter des K aufgetreten. Er hatte jedoch keine Vertretungsmacht des K, die ihn zur Stellvertretung berechtigte (s. o.).

Zeitpunkt des Telefonats zugegangen. Dies müsste dann jedoch abgelehnt werden, da der Sachverhalt keine Hinweise darauf bietet, dass die Frau des F Vertretungsmacht hat, für den F Willenserklärungen entgegen zu nehmen.

2. Keine Genehmigung

Es erfolgte auch keine Genehmigung des K (s. o.).

3. Kenntnis des F

F müsste jedoch den Mangel der Vertretungsmacht gekannt oder fahrlässig nicht gekannt haben.⁴ Der Widerruf, der die Wirksamkeit der Bevollmächtigung verhinderte, erreichte F nicht, obwohl unter normalen Umständen mit seiner Kenntnis zu rechnen gewesen wäre. Dies reicht jedoch nicht für die Fahrlässigkeit aus. Das Verhalten seiner Frau kann F nicht steuern, somit ist es nicht fahrlässig durch F verursacht, und F handelte ohne Kenntnis des Mangels an der Vertretungsmacht.

4. Ergebnis zu II.

F haftet daher nicht gemäß § 179 I, 1. Fall BGB auf Erfüllung. V hat also keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen F.

B. Anspruch des V auf Ersatz der Versandkosten

I. Anspruch gegen K

V könnte einen Anspruch auf Ersatz der Versandkosten gegen K haben. K hat keine Willenserklärung gegenüber V abgegeben. Die Willenserklärung des F ist ihm nicht zurechenbar. Die Willenserklärung, die K gegenüber F abgegeben hat, ist nicht wirksam geworden. Folglich hat K keinen rechtserheblichen Grund gesetzt wegen dessen gegen ihn ein Anspruch bestehen könnte. Somit hat V keinen Anspruch auf Ersatz der Versandkosten gegen K.

II. Anspruch gegen F

V könnte jedoch einen Anspruch auf Erstattung der Versandkosten gegen F haben. F könnte gemäß § 179 II BGB gegenüber V als Vertreter ohne Vertretungsmacht auf das negative Interesse haften.

1. Auftreten als Vertreter ohne Vertretungsmacht

F trat als Vertreter ohne Vertretungsmacht gegenüber V gemäß § 177 I BGB auf (s. o.).

2. Keine Genehmigung

Es erfolgte keine Genehmigung durch K (s. o.).

3. Keine Kenntnis

F hatte keine Kenntnis vom Mangel der Vertretungsmacht (s. o.).

⁴ Dies ergibt sich aus § 179 II BGB. An dieser Stelle könnte noch auf § 166 I BGB als Zurechnungsnorm eingegangen werden. Nach § 166 I BGB kommt hinsichtlich der Kenntnis gewisser Umstände nur die Person des Vertreters in Betracht. Die Frau des F war keine Vertreterin. Es kommt also auf die Kenntnis des F vom Widerruf an.

4. Ausschluss nach § 179 III 1 BGB

Die Haftung des F könnte jedoch gemäß § 179 III 1 BGB ausgeschlossen sein, wenn der Vertragspartner V den Mangel der Vertretungsmacht kannte. Dies ist hier nicht ersichtlich. F kannte den Mangel nicht einmal selbst. Somit ist die Haftung nicht nach § 179 III 1 BGB ausgeschlossen.

5. Schaden des V

Der Schaden, den V dadurch erlitten hat, dass er auf die Gültigkeit der Vertretungsmacht vertraut hat, beläuft sich auf die Versandkosten. Das positive Interesse, welches V am Abschluss des Vertrages hatte, übersteigt die Versandkosten erheblich, so dass hierdurch keine Beschränkung des negativen Interesses erfolgt. Der Vertrauensschaden beläuft sich somit auf die Versandkosten des V.

6. Ergebnis zu II.

F haftet als gutgläubiger Vertreter ohne Vertretungsmacht auf das negative Interesse, nämlich die Versandkosten.

C. Ergebnis

V hat keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen K oder F und keinen Anspruch auf Ersatz der Versandkosten gegen K, jedoch einen solchen Anspruch gemäß § 179 II BGB gegen F.

Abwandlung

Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises des V gegen K

Fraglich ist, ob V einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gegen K aus einem Kaufvertrag gemäß § 433 II BGB hätte, wenn F beim Kaufgespräch mit V die Karte des K gezeigt hätte. Dies hat Auswirkungen auf die Vertretungsmacht des F und damit auf die Zurechenbarkeit des Angebots.

I. Wirksamkeit der Vertretungsmacht

Die Bevollmächtigung des K ist weiterhin nicht wirksam. Die Willenserklärung, die zur Bevollmächtigung führen sollte, ist wirksam widerrufen (s. o.).

II. Fingierte Wirksamkeit

Fraglich ist jedoch, ob K sich so behandeln lassen muss, als bestehe eine wirksame Vertretungsmacht. K hat eine Vollmachtsurkunde ausgestellt. Diese muss er gemäß

§ 172 II BGB gegen sich wirken lassen, solange sie im Besitz des Bevollmächtigten ist. Für diese Zeit ist der Besitzer als fiktiv bevollmächtigt zu behandeln, es sei denn,

der Vertragspartner (hier: der V) weiß von dem Nichtbestehen der Vertretungsmacht gemäß § 171 I BGB. Dies ist hier nicht der Fall.

Helene Weber*

Klausur Polizeirecht: Zur Begrenzung des Alkoholkonsums im öffentlichen Straßenraum durch Polizeiverordnung

Die Klausur behandelt wesentliche Probleme des Polizeirechts, wobei die Aufgabenstellung insofern eher ungewöhnlich ist, als es um die Rechtmäßigkeit einer Verordnung geht. Im Rahmen einer Feststellungsklage ist § 1 SOG als einschlägige Ermächtigungsgrundlage zu prüfen. Der Schwerpunkt der Bearbeitung liegt in der Prüfung der fehlerfreien Ermessensausübung und der Verhältnismäßigkeit der Verordnung. Die Aufgabenstellung beruht auf einem Urteil des VGH Mannheim¹: Ein Freiburger Jurastudent hatte erfolgreich gegen das Alkoholverbot durch Polizeiverordnung im Kneipenviertel seiner Stadt geklagt.

Sachverhalt

Die Stadt Hamburg will durch eine Verordnung den starken Anstieg von Gewaltdelikten auf der Reeperbahn und den umliegenden Straßen bekämpfen. Zunehmend kam es in der Vergangenheit zu Gedränge, körperlichen Kontakten, Rempelen, Gegröle und vermeintlichen Provokationen, die zu körperlichen Angriffen, Schlägereien und Beschädigungen von Gegenständen geführt haben.

Der Senat hat deshalb formell ordnungsgemäß folgende Verordnung erlassen, die am 02.09.2009 im Amtsblatt veröffentlicht wurde:

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2010 zur Vorlesung Polizeirecht von Prof. Dr. iur. Armin Hatje an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung der Autorin war die bestbewertete in diesem Durchgang und wurde mit „gut“ benotet.
¹ VGH Mannheim vom 28.07.2009, NVwZ-RR 2010, 55–59. Vgl. die Besprechungen von *Wolfgang Hecker*, Neue Rechtsprechung des VGH Mannheim zum Alkoholkonsumverbot im öffentlichen Raum, in: NVwZ 2010, S. 359–363; *Tobias Kaufmann*, Zur Unwirksamkeit einer Polizeiverordnung zur Begrenzung des Alkoholkonsums im öffentlichen Straßenraum, in: ZJS 2010, S. 261–268; *Maria Seitz*, Kein Alkohol ist auch keine Lösung, in: FoR 2009, S. 132–133; *Adrian Pe-westorf*, Anmerkung, in: DVBl. 2009, S. 1396–1399.

§ 1 Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für den Bereich Sankt Pauli, begrenzt durch die Simon-von-Utrecht-Str., Holstenstraße, Pepermölenbeck, St. Pauli Fischmarkt, Hafensstraße, Helgoländer Allee, Millerntorplatz. Die genannten Straßen zählen noch zum Geltungsbereich dieser Verordnung.

(2) Der beigefügte Lageplan vom 30.08.2010 ist Bestandteil dieser Verordnung.

§ 2 Alkoholverbot

(1) Im Geltungsbereich der Verordnung ist es auf den öffentlich zugänglichen Flächen außerhalb konzessionierter Freisitzflächen verboten,

– alkoholische Getränke jeglicher Art zu konsumieren

– alkoholische Getränke jeglicher Art bei sich zu führen, wenn aufgrund der konkreten Umstände die Absicht erkennbar ist, diese im Geltungsbereich der Verordnung konsumieren zu wollen.

(2) Dieses Verbot gilt in den Nächten von Freitag auf Samstag, Samstag auf Sonntag, Sonntag auf Montag jeweils von 22:00 bis 06:00. Gleiches gilt für die Zeit von 0:00 bis 06:00 morgens an einem gesetzlichen Feiertag und von 22:00 bis 24.00 des Vortages.

§ 9 Geldbuße

Verstöße gegen § 2 dieser Verordnung können mit einem Bußgeld in Höhe von bis zu € 300 belegt werden.

§ 10 Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am Tag nach ihrer amtlichen Bekanntmachung in Kraft.

Nach der Einführung dieser Regelungen ist die Gewaltkriminalität um 10 % gesunken. Es ist jedoch auch möglich, dass dieser Rückgang durch eine Verstärkung der Polizeipräsenz in diesem Gebiet begründet wurde.

Der Student Matthias Becks (M) wohnt in der Hafensstraße im Hamburg und besucht mit seinen Freunden am Wochenende regelmäßig die Reeperbahn und die umliegenden Straßen, um „Kneipentouren“ zu unternehmen. Auf diesen Touren bevorzugen es die jungen Herren, auf dem Weg zwischen den verschiedenen Schankwirtschaften ein „Weg-Bier“ mit sich zu führen oder sich damit eine Weile auf öffentlichen Plätzen niederzulassen. Als M Anfang Oktober 2009 von der oben genannten Verordnung Kenntnis erlangt, ist er schwer verärgert. Er möchte auch weiterhin auf öffentlicher Straße und öffentlichen Plätzen alkoholische Getränke zu sich nehmen, ohne mit einem Bußgeld belegt zu werden. Darüber hinaus habe er noch nie Dritte durch sein Verhalten belästigt oder gefährdet und zweifelt zudem an, dass Alkoholgenuß generell zu Gewalttätigkeiten führe.

M möchte von Ihnen wissen, wie und mit welcher Aussicht auf Erfolg er sich gegen die Verordnung gerichtlich zur Wehr setzen kann.

Gutachten

Die Klage des M hat Aussicht auf Erfolg, soweit die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und die Klage begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Zunächst müssten die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Dazu müsste der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I 1 VwGO eröffnet sein. Es müsste sich folglich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ohne auf- oder abdrängende Sonderzuweisung handeln.

Öffentlich-rechtlich ist die Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Dies ist der Fall, wenn sie einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigen oder verpflichten. Vorliegend berechtigt die vom Senat erlassene Verordnung die Polizei, gegen diejenigen vorzugehen, die gegen die Verordnung verstoßen.² Mithin ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben.

An der Streitigkeit sind auch keine Verfassungsorgane beteiligt, sodass die Streitigkeit auch nichtverfassungs-

² Streitentscheidende Normen sind hier richtigerweise die Normen des Polizeirechts, anhand derer die Rechtmäßigkeit der Verordnung beurteilt wird. Die Rechtsverordnung selbst ist Streitgegenstand.

rechtlicher Art ist. Mangels auf- oder abdrängender Sonderzuweisung³ ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Die Klageart bestimmt sich nach dem klägerischen Begehren, vgl. § 88 VwGO. M möchte sich gegen die vom Senat erlassene Verordnung wehren. In Frage kommt hier zunächst eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Verordnung nach § 47 I Nr. 2 VwGO. Zu beachten ist jedoch, dass die Freie und Hansestadt Hamburg von der Ermächtigung des § 47 I Nr. 2 VwGO keinen Gebrauch (im AGVwGO) gemacht hat. Das Hamburger Landesrecht sieht die Überprüfung nach § 47 I Nr. 2 VwGO durch das OVG mithin nicht vor.

Es könnte weiterhin eine Feststellungsklage gemäß § 43 I VwGO statthaft sein. Dazu bedarf es eines feststellungsfähigen, also hinreichend konkretisierten Rechtsverhältnisses. Begründet eine Rechtsverordnung unmittelbar Rechte und Pflichten, ohne dass es eines weiteren Durchsetzungsaktes bedarf, liegt ein hinreichend konkretisiertes Rechtsverhältnis vor. Gegenstand der Feststellungsklage ist in dieser Konstellation dann nicht unmittelbar die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Norm, sondern die Frage, ob sich aus deren Anwendung ein Rechtsverhältnis ergibt, ob sich also im konkreten Fall Rechte und Pflichten ergeben. Mit der Feststellungsklage kann auf diesem Wege geklärt werden, ob die Behörde berechtigt ist, eine Norm im konkreten Fall anzuwenden. Dies wiederum setzt ihre Gültigkeit voraus.

M begehrt die Feststellung, dass das Alkoholverbot für ihn nicht gilt, er also aus der Verordnung nicht verpflichtet wird. Die Verordnung verbietet das Konsumieren alkoholischer Getränke auf öffentlichen Flächen jedoch allgemein. Hiervon ist auch M betroffen. Ein weiterer Vollzugsakt ist hierfür nicht erforderlich. Ein hinreichend konkretisiertes Rechtsverhältnis liegt vor.

Fraglich ist, ob M vorher nicht eine andere Klage erheben könnte, da die Feststellungsklage nach § 43 II VwGO subsidiär ist. In Frage kommt etwa die Anfechtungsklage. Um diese erheben zu können, bedarf es jedoch zunächst eines belastenden Verwaltungsaktes. M müsste erst gegen die Verordnung verstoßen und den Bußgeldbescheid erhalten. Erst gegen diesen könnte er sich wehren. Es ist M aber nicht zumutbar, erst gegen eine Verordnung zu verstoßen, um den Rechtsweg zu beschreiten. Folglich ist hier keine andere Klage als die Feststellungsklage gemäß § 43 I VwGO statthaft.

³ Die Frage einer aufdrängenden Sonderzuweisung ist vor der Rechtswegeröffnung nach § 40 I 1 VwGO zu prüfen, die Frage einer abdrängenden Sonderzuweisung danach.

III. Feststellungsinteresse

Gemäß § 43 I VwGO muss der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung haben. Das Feststellungsinteresse kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art sein. M ist am Wochenende oft mit seinen Freunden auf der Reeperbahn unterwegs. Dabei konsumiert er auch außerhalb der Lokale Alkohol. Bei einem Verstoß gegen die Verordnung müsste M ein Bußgeld entrichten, er hat daher ein rechtliches Interesse daran, feststellen zu lassen, ob die Verordnung wirksam ist. Auch hat er ein ideelles Interesse, weil er andernfalls seiner privaten Freizeitbeschäftigung nicht nachgehen kann, wie er es bislang konnte. Mithin hat M ein rechtliches und ideelles Feststellungsinteresse.⁴

IV. Klagebefugnis⁵

Des Weiteren müsste M klagebefugt sein. Die Klagebefugnis bestimmt sich für die Feststellungsklage aus § 42 II VwGO analog. M müsste substantiiert behaupten können, in seinen Rechten verletzt zu sein. Die Möglichkeit darf nicht ausgeschlossen sein. M wird in seinem Alkoholkonsum auf der Reeperbahn eingeschränkt. Die Verordnung könnte ihn daher in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) beschränken. M ist mithin klagebefugt.

V. Klagegegner/in

Ferner müsste gegen die richtige Klagegegnerin gemäß § 78 VwGO vorgegangen werden. In Hamburg ist dies aufgrund des Rechtsträgerprinzips stets⁶ die Freie und Hansestadt Hamburg gemäß § 78 I Nr. 1 VwGO.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

M und die FHH müssten beteiligten- und prozessfähig sein. Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit bestimmt sich nach §§ 61, 62 VwGO. M ist nach §§ 61 Nr. 1 Alt. 1,

62 I Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Die FHH ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und wird sich nach § 62 III VwGO vertreten lassen.

VII. Ergebnis⁷

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen für die Klage des M liegen vor.

B. Begründetheit

Die Klage des M müsste auch begründet sein. Begründet ist die Feststellungsklage gemäß § 43 I VwGO, wenn die Verordnung kein Rechtsverhältnis zwischen M und der Freien und Hansestadt Hamburg begründet.

I. Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müsste eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Verordnung vorliegen.⁸ Hier könnte § 1 I SOG einschlägig sein.⁹ Der Senat hat am 02.09.2009 die Verordnung erlassen. Diese richtet sich an die Allgemeinheit, also an einen unbestimmbaren Personenkreis, und soll Gefahren abwenden. Mithin ist § 1 I SOG die richtige Ermächtigungsgrundlage.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Verordnung müsste formell rechtmäßig sein. Laut Sachverhalt ist die Verordnung formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist, ob die Verordnung auch materiell rechtmäßig ist. Sie ist materiell rechtmäßig, wenn der Tatbestand des § 1 I SOG erfüllt ist und auf der Rechtsfolgenseite keine Ermessensfehler gemacht worden sind.

⁴ Eher zweifelhaft ist, ob der M auch ein wirtschaftliches Interesse an der Feststellung hätte, weil der Konsum von mitgebrachten alkoholischen Getränken auf der Straße finanziell deutlich günstiger ist als der Konsum in einem Lokal. Diese kleine Ersparnis wird aber wohl nicht ausreichend sein.

⁵ Die Voraussetzung der Klagebefugnis gemäß § 42 II VwGO analog ist im Rahmen der Feststellungsklage streitig. Da das Rechtsverhältnis, dessen Bestehen oder Nichtbestehen Gegenstand einer Feststellungsklage ist, nicht notwendigerweise zwischen Kläger/in und Beklagter/m bestehen muss, wird teilweise eine analoge Anwendung des § 42 II VwGO befürwortet (so BVerwG vom 29.06.1995, BVerwGE 99, 64 (66); kritisch *Hubertus Gersdorf*, *Verwaltungsprozessrecht*, 4. Aufl. 2009, Rn. 147; *Wolf-Rüdiger Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 12. Aufl. 2009, Rn. 410, mwN.). Der Streit kann offen bleiben, wenn der/die Kläger/in die Verletzung eines subjektiven Rechts geltend machen kann. Hierzu ist es hinreichend, dass die Rechtsverletzung möglich erscheint.

⁶ Gerade auf Grund des Rechtsträgerprinzips kann es auch eine andere juristische Person des Öffentlichen Rechts sein wie beispielsweise die Universität Hamburg oder das Studierendenwerk.

⁷ Es hätte durchaus auch noch das zuständige Gericht geprüft werden können.

⁸ Art. 53 I HV statuiert, dass in einem Gesetz, durch das der Senat zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt wird, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung hinreichend bestimmt sein müssen. Die Bürgerschaft soll sich ihrer Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern können, dass sie einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenz bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem/der Bürger/in gegenüber zulässig sein soll.

⁹ Vgl. BVerwG vom 03.07.2003, BVerwGE 116, 347 (350): „Das Oberverwaltungsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Verwendung der polizeilichen Generalklausel als Grundlage sicherheitsbehördlicher Verordnungen unter den genannten verfassungsrechtlichen Aspekten unbedenklich ist, weil sie in jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt ist (vgl. BVerfGE 54, 143, 144)“.

1. Tatbestand des § 1 I SOG

Der Tatbestand von § 1 I SOG wird durch die Verordnung erfüllt, wenn sie Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abwehrt.

a) Öffentliche Sicherheit oder Ordnung

Die Verordnung müsste die öffentliche Sicherheit oder Ordnung schützen. Zur öffentlichen Sicherheit gehören die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, die Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter Einzelner sowie der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstigen Hoheitsträger/innen.

Hier kommt als Schutzgut die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung in Betracht. Die objektive Rechtsordnung umfasst das geschriebene öffentliche Recht, zu dem auch Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetze gehören. Die Stadt Hamburg will mit der Verordnung die Gewaltdelikte in dem bezeichneten Gebiet bekämpfen. Das Begehen von Gewaltdelikten stellt einen Verstoß gegen Regelungen des Strafgesetzbuches dar, welches zur objektiven Rechtsordnung gehört.¹⁰ Die Verordnung hat mithin als Schutzgut die öffentliche Sicherheit inne.

b) Gefahr

§ 1 I SOG fordert weiter eine Gefahr. Es handelt sich bei der Gefahr aus § 1 I SOG um eine abstrakte Gefahr. Eine abstrakte Gefahr liegt vor, wenn nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bei einer bestimmten Art von Verhaltensweisen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden an einem durch die Rechtsordnung geschützten Rechtsgut eintreten wird.¹¹ Durch den Konsum von Alkohol ändert sich nach den Erfahrungen des täglichen Lebens das Verhalten der Konsument/innen. Grundsätzlich werden alkoholisierte Menschen schneller aggressiver und neigen zu Gewalttaten. Es ist zwar kein Verhalten, das jede/r Betrunkene zeigt. Die Wahrscheinlichkeit ist aber immens, da Alkohol bei zunehmendem Konsum die Wahrnehmung beeinflusst und die Hemmschwelle sinken lässt. Gerade in den Nachtstunden ist außerdem der Alkoholkonsum auf der Reeperbahn am höchsten. Folglich besteht eine abstrakte Gefahr¹², dass die Be-

¹⁰ Durch die Begehung von Gewalttätigkeiten gegen Personen und Sachen können die Tatbestände der §§ 223, 224, 303 StGB objektiv verwirklicht werden.

¹¹ Vgl. BVerwG vom 03.07.2002, BVerwGE 116, 347 ff.: Eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall eintreten pflegt, und daher Anlass besteht, diese Gefahr mit generell-abstrakten Mitteln, also einem Rechtssatz, zu bekämpfen. Auch die Feststellung einer abstrakten Gefahr verlangt demnach eine in tatsächlicher Hinsicht genügend abgesicherte Prognose: Es müssen bei abstrakt-genereller Betrachtung hinreichende Anhaltspunkte vorhanden sein, die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen. Der Schaden muss regelmäßig und typischerweise, wenn auch nicht ausnahmslos zu erwarten sein.

¹² An dieser Stelle wäre die Ablehnung einer abstrakten Gefahr vor-

trunkenen durch Alkoholkonsum in den Nachtstunden Gewaltdelikte begehen und so die öffentliche Sicherheit verletzen.

c) Zwischenergebnis

Die Verordnung erfüllt den Tatbestand des § 1 I SOG.

2. Rechtsfolge

Gemäß § 1 I SOG hat der Senat Ermessen beim Erlass der Verordnung. Fraglich ist, ob die erlassene Verordnung ermessensfehlerfrei ist. Ermessensfehler wie Ermessensnichtgebrauch, Ermessensüberschreitung oder Ermessensfehlergebrauch sind nicht ersichtlich. Die Verordnung müsste überdies dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.

a) Legitimer Zweck

Dazu müsste die Verordnung einen legitimen Zweck verfolgen. Der Zweck dieser Verordnung ist es, die Gewaltdelikte auf der Reeperbahn zu bekämpfen. Die Verordnung verfolgt mithin einen legitimen Zweck.

b) Geeignetheit

Die Verordnung müsste auch geeignet sein, die Gewaltdelikte zu bekämpfen oder deren Bekämpfung zumindest zu fördern. Durch die Verordnung ist der Alkoholkonsum während der Nachtstunden am Wochenende und an Feiertagen verboten. Auch das bloße Beisichführen ist ein Verstoß, wenn beabsichtigt wird, den Alkohol zu konsumieren. Viele der Gewalttaten resultieren aus dem Alkoholkonsum. Würden die Personen auf der Reeperbahn ihren Konsum während der in der Verordnung genannten Zeiten senken, weil sie ja nur noch in den Kneipen und Lokalen trinken dürfen, würden wahrscheinlich weniger Gewaltdelikte aufgrund von Alkohol begangen werden. Die Verordnung ist folglich geeignet, die Gewaltdelikte, die auf übermäßigem Alkoholkonsum beruhen, zu bekämpfen.

c) Erforderlichkeit

Ferner müsste die Verordnung auch erforderlich sein. Erforderlich ist sie, wenn es kein mildereres, gleich wirksames Mittel zur Gefahrenabwehr gibt. Ein mildereres Mittel könnte eine Verstärkung der Polizeipräsenz darstellen.

zugswürdiger gewesen; so hat auch der VGH Mannheim entschieden, obwohl ihm sogar Gutachten der Freiburger Polizei vorlagen: „Gemessen an diesen vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Grundsätzen, denen der erkennende Senat folgt, liegen im vorliegenden Fall keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass das nach Zeit und Ort verbotene Verhalten regelmäßig und typischerweise Gewaltdelikte zur Folge hat. Die von der Antragsgegnerin dargelegten Ursachenzusammenhänge zwischen Alkoholkonsum und Gewalt begründen lediglich einen Gefahrenverdacht. Vorsorgemaßnahmen zur Abwehr möglicher Beeinträchtigungen im Gefahrenvorfeld werden durch die Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt.“ (Urteil vom 28.07.2009, NVwZ-RR 2010, S. 55 [56]). Die Rechtsverordnung wäre dann mangels Ermächtigungsgrundlage unwirksam und ein Rechtsverhältnis zwischen M und der FHH würde nicht bestehen, so dass die Klage des M begründet wäre.

Dies würde in erster Linie aber nur konkrete Gefahren abwehren und hätte kaum Effekt auf die abstrakte Gefahr, die von Betrunkenen ausgeht. Außerdem wäre es für den Staat teurer und aufwendiger. Die Beschränkung auf bestimmte Alkoholgetränke, etwa auf Hochprozentiges, wäre wohl erfolglos, da auch der übermäßige Konsum von Bier eine erhebliche Alkoholisierung herbeiführen kann. Andere Maßnahmen sind folglich nicht gleich geeignet, wenn auch milder. Die Verordnung ist erforderlich.

d) Angemessenheit

Schließlich müsste die Verordnung im engeren Sinne verhältnismäßig sein, also angemessen sein. Angemessen ist sie, wenn bei Abwägung aller Umstände die Verordnung einen gerechten Ausgleich zwischen widerstrebenden Rechtsgütern schafft. Unangemessen könnte sie sein, weil sie den Konsum von Alkohol auf der Reeperbahn jeder/m verbietet, auch denjenigen, die gar keine Gewalttaten begangen hätten. Sie verbietet allen den Konsum auf der Straße, berücksichtigt aber nicht, dass man sich den Rausch auch in den Kneipen antrinken kann. Diejenigen, die ihren Alkohol auf der Straße genießen, werden folglich benachteiligt im Vergleich zu denen, die ihren Alkohol in einem geschlossenen Raum konsumieren. Anhaltspunkte dafür, dass die Gewalttaten gerade aus dem Alkoholkonsum auf der Straße resultieren, gibt es nicht.

Dass sich die Gewalttaten seit Erlass der Verordnung um 10 % reduziert haben, ist kein Anhaltspunkt dafür, dass gerade die Straßentrinker/innen zuvor die Gewaltdelikte verursachten. Zum einen ist dieser Rückgang nicht eindeutig auf die Verordnung zurück zu führen, sondern könnte auch mit der stärkeren Polizeipräsenz zusammenhängen. Zum anderen ist es unangemessen, sich einfach eine Gruppe von Alkoholkonsument/innen herauszusuchen. Schließlich hätte man auch eine Höchstpromillegrenze¹³ für alle einführen können, so dass auch die Kneipen- und Lokaltrinker/innen erfasst werden und nicht nur die, die auf der Straße trinken.

Schließlich ist fraglich, ob der Alkoholkonsum überhaupt als Gefahrenquelle gesehen werden darf.¹⁴ Zwar verändert sich das Verhalten einer alkoholisierten Person und ihre Hemmschwelle unter anderem für Gewalt sinkt. Doch nicht jede/r Alkoholisierte begeht eine Gewalttat. Es scheint unangemessen, allen den Alkohol-

konsum auf der Straße zu verbieten, wenn nur einige Gewalttaten begehen.

Andererseits ist diese Unangemessenheit gerade bei einer Verordnung gegen eine abstrakte Gefahr kaum zu umgehen, da eine Wahrscheinlichkeit für eine Gefahr eben nie eine Sicherheit ist. Zudem ist das Alkoholverbot nur auf die Nächte am Wochenende und an Feiertagen beschränkt. Wägt man die Argumente ab, überwiegt jedoch die große Benachteiligung für diejenigen, die auf der Straße Alkohol trinken, gegenüber denen, die sich in Kneipen betrinken. Alles in allem ist die Verordnung folglich unangemessen.

e) Zwischenergebnis

Die Verordnung ist unangemessen und damit unverhältnismäßig.

3. Zwischenergebnis

Die Verordnung ist materiell rechtswidrig.

IV. Ergebnis

Zwischen M und der Freien und Hansestadt Hamburg besteht mangels rechtmäßiger Verordnung kein Rechtsverhältnis. Die Feststellungsklage des M ist begründet.

C. Gesamtergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen für die Klage des M liegen vor und die Klage ist auch begründet. Sie hat daher Aussicht auf Erfolg.

¹³ Dieser Vorschlag steht in einem deutlichen Widerspruch zu den Ausführungen zur Erforderlichkeit, wonach eine Höchstpromillegrenze schon kein gleich wirksames Mittel gewesen wäre.

¹⁴ An diesem Punkt vermischt die Bearbeiterin tatbestandliche Voraussetzungen des § 1 SOG mit der Überprüfung der Rechtsfolge. Nach den nun folgenden Ausführungen wäre schon in der Prüfung des Tatbestandes eine Ablehnung der abstrakten Gefahr zu befürworten gewesen.

Matthias Ginkel*

Klausur Strafrecht V: Brandstiftungsdelikte

Sachverhalt

E ist Eigentümer einer Gewerbeimmobilie, in der sich insgesamt drei Geschäftsflächen und eine von E selbst privat genutzte Wohnung befinden. In unmittelbarer Nachbarschaft zu dieser Immobilie befindet sich ein kleines Parkhaus, das ebenfalls dem E gehört. Zwei der Ladenflächen stehen bereits seit geraumer Zeit leer. Als nun auch noch der letzte Mieter seinen Geschäftsstandort in eine belebtere Gegend verlegen will - Lager und Einrichtungsgegenstände sind bereits abtransportiert worden -, beschließt E, dass er sich von diesen Immobilien trennen muss. Ihm ist bewusst, dass er auf einen Käufer für das Objekt lange warten müsste; deshalb, und weil er von seiner Brandschutzversicherung ein Vielfaches des derzeit erzielbaren Kaufpreises erhalten würde, beschließt er, die Gewerbeimmobilie und das Parkhaus abbrennen zu lassen.

Um jeden Verdacht von sich abzulenken, überredet er seinen Bekannten B, der die Motive des E kennt, gegen Zahlung von 1000 € sowohl das Gebäude mit den Ladenflächen und seiner Wohnung als auch das Parkhaus anzustecken. Als Termin wird das Pfingstwochenende ins Auge gefasst, welches E traditionell bei seiner Mutter in einer anderen Stadt verbringt.

In der Nacht von Pfingstsamstag auf Pfingstsonntag verschüttet B Benzin in den Ladenflächen der Gewerbeimmobilie und im Parkhaus. Weil er um seine Entdeckung fürchtet, verzichtet er darauf, sich noch einmal davon zu überzeugen, dass sich niemand in den Gebäuden befindet. Anschließend zündet B zunächst die Gewerbeimmobilie und kurze Zeit später das Parkhaus an und verschwindet.

Die bald eintreffende Feuerwehr kann nur noch feststellen, dass beide Gebäude sofort in Flammen aufgegangen und restlos ausgebrannt sind. Im Parkhaus wird zudem die Leiche des Obdachlosen O entdeckt, der durch die Flammen ums Leben gekommen ist. O schlug regelmäßig sein Nachtlager im Parkhaus auf, wovon E – nicht jedoch der B – wusste. O konnte sich leicht Zugang verschaffen, da das Parkhaus außerhalb der normalen Geschäftszeiten nur durch eine Autoschranke gesichert war.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2010 zur Vorlesung Strafrecht V bei Prof. Dr. iur. Florian Jeßberger an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „gut“ benotet.

E wollte zwar nicht, dass O umkommen würde. Er hatte es aber nicht gewagt, den B auf die mögliche Anwesenheit des O hinzuweisen, weil er fürchtete, dass B sich dann zur Brandlegung nicht bereit erklärt hätte. E nahm den möglichen Tod des O deshalb in Kauf. Zu einer Schadensmeldung gegenüber der Versicherung kommt es nicht mehr, weil sich der Verdacht der Brandstiftung gegen E sofort erhärtet.

Prüfen Sie gutachterlich, ob sich B und E nach dem StGB strafbar gemacht haben.

Nicht zu prüfen sind §§ 211 bis 222 StGB.

Gutachten

A. Strafbarkeit des B

I. Strafbarkeit des B wegen Brandstiftung, § 306 I Nr. 1, 2, 3 StGB

Der B könnte sich wegen Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1, 2, 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Gebäude des E in Brand setzte.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste es sich bei der Gewerbeimmobilie und dem Parkhaus um Gebäude i. S. d. § 306 I Nr. 1 StGB handeln. Hierunter werden mit dem Erdboden verbundene und mit Wänden und Dach versehene Bauwerke verstanden. Bei lebensnaher Betrachtung ist mit Blick auf beide Immobilien von einer solchen Ausstattung auszugehen, sodass diese als Gebäude zu qualifizieren sind. Bei der Gewerbeimmobilie handelt es sich zusätzlich um eine Betriebsstätte i. S. d. § 306 I Nr. 2 StGB, die zudem ein Warenlager, § 306 I Nr. 3 StGB, enthält. Sodann ist notwendig, dass es sich bei diesen Gebäuden um für den Täter fremde Gebäude handelt. Fremdheit ist dann gegeben, wenn die Sache im Allein-, Mit- oder Gesamthandseigentum eines anderen steht. Hier standen die Gebäude im Alleineigentum des E und waren folglich für B fremd. Zur Verwirklichung der Tathandlung müssten die Immobilien des E außerdem zumindest in Brand gesetzt worden sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Sache so vom Feuer erfasst ist, dass sie aus eigener Kraft, also ohne Fortwirkung des Zündstoffes, weiterbrennen kann. Das Feuer griff hier so auf die Tatobjekte über, dass

diese restlos ausbrannten. Damit ist ein Inbrandsetzen gegeben. Dafür müsste die Handlung des B auch kausal gewesen sein. Kausal ist nach der Äquivalenztheorie jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfele. In der Tatnacht verschüttete der B Benzin in der Ladenfläche der Gewerbeimmobilie und im Parkhaus und zündete dieses an. Hätte B dies nicht getan, wären die Gebäude nicht ausgebrannt. Daher war die Handlung des B kausal. Die erforderliche objektive Zurechnung erfordert außerdem, dass sich die vom Täter geschaffene Gefahr im tatbestandlichen Erfolg realisiert. Hier hat sich die von B geschaffene Gefahr durch das Inbrandsetzen des Benzins konkret dadurch ausgewirkt, dass diese Feuergefährlichkeit in der Folge ein Niederbrennen der in Rede stehenden Gebäude zur Konsequenz hatte. Somit liegt auch die objektive Zurechnung vor. Der objektive Tatbestand ist mithin erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

Auf subjektiver Ebene bedarf es des Vorsatzes des Täters, § 15 StGB. Vorsatz beschreibt den Willen des Täters zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände. B wusste um die Gefahr des Feuers und die Folgen seines Handelns. Auch kam es ihm nach der Absprache mit dem E gerade darauf an, dass die Gebäude des E ausbrannten. B handelte mithin vorsätzlich in Form von *dolus directus* 1. Grades.

2. Rechtswidrigkeit

Weitere Voraussetzung der Strafbarkeit des B ist, dass er rechtswidrig gehandelt hat. Dies wäre nur dann der Fall, wenn keine die Rechtswidrigkeit ausschließenden Tatsachen vorlägen. Zweifel an der Rechtswidrigkeit ergeben sich jedoch aus der in Frage kommenden Anstiftung seitens des E. Nach überwiegender Auffassung ist die Brandstiftung gem. § 306 StGB ein Spezialfall der Sachbeschädigungsdelikte, dem lediglich ein Element der Gemeingefährlichkeit anhaftet. Insofern ist eine rechtfertigende Einwilligung des Eigentümers grundsätzlich möglich. Eine solche ist hier konkludent in der möglichen Anstiftungshandlung des E zu sehen. Diese Einwilligung erfolgte vor Tatbegehung und war mangels anderweitiger Angaben frei von Willensmängeln. B handelte daher nicht rechtswidrig.

3. Ergebnis

B ist nicht strafbar gem. § 306 I Nr. 1, 2, 3 StGB.

II. Strafbarkeit des B wegen schwerer Brandstiftung, § 306 a I StGB

B könnte sich aber durch dieselbe Handlung wegen schwerer Brandstiftung gem. § 306 a I StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) § 306 a I Nr. 1 StGB

In Betracht kommt zunächst die Verwirklichung des § 306 a I Nr. 1 StGB, denn bei der Gewerbeimmobilie könnte es sich um ein Gebäude handeln, das der Wohnung von Menschen dient. Wenngleich eine tatsächliche Anwesenheit des Bewohners nicht erforderlich ist, muss die Wohnung jedenfalls tatsächlich von mindestens einem Menschen bewohnt werden. Tatsächlich befand sich in der Gewerbeimmobilie eine von E genutzte private Wohnung. Fraglich ist jedoch, ob diese Wohnung zum Zeitpunkt der Brandlegung durch B noch der Wohnung von Menschen dienen sollte, denn es kann nicht davon ausgegangen werden, dass E die Absicht hatte, die Wohnung nach der Brandstiftung weiter für sich zu nutzen. Durch die mögliche Anstiftungshandlung des E könnte daher eine Entwidmung des Gebäudes vorliegen, die tatbestandsausschließend wirkt. E wollte sich aus finanziellen Gründen von den Immobilien trennen und diese deshalb durch den B abbrennen lassen. Dieser Wille bezog sich notwendigerweise auch auf die in der Gewerbeimmobilie belegene Wohnung des E. Ab dem Zeitpunkt der Anstiftung, spätestens ab dem verabredeten Zeitpunkt der durch B begangenen Haupttat, wollte E seine Wohnung nicht mehr als solche nutzen. Eine Entwidmung liegt folglich vor. Der objektive Tatbestand des § 306 a I Nr. 1 StGB ist daher nicht erfüllt.

bb) § 306 a I Nr. 3 StGB

Auch § 306 a I Nr. 3 StGB ist nicht einschlägig. Zwar ist das Parkhaus eine Räumlichkeit, die zeitweise dem Aufenthalt von Menschen dient, jedoch ist die Nacht zwischen Pfingstsonntag und -sonntag keine Zeit, in der Menschen sich dort aufzuhalten pflegen.

b) Zwischenergebnis Tatbestand

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

B ist nicht strafbar gem. § 306 a I StGB.

III. Strafbarkeit des B wegen schwerer Brandstiftung, § 306 a II StGB.

B könnte sich aber durch dieselbe Handlung einer schweren Brandstiftung gem. § 306 a II StGB schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Für die Strafbarkeit wegen schwerer Brandstiftung gem. § 306 a II StGB ist durch den Verweis erforderlich, dass der Täter eine in § 306 I Nr. 1–6 StGB bezeichnete Sache in Brand gesetzt hat. Wie dargelegt hat der B die Gewerbeimmobilie und das Parkhaus des E in Brand ge-

setzt und damit den objektiven Tatbestand des § 306 I Nr. 1–3 StGB erfüllt. Die Fremdheit des Tatobjektes ist bei § 306a II StGB gerade nicht erforderlich. Beide Gebäude wurden durch die Brandlegung des B zugleich zerstört, da ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig aufgehoben wurde. Zusätzlich ist erforderlich, dass der Täter durch die Brandsetzung einen anderen Menschen in die Gefahr einer Gesundheitsschädigung bringt. B hat sich aus Angst vor Entdeckung vor Beginn seiner Brandlegung nicht vergewissert, ob sich Personen im Tatobjekt aufhielten. Dies hatte zur Folge, dass er auf den O nicht aufmerksam wurde und der O durch die Brandsetzung ums Leben kam. Sowohl durch die Brandlegung, als auch durch die unterbliebene Vergewisserung hinsichtlich des Aufenthaltes von Personen im Tatobjekt, hat der B den Tod des O kausal verursacht. Dies ist ihm wegen der von ihm geschaffenen Gefahr der Brandlegung auch objektiv zurechenbar, denn die Gefahr einer Gesundheitsschädigung bzw. der Tod eines Menschen ist typische Folge der Gemeingefährlichkeit des Feuers. Die Gefahr der Gesundheitsschädigung liegt damit hier als Durchgangsstadium der Tötung vor. Der objektive Tatbestand ist folglich erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich in Bezug auf die Tathandlung des Inbrandsetzens. Fraglich ist allerdings, ob sich dieser Vorsatz auch auf die Herbeiführung der Gesundheitsschädigung des O bezog, denn B wusste nicht um die Anwesenheit des O und nahm daher die Schädigung seiner Gesundheit oder gar dessen Tod auch nicht billigend in Kauf. Daher ist für die Annahme eines Vorsatzes des B in Bezug auf die Verursachung der Gefahr für die Gesundheit des O kein Raum. B handelte folglich nicht vorsätzlich i. S. d. § 306a II StGB.

2. Ergebnis

B ist nicht strafbar gem. § 306a II StGB.

IV. Strafbarkeit des B wegen besonders schwerer Brandstiftung, § 306 b I Alt. 1, II Nr. 1, 2 StGB

B könnte aber durch dieselbe Handlung eine besonders schwere Brandstiftung gem. § 306b I Alt. 1, II Nr. 1, 2 StGB verwirklicht haben.

1. Tatbestand

Der Tatbestand des § 306b StGB setzt eine Brandstiftung nach § 306 oder 306a StGB voraus. Eine solche liegt hier jedoch nicht vor.

2. Ergebnis

B ist nicht strafbar gem. § 306b StGB.

V. Strafbarkeit des B gem. § 306 c StGB wegen Brandstiftung mit Todesfolge

Als Qualifikationstatbestand setzt auch § 306c StGB eine Brandstiftung nach den §§ 306–306b StGB voraus. Diese liegt hier nicht vor. Eine Strafbarkeit des B gemäß § 306c StGB scheidet somit aus.

VI. Strafbarkeit des B wegen fahrlässiger Brandstiftung, § 306 d I Alt. 2 StGB

B könnte sich jedoch durch dieselbe Handlung wegen fahrlässiger Brandstiftung gem. § 306d I Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Die vorsätzliche Tathandlung der Brandlegung i. S. d. § 306a II StGB liegt, wie dargelegt, vor. Gem. § 306d I Alt. 2 StGB ist strafbar, wer im Falle des § 306a II StGB die Gefahr fahrlässig verursacht. Fahrlässig handelt, wer die erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. B müsste demnach unter Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt den Tod des O und damit als Durchgangsstadium dessen Gesundheitsschädigung herbeigeführt haben. Es muss davon ausgegangen werden, dass dem B bei gehöriger Anwendung seiner Sorgfaltspflichten die Anwesenheit des O im Parkhaus vor der Brandlegung aufgefallen wäre. Der Aufenthalt des O im Parkhaus war daher für den B objektiv vorhersehbar und vermeidbar. In Bezug auf die Gefahrschaffung zu Lasten des O handelte B daher fahrlässig.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte zudem rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

B ist strafbar gem. § 306d I Alt. 2 StGB wegen fahrlässiger Brandstiftung.

VII. Strafbarkeit des B wegen Herbeiführens einer Brandgefahr gem. § 306 f I Nr. 1 StGB

B könnte wegen Herbeiführens einer Brandgefahr gem. § 306f I Nr. 1 StGB strafbar sein. Dafür, dass es sich bei der Gewerbeimmobilie um einen feuergefährdeten Betrieb gehandelt hat, gibt es jedoch keine Anhaltspunkte.

B ist daher nicht strafbar gem. § 306f StGB.

VIII. Strafbarkeit des B wegen Zerstörung von Bauwerken, § 305 I StGB

B könnte sich durch die Brandlegung der Zerstörung von Bauwerken gem. § 305 I StGB schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand**

Dies setzt voraus, dass er eines der in § 305 I StGB genannten Tatobjekte zerstört hat. Bei den niedergebrannten Immobilien handelt es sich um Gebäude, die im Eigentum des E stehen und somit für B fremd sind. Diese wurden durch das von B gelegte Feuer ganz zerstört, da sie durch das restlose Ausbrennen ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig verloren haben. Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

B handelte in Bezug auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes vorsätzlich, § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit der Handlung des B könnte indes auch hier durch die Einwilligung des E entfallen. Dieser hat durch seine Anstiftung konkludent in die Zerstörung seiner Immobilien eingewilligt, sodass B auch hier nicht rechtswidrig handelte.

3. Ergebnis

B ist nicht strafbar gem. § 305 I StGB.

IX. Strafbarkeit des B wegen Sachbeschädigung, § 303 I StGB

Auch bei der Sachbeschädigung nach § 303 I StGB entfällt die Rechtswidrigkeit durch die konkludente Einwilligung des E. B ist daher nicht strafbar gem. § 303 I StGB.

X. Strafbarkeit des B wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 1, 5 StGB, zu Lasten O

Wie bereits festgestellt, ist der O in Folge des Feuers gestorben. Die Körperverletzungsdelikte stellen auf dem Wege zum Tod notwendige Durchgangsdelikte dar. Fraglich ist jedoch, ob auch der subjektive Tatbestand für eine Körperverletzung erfüllt ist. Hierzu wurde bereits dargestellt, dass der B wegen seines fehlenden Wissens in Bezug auf die Anwesenheit des O keinen diesbezüglichen Vorsatz hatte. Die Strafbarkeit scheidet daher am fehlenden Vorsatz des B.

XI. Strafbarkeit des B wegen fahrlässiger Körperverletzung, § 229 StGB

In Betracht kommt indessen eine Strafbarkeit des B wegen fahrlässiger Körperverletzung. Der B wäre bei Beachtung seiner Sorgfaltspflichten der Anwesenheit des O gewahr geworden. Nur wegen Außerachtlassung dieser Pflicht kam es dazu, dass der von B im Parkhaus gelegte

Brand den Tod des O zur Folge hatte. B ist daher im Ergebnis strafbar wegen fahrlässiger Körperverletzung.

XII. Strafbarkeit des B wegen schweren Betruges, § 263 I, III Nr. 5 StGB

B könnte außerdem strafbar sein wegen schweren Betruges gem. § 263 I, III Nr. 5 StGB. Die Erfüllung des Regelbeispiels aus Nr. 5 kommt deshalb in Betracht, weil es sich bei den Immobilien des E um Sachen von bedeutendem Wert handeln könnte, die zur Vortäuschung eines Versicherungsfalles in Brand gesetzt wurden. Zur Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals „hoher Wert“ werden Beträge herangezogen, deren Mindestsumme verschiedentlich zwischen 750,- € und 1.300,- € definiert wird. Bei lebensnaher Betrachtung kann davon ausgegangen werden, dass die Immobilien des E diesen Betrag bei Weitem übersteigen, sodass dieser Streit dahinstehen kann. Somit handelt es sich bei den Gebäuden des E um Sachen von bedeutendem Wert, die in Brand gesetzt wurden. Für einen Betrug ist zunächst eine Täuschung erforderlich, die bei dem Tatopfer zu einem Irrtum, also einem Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit führen soll. Anknüpfungspunkt hierfür ist jedoch nicht eine Brandstiftung selbst, sondern erst eine Schadensmeldung an den Versicherer, die zu dessen Irrtum führen soll. Eine solche Schadensmeldung wurde vorliegend jedoch von den Beteiligten nicht erstellt. Die Strafbarkeit des B gem. § 263 I, III Nr. 5 StGB ist daher nicht gegeben.

XIII. Strafbarkeit des B wegen Versicherungsmisbrauchs, § 265 I StGB

B könnte sich aber gem. § 265 I StGB strafbar gemacht haben, indem er die Gebäude niederbrannte.

1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand**

Bei den Immobilien des E handelte es sich um versicherte Sachen i. S. d. § 265 I StGB. Diese wurden von B auch zerstört.

b) Subjektiver Tatbestand

Dies müsste B getan haben, um sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen. B wusste um die Motivation des E, die darauf gerichtet war, die Versicherungssumme im Zuge der durch B herbeigeführten Brandfolgen zu erlangen. Daher kam es ihm bei der Tat gerade auf die Auszahlung der Versicherungssumme an den E an. Zudem liegt Vorsatz in Bezug auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes vor.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Subsidiarität

Die Strafbarkeit wegen Versicherungsmisbrauchs ist wegen der Subsidiaritätsklausel des § 265 I StGB a. E. jedoch nur dann gegeben, wenn die Tat nicht in § 263 StGB mit Strafe bedroht ist. Wie dargelegt, ist B nicht strafbar gem. § 263 StGB. Die Subsidiaritätsklausel des § 265 I StGB a. E. greift somit hier nicht.

4. Ergebnis

B ist strafbar gemäß § 265 I StGB.

XIV. Strafbarkeit des B wegen Hausfriedensbruchs, § 123 StGB

Die Strafbarkeit des B wegen Hausfriedensbruchs scheidet ebenfalls an der konkludenten Einwilligung des E.

XV. Ergebnis für B

B ist strafbar gem. §§ 306d I Alt. 2, 265, 229, 52 StGB.

Die Straftaten schützen unterschiedliche Rechtsgüter. Sie stehen daher zueinander in Tateinheit.

B. Strafbarkeit des E

I. Strafbarkeit des E wegen mittäterschaftlicher Begehung der fahrlässigen Brandstiftung, §§ 306 d I, 25 II StGB

E könnte sich der fahrlässigen Brandstiftung in mittäterschaftlicher Begehung schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand

Vorrangig sind zur Bejahung einer mittäterschaftlichen Tatbegehung ein gemeinsamer Tatplan und die gemeinsame Tatausführung erforderlich. E und B legten durch ihr Gespräch zwar einen gemeinsamen Tatplan fest, jedoch ist fraglich, ob auch die Tatausführung gemeinschaftlich begangen wurde. Zur Frage, was für die Annahme der Täterschaft erforderlich ist, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Nach der subjektiven Theorie ist jeder Täter, der für die Verwirklichung des Taterfolges ursächlich ist. Zudem sei hinsichtlich des subjektiven Kriteriums zu fragen, ob der Täter die Tat auch als eigene will (animus auctoris). Teilnehmer sei hingegen, wer mit Teilnehmerwillen handelt (animus socii). E war Eigentümer der zerstörten Immobilien und allein ihm kam es auf deren Inbrandsetzung zur Erlangung der Versicherungssumme an. In subjektiver Hinsicht wollte E die Tat somit als eigene, was ihn nach der animus-Theorie als Mittäter qualifiziert. In Abgrenzung dazu ist nach der Tatherrschaftslehre derjenige Täter, wer das tatbestandliche Geschehen kraft seines planvoll lenkenden Wissens in der Hand hält. Gehandelt hat hier ausschließlich der B.

E hingegen hat während der Tatausführung keinerlei eigenen Beitrag geleistet und hatte auch nicht die Möglichkeit, steuernd in das Geschehen einzugreifen. Nach der Tatherrschaftslehre wäre E folglich nur Teilnehmer.

Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Streit zu entscheiden. Die rein subjektive Theorie stellt ausschließlich auf subjektive Merkmale ab und übersieht dabei das Erfordernis des § 25 I Alt. 1 StGB. Demnach ist Täter derjenige, der die Tat selbst begeht. Eine Überschreitung dieses Wortlautes vermag die animus-Theorie nicht zu rechtfertigen. Vorzugswürdig ist somit die Tatherrschaftslehre. Sie kombiniert objektive mit subjektiven Merkmalen zur Bestimmung der Täterschaft und vermeidet dabei die der animus-Theorie eigenen Mängel. Im Ergebnis ist der E daher nicht Täter und hat keinen Beitrag zu einer gemeinsamen Tatausführung geleistet. Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

E ist nicht strafbar gem. § 306 d I, 25 II StGB.

II. Strafbarkeit des E gem. §§ 306 d I Alt. 2, 26 StGB wegen Anstiftung zur fahrlässigen Brandstiftung

E könnte sich allerdings wegen einer Anstiftung zur fahrlässigen Brandstiftung gem. §§ 306 d I Alt. 2, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er den B zur Inbrandsetzung seiner Immobilien überredete.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Für eine Strafbarkeit des E als Anstifter ist eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen erforderlich. Diese könnte in der fahrlässigen Brandstiftung gem. § 306 d I Alt. 2 StGB, begangen durch B, zu sehen sein. Bedenklich erscheint dies zunächst deshalb, weil es sich bei diesem Delikt um eine Vorsatz-/Fahrlässigkeitskombination handelt und daher möglicherweise das Erfordernis des § 26 StGB nicht erfüllt sein könnte. Jedoch normiert § 12 II StGB, dass eine Tat dann als vorsätzlich anzusehen ist, wenn die Tathandlung Vorsatz voraussetzt und für die Folge Fahrlässigkeit ausreichen lässt. Dies ist bei § 306 d I Alt. 2 StGB der Fall, sodass eine für eine Anstiftung taugliche, vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat in Form der fahrlässigen Brandstiftung vorliegt.

Zu dieser Tat müsste der E den B auch bestimmt haben. Ungeachtet des differenzierten Meinungsstandes zum Tatbestandsmerkmal des Bestimmens, liegt in dem Überreden des B durch E nach allen Auffassungen ein Bestimmen i. S. d. § 26 StGB. Der objektive Tatbestand ist mithin erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

Der E hatte auch den für § 26 StGB erforderlichen doppelten Anstiftervorsatz, der sich sowohl auf die Haupttat als auch auf das „Bestimmen“ bezog.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

E handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

E ist strafbar gem. §§ 306d I, 26 StGB.

III. Strafbarkeit des E wegen Anstiftung zum Versicherungsmissbrauch, §§ 265, 26 StGB.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der Versicherungsmissbrauch, § 265 StGB, liegt als vorsätzlich begangene, rechtswidrige Haupttat vor, begangen durch B. Dazu hat E den B auch bestimmt.

b) Subjektiver Tatbestand

E hatte auch hier doppelten Anstiftervorsatz in Bezug auf die Haupttat und die Anstiftungshandlung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

E handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

E ist strafbar wegen Anstiftung zum Versicherungsmissbrauch, §§ 265, 26 StGB.

IV. Strafbarkeit des E wegen Brandstiftung mit Todesfolge in mittelbarer Täterschaft, §§ 306c, 25 I Alt. 2 StGB.

Zudem könnte der E sich einer Brandstiftung mit Todesfolge in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 306c, 25 I Alt. 2 StGB schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand

E selbst hat keinerlei Tatbeitrag zur Brandstiftung geliefert. Er wäre jedoch dann wegen Brandstiftung mit Todesfolge in mittelbarer Täterschaft strafbar, wenn er die Tat durch einen anderen begangen hätte und ihm diese Tathandlung zugerechnet werden könnte. Dies setzt einen sog. Defekt des unmittelbar handelnden Haupttäters voraus, während der Hintermann das Tatgeschehen kraft seines planvoll lenkenden Wissens in der Hand hält. Konkret könnte hier der E den B als vorsatzlos doloses Werkzeug gegen den O gebraucht haben. Dies rührt aus dem Umstand, dass der B nichts von der Anwesenheit des O im Parkhaus wusste, während E Kenntnis davon hatte, dass sich der O regelmäßig im Parkhaus aufhielt. B hatte daher einen Defekt in Form des fehlenden Vorsatzes bezüglich der Anwesenheit des O. E hingegen nahm den Tod des O bei seiner Anstiftungshandlung bewusst

in Kauf und handelte daher mit dolus eventualis. Deshalb kann die Tathandlung des unmittelbar handelnden B dem E zugerechnet werden. Der Tatbestand ist damit erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

E handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

E ist daher strafbar gem. §§ 306c, 25 I Alt. 2 StGB.

V. Strafbarkeit des E wegen besonders schwerer Brandstiftung in mittelbarer Täterschaft, §§ 306b I Alt. 1, 25 I Alt. 2 StGB

Die Strafbarkeit gem. §§ 306b I Alt. 1, 25 I Alt. 2 StGB ist durch die Strafbarkeit gem. §§ 306c, 25 I Alt. 2 StGB gleichzeitig mitverwirklicht.

VI. Konkurrenzen für E

1. §§ 306b I Alt. 1, 25 I Alt. 2 StGB tritt wegen Spezialität hinter §§ 306c, 25 I Alt. 2 StGB zurück.

2. §§ 306d I, 26 StGB tritt ebenfalls hinter §§ 306c, 25 I Alt. 2 StGB wegen Spezialität zurück.

E ist strafbar gem. §§ 306c, 25 I Alt. 2 StGB in Tateinheit mit §§ 265, 26 StGB.

C. Gesamtergebnis

I. Strafbarkeit des B:

B ist strafbar wegen fahrlässiger Brandstiftung jeweils in Tateinheit mit Versicherungsmissbrauch und fahrlässiger Körperverletzung gem. §§ 306d I, 265, 229, 52 StGB.

II. Strafbarkeit des E:

E ist strafbar wegen Brandstiftung mit Todesfolge in mittelbarer Täterschaft in Tateinheit mit Anstiftung zum Versicherungsmissbrauch gem. §§ 306c I, 25 I Alt. 2, 265, 26, 52 StGB.

AUFSÄTZE
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSSPRECHUNG
REZENSIONEN

Sebastian Böse*

Hausarbeit Grundrechte: Informationsfreiheit

Im Mittelpunkt der Hausarbeit steht das Grundrecht auf Informationsfreiheit und damit auch das aktuelle Thema der Öffentlichkeit von Verwaltung. Behandelt werden insbesondere die Fragen eines voraussetzungslosen Anspruchs von Bürger/innen auf Zugang zu Verwaltungsunterlagen und des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage seit Erlass des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes (IFG).

Sachverhalt

Der Rentner K setzt sich aus Gründen persönlichen Engagements für den Schutz von Arbeitnehmer/innen gegen illegale Beschäftigung ein. B betreibt in der Stadt, in der K wohnt, ein mittelständisches Unternehmen zur Herstellung von Backwaren. Wegen der Billigpreise, zu denen die Backwaren abgegeben werden, vermutet K, dass B illegal Beschäftigte einsetzt, und entscheidet sich deswegen, alle gewinnbaren Informationen über das Unternehmen einzuholen. Aus anderen Quellen weiß er, dass das Unternehmen eine staatliche Subvention aus einem Fonds zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft seitens des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie erhalten hat.

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2009 stellt K beim Ministerium den Antrag, ihm erstens Auskunft darüber zu erteilen, in welcher Höhe das Unternehmen des B eine Zuwendung aus dem Förderfonds erhalten habe, und ihm zweitens Einsicht in die Akte über die Bewilligung dieser Förderung zu gewähren. Im Antrag weist er auf sein persönliches Engagement hinsichtlich illegaler Beschäftigungsverhältnisse und auf sein Interesse, sich über das Unternehmen angesichts dessen niedriger Vertriebspreise zu informieren, hin. Eine weitere Begründung seiner Begehren liefert er nicht.

Das Ministerium gibt zunächst dem B Gelegenheit zur Stellungnahme. In diesem Rahmen teilt B mit, aus seiner Sicht sei der Antrag insgesamt abzulehnen. Sowohl der erbetenen Auskunft als auch dem Einsichtsantrag stehe der Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen

entgegen. Die Auskunft über die erhaltene Subvention sei für Wettbewerber/innen interessant und wettbewerbsrelevant, da nicht verhindert werden könne, sondern sogar nahe liege, dass die Information nach Mitteilung an den K öffentlich gemacht werde. Da die Akte über die Bewilligung der Förderung eine Vielzahl von Angaben über seinen Betrieb enthalte, und zwar nicht nur die Angaben, die er zum Erhalt der Förderung über Betriebsabläufe und über die Vermögenslage habe machen müssen, sei der gesamte Akteninhalt geheimzuhalten.

Das Ministerium lehnt daraufhin den Antrag des K mit Bescheid vom 8. Dezember 2009 in vollem Umfang ab. Die Begründung des Bescheides entspricht der Argumentation des B.

Nach Erschöpfung des Rechtswegs erhebt K form- und fristgerecht, insbesondere mit hinreichend substantiierter Begründung, Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des Ministeriums und die bestätigenden Gerichtsentscheidungen.

Hat die Verfassungsbeschwerde Aussicht auf Erfolg?

Gutachten

Die Verfassungsbeschwerde des K hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde müsste zulässig sein.

I. Zuständigkeit

Zunächst müsste das Bundesverfassungsgericht für den Entscheid einer Verfassungsbeschwerde zuständig sein. Nach Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG entscheidet das Bundesverfassungsgericht über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein. Das Bundesverfassungsgericht ist also für den Entscheid einer Verfassungsbeschwerde zuständig.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Hausarbeit, die im Sommersemester 2010 zur Vorlesung Staatsrecht II – Grundrechte von Prof. Dr. iur. Marion Albers an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „sehr gut“ bewertet. Die Bearbeitung stellt keine exemplarische Musterlösung dar.

II. Beschwerdeberechtigung

Der Antragsteller müsste auch beschwerdeberechtigt sein. Nach Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 I BVerfGG ist „Jedermann“ berechtigt, Verfassungsbeschwerde zu erheben. Dies umfasst zumindest alle natürlichen Personen und auch juristische Personen des Privatrechts.¹ Der K ist eine natürliche Person, folglich ist er berechtigt, Verfassungsbeschwerde zu erheben.

III. Beschwerdegegenstand

Weiter müsste ein zulässiger Beschwerdegegenstand vorliegen. Zulässiger Beschwerdegegenstand ist nach Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG jeder Akt öffentlicher Gewalt. Der Begriff der öffentlichen Gewalt umfasst die vollziehende Gewalt, die Rechtsprechung und die Gesetzgebung.² Die Entscheidung des Ministeriums und die bestätigenden Gerichtsentscheidungen sind folglich Akte öffentlicher Gewalt. Ein zulässiger Beschwerdegegenstand liegt somit vor.

IV. Beschwerdebefugnis

Der Antragsteller müsste auch beschwerdebefugt sein. Beschwerdebefugt ist nach Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG, wer behaupten kann, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein. Hierfür muss eine Verletzung zumindest als möglich erscheinen und darf nicht offensichtlich ausgeschlossen sein.³ Die Möglichkeit der Verletzung muss substantiiert dargelegt werden. Der K macht geltend, er wolle sich über die Bäckerei des B aus den Unterlagen der Verwaltung informieren. Das Ministerium verweigert ihm den Zugang zu den Informationen über die Bäckerei. Diese Entscheidung wird von den Gerichten bestätigt. Nach Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG hat jeder das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu informieren. Folglich scheint eine Verletzung dieses Rechtes durch die Entscheidung des Ministeriums und die sie bestätigenden Gerichte zumindest möglich. Der K hat seine Beschwerde auch hinreichend substantiiert begründet.

Ferner müsste der K selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.⁴ Selbstbetroffenheit setzt eine Beschwer in der eigenen Person voraus. Gegenwärtigkeit liegt vor, wenn die Rechtsverletzung nicht erst in der Zukunft eintritt.⁵ Unmittelbarkeit bedeutet, dass es keiner weiteren

Vollzugsakte mehr bedarf.⁶ Das Ministerium lehnte den Antrag auf Auskunft und Einsicht in die Akten des K ab. Der K ist durch diese Entscheidung selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen. Die bestätigenden Urteile ergingen gegen den K, er ist also auch von diesen selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen. Folglich ist der K beschwerdebefugt nach Art. 93 I Nr. 4a, § 90 I BVerfGG.

V. Rechtswegerschöpfung

Soweit gegen die Akte der öffentlichen Gewalt der Rechtsweg eröffnet ist, muss dieser nach § 90 II S. 1 BVerfGG grundsätzlich erschöpft sein, bevor das Bundesverfassungsgericht die Beschwerde zum Entscheid annimmt. Es wurden alle Instanzen durchlaufen. Der Rechtsweg ist also erschöpft.

VI. Subsidiarität

Weiterhin muss bei der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde der Grundsatz der Subsidiarität beachtet werden. Abgesehen von der Erschöpfung des Rechtswegs soll die gerügte Grundrechtsverletzung durch die Gerichte oder andere Organe auf keine andere Weise beseitigt werden können. Andere Möglichkeiten der Grundrechtswahrung kommen nicht in Betracht.

VII. Form und Frist

Die Formanforderungen der §§ 23 I S. 2, 92 BVerfGG sowie die Frist des § 93 III BVerfGG müssten gewahrt worden sein. Der K hat seine Beschwerde form- und fristgerecht, insbesondere mit hinreichend substantiierter Begründung, erhoben.

VIII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des K ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde des K müsste auch begründet sein. Eine Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die öffentliche Gewalt in ein Grundrecht des Antragstellers eingegriffen hat, ohne dass dies verfassungsrechtlich gerechtfertigt wäre.

I. Informationsfreiheit, Art. 5 I S. 1 GG

Die Entscheidung des Ministeriums und die bestätigenden Gerichtsurteile könnten das Recht des K auf In-

¹ Jörn Ipsen, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 21. Aufl. 2009, Rn. 951.

² Jörn Ipsen, StaatsR I, 21. Aufl. 2009, Rn. 952.

³ Jörn Ipsen, StaatsR I, 21. Aufl. 2009, Rn. 954.

⁴ BVerfG vom 12.02.1986, BVerfGE 72, 1 (5f.); BVerfG vom 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 (171).

⁵ BVerfG vom 18.05.1982, BVerfGE 60, 360 (371); BVerfG vom 12.02.1986, BVerfGE 72, 1 (5f.); BVerfG vom 14.01.1998, BVerfGE 97,

157 (164).

⁶ BVerfG vom 04.12.1979, BVerfGE 53, 1 (14); BVerfG vom 14.01.1998, BVerfGE 97, 157 (164); BVerfG vom 14.07.1999, BVerfGE 100, 313 (354).

formationsfreiheit aus Art. 5 I S. 1 GG verletzt haben. Dieses stellt ein eigenständiges Grundrecht neben der Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 I GG dar.⁷

1. Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 GG müsste eröffnet sein, sowohl in personeller als auch in sachlicher Hinsicht.

a) Personeller Schutzbereich

Nach Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG hat jeder das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Vom Schutzbereich der Informationsfreiheit umfasst ist also zunächst jeder Mensch ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit oder sein Alter.⁸ Der K als natürliche Person ist unproblematisch vom Schutzbereich umfasst.

b) Sachlicher Schutzbereich

Weiterhin muss der sachliche Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG eröffnet sein. Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG schützt die Freiheit, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Informationsfreiheit des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG ist Voraussetzung für eine möglichst gut informierte demokratische Öffentlichkeit und für die öffentliche Meinungsbildung.⁹ Durch die Informationsfreiheit wird die Meinungsfreiheit des Art. 5 I S. 1 Alt. 1 GG und die Freiheit der Medienberichterstattung aus Art. 5 I S. 2 GG aus Empfängersicht ergänzt und der Kommunikationsprozess somit umfassend geschützt.¹⁰ Der durch Meinungs- und Pressefreiheit nur passiv geschützte Empfänger von Informationen erhält mit Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG einen eigenen, selbstständigen grundrechtlichen Schutz der Beschaffung und des Empfangs von Informationen, Informationsfreiheit ist Rezipientenfreiheit.¹¹

aa) Informationsquelle

Der Begriff der Informationsquelle ist weit zu verstehen. In Betracht kommt jeder Träger von Informationen. Die Art der Information spielt keine Rolle.¹² Unterlagen und

Akten stellen als Träger von Informationen somit unproblematisch Informationsquellen dar.

bb) Allgemeinzugänglichkeit

Maßgeblich für die Reichweite des sachlichen Schutzbereiches ist, was unter einer allgemein zugänglichen Quelle zu verstehen ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Informationsquelle in der Regel dann allgemein zugänglich, wenn sie technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen.¹³ Allgemein anerkannt ist, dass für die technische Eignung die tatsächliche Art der Abgabe maßgebend ist, die Allgemeinzugänglichkeit wird faktisch bestimmt.¹⁴ Nicht ankommen kann es dabei aber auf die tatsächliche Erreichbarkeit der Informationsquelle. Andernfalls bliebe dem Staat die Möglichkeit, durch Bestimmungen und Verfügungen den Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG einzuengen.¹⁵ Die technische Eignung ist hinsichtlich Akten und Unterlagen gegeben, sie können ohne weitere technische Voraussetzungen eingesehen werden. Trotzdem ist umstritten, ob Verwaltungsunterlagen als allgemein zugängliche Quellen zu beurteilen sind und wie ein eventueller Anspruch des Einzelnen auf freien Zugang zu diesen herzuleiten ist.¹⁶

(1) Behördenunterlagen als Geheimnisse der Verwaltung

Eine Ansicht verneint einen Anspruch des Einzelnen auf Zugang zu Unterlagen der Behörden. Sie stützt sich dabei vor allem auf das Argument, Behördenunterlagen seien keine allgemein zugänglichen Quellen, wenn die Behörden sie geheim oder vertraulich behandeln, da sie dann nicht zur Information der Allgemeinheit bestimmt seien.¹⁷ Oft wird formuliert, Behördenunterlagen seien schon ihrer Natur nach keine allgemein zugänglichen Quellen.¹⁸ Es gelte insofern das Amtsgeheimnis und Geheimhaltungsprinzip.

Weiterhin wird auf die Entstehungsgeschichte des Art. 5 GG hingewiesen. Das Grundrecht der Informationsfreiheit stellt eine Reaktion auf die Erfahrungen mit der NS-Diktatur dar, welche insbesondere das Hören und Sehen

⁷ BVerfG vom 03.10.1969, BVerfGE 27, 71 (81); BVerfG vom 26.05.1981, BVerfGE 57, 250 (270); *Jörn Ipsen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 12. Aufl. 2009, Rn. 428; *Friedrich Schoch*, Das Grundrecht der Informationsfreiheit, in: Jura 2008, S. 25 (26); *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 5 I, II Rn. 27.

⁸ *Jörn Ipsen*, StaatsR II, 12. Aufl. 2009, Rn. 410; *Friedrich Schoch*, in: Jura 2008, S. 25 (31 f.).

⁹ BVerfG vom 03.10.1969, BVerfGE 27, 71 (81 f.); *Herbert Bethge*, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 5 Rn. 51; *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 5 I, II Rn. 56.

¹⁰ BVerfG vom 09.02.1994, BVerfGE 90, 27; BVerfG vom 24.03.1981, BVerfGE 57, 295; *Herbert Bethge*, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 5 Rn. 52; *Friedrich Schoch*, in: Jura 2008, S. 25 (26).

¹¹ *Friedrich Schoch*, in: Jura 2008, S. 25 (26).

¹² *Herbert Bethge*, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 5 Rn. 54; *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 5 I, II Rn. 57; *Christian Starck*, in: Das Bonner Grundgesetz, Band I, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 42; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, 2006, S. 1403.

¹³ BVerfG vom 03.10.1969, BVerfGE 27, 71 (83); BVerfG vom 25.04.1972, BVerfGE 33, 52 (65); BVerfG vom 09.02.1994, BVerfGE 90, 27; BVerfG vom 07.11.2000, BVerfGE 103, 44 (60); *Jörn Ipsen*, StaatsR II, 12. Aufl. 2009, Rn. 430.

¹⁴ BVerfG vom 03.10.1969, BVerfGE 27, 71 (84); *Friedrich Schoch*, in: Jura 2008, S. 25 (28 f.).

¹⁵ *Peter Lerche*, Aktuelle Grundfragen der Informationsfreiheit, in: Jura 1995, S. 561 (565); *Friedrich Schoch*, in: Jura 2008, S. 25 (29).

¹⁶ Übersicht zu den verschiedenen Ansichten bei: *Marion Albers*, Grundlagen und Ausgestaltung der Informationsfreiheitsgesetze, in: ZJS 2009, S. 614 (616 ff.).

¹⁷ *Marion Albers*, in: ZJS 2009, S. 614 (617); *Christian Starck*, in: Das Bonner Grundgesetz, Band I, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 49.

¹⁸ BVerwG vom 30.01.1986, NJW 1986, 1243.

ausländischer Rundfunkprogramme (sog. Feindsender) sowie das Lesen ausländischer Presseerzeugnisse unter Strafe stellte.¹⁹ Mit der Schaffung eines Grundrechts auf Informationsfreiheit sollten solche Praktiken dem Staat untersagt werden.²⁰ Es wird argumentiert, der Verfassungsgeber wollte nur bestehende Informationsquellen, namentlich die Massenkommunikationsmittel, vor derartigen Zugriffen sichern, jedoch keine neuen schaffen.²¹ Eine Interpretation von Verwaltungsunterlagen als allgemein zugängliche Quellen sei daher nicht mit den Absichten des Verfassungsgebers vereinbar.

Weiterhin wird auf die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte verwiesen.²² Diese komme auch im Wortlaut des Art. 5 GG zum Ausdruck, denn in Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG heiße es, die Unterrichtung aus den Informationsquellen dürfe „ungehindert“ erfolgen. Leistungsrechtliche Ansprüche seien somit ausgeschlossen. Da die Verfügbarmachung von Behördenunterlagen jedoch einen Leistungsanspruch darstelle, könne sich dieser nicht aus der als Abwehrrecht fungierenden Informationsfreiheit des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG ergeben.²³ Auch ein Anspruch auf Zugang zu Verwaltungsunterlagen unter Einfluss des in Art. 20 I GG verankerten Demokratieprinzips wird abgelehnt. Vor allem wird darauf hingewiesen, dass in Art. 20 I GG nicht mehr hinein interpretiert werden dürfe, als die Norm wirklich sagen wolle.²⁴

(2) Gebot zur Öffentlichkeit aus Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip

Eine weitere Ansicht sieht im Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip das Gebot für den Staat, Verwaltungsunterlagen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Hierbei wird zunächst auf Art. 20 II S. 1 GG hingewiesen, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Da Wissen oft auch Macht bedeute²⁵, bedürfe das nach Art. 20 II S. 1 GG vorrangig mächtige und Macht delegierende Volk der Information.²⁶ Die von den Staatsorganen ausgeübte Macht sei eine bloß vom Volk abgeleitete, daher stünden auch das Wissen und die Information der Verwaltung

grundsätzlich dem Volk zu.²⁷ Auch wird eine Analogie zum rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip Carl Schmitts gebildet und von einem demokratischen Verteilungsprinzip gesprochen.²⁸ So, wie grundrechtliche Freiheit prinzipiell rechtfertigungsfrei, staatliches Handeln hingegen begrenzt und rechtfertigungsbedürftig ist, so sei auch das Interesse des Bürgers an Informationen prinzipiell nicht rechtfertigungsbedürftig. Die Geheimhaltung von Informationen durch den Staat stelle somit einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die jedermann zustehende Informationsfreiheit dar.²⁹

Weiterhin wird darauf hingewiesen, dass nach Art. 20 II S. 1 GG jede staatliche Macht stets auf den Willen des Volkes zurückzuführen sein, durch ihn legitimiert werden muss. Ein solcher Zurechnungszusammenhang werde durch Wahlen und Abstimmungen i. S. v. Art. 20 II S. 2 GG jedoch nur unzureichend hergestellt. Die Legitimation setze eine ständige Wechselwirkung zwischen der Meinungsbildung des Volkes und der Willensbildung des Staates voraus, sie müsse als fortlaufender Prozess verstanden werden.³⁰ Dieser Anforderung würden Wahlen und Abstimmungen allein nicht gerecht. Abstimmungen seien ohnehin nur in Ausnahmesituationen vorgesehen und Wahlen seien erstens zu punktuelle Willensakte, um eine fortlaufende Legitimation staatlichen Handelns zu begründen, und zweitens zu generalisierte Willensakte, um eine umfassende Legitimation herzustellen.³¹ Die Voraussetzungen einer ausreichenden Legitimation i. S. d. Art. 20 II S. 2 GG, nämlich die ständige Wechselwirkung zwischen Staat und Volk, könne nur durch Öffentlichkeit und ständige öffentliche Diskussion erreicht werden.³²

Als weiteres Argument wird angeführt, der Begriff „Volk“ sei nicht bloß die Summe der einzelnen Individuen, sondern ein Kollektiv mit einer kollektiven Identität.³³ Diese Identität bilde sich durch Kommunikation.³⁴ Erst durch Öffentlichkeit als Voraussetzung für Kommunikation könne das „Volk“ also überhaupt entstehen, Öffentlichkeit sei daher ein unabdingbarer Bestandteil der grundgesetzlichen Demokratie.³⁵

¹⁹ Friedrich Schoch, in: Jura 2008, S. 25 (25).

²⁰ Friedrich Schoch, in: Jura 2008, S. 25 (25).

²¹ Wolfgang Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 65.

²² Herbert Bethge, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 5 Rn. 59a; Christoph Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 5 Rn. 10; Klaus Stern, StaatsR Band IV/1, 2006, S. 1408.

²³ Hans Dieter Jarass, in: ders., GG, 10. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 20; Klaus Stern, StaatsR Band IV/1, 2006, S. 1418.

²⁴ Hans-Ulrich Jerschke, Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse, 1971, S. 64; Wolfgang Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 59, 60.

²⁵ Joachim Scherer, „Öffentlichkeitsarbeit“ der Verwaltung und Informationsfreiheit des Bürgers, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Bürgernahe Verwaltung? – Analysen über das Verhältnis von Bürger und Verwaltung, 1979, S. 313; Friedrich Schoch, in: VVDStRL 57 (1998), S. 158 (180).

²⁶ Bernhard W. Wegener, Informationsfreiheit und Verfassungsrecht, in: Planung – Steuerung – Kontrolle, Festschrift für Richard Bartlspenger, 2006, S. 165 (172).

²⁷ Marion Albers, in: ZJS 2009, S. 614 (618); Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlspenger, 2006, S. 165 (173).

²⁸ Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlspenger, 2006, S. 165 (169 f.).

²⁹ Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlspenger, 2006, S. 165 (170).

³⁰ Arno Scherzberg, Von den arcana imperii zur freedom of information – Der lange Weg zur Öffentlichkeit der Verwaltung, in: ThürVBl. 2003, S. 193 (196); Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlspenger, 2006, S. 165 (173 f.).

³¹ Arno Scherzberg, in: ThürVBl. 2003, S. 193 (197).

³² Dieter Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, S. 8; Arno Scherzberg, in: ThürVBl. 2003, S. 193 (197).

³³ Arno Scherzberg, in: ThürVBl. 2003, S. 193 (196).

³⁴ Arno Scherzberg, in: ThürVBl. 2003, S. 193 (196).

³⁵ Marion Albers, in: ZJS 2009, S. 614 (618); Dieter Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, S. 6; Arno Scherz-

Auch wird darauf hingewiesen, dass durch die technologische Entwicklung, den beständigen Aufgabenzuwachs der Verwaltung, die Komplexität ihrer Tätigkeit, die Machtgewinne der Verwaltung im Prozess der Europäisierung und Internationalisierung ehemals nationalstaatlichen Handelns und damit einhergehend die zunehmende Eigenständigkeit der Verwaltung in ihrer Wahrnehmung von Planungs-, Abwägungs- und Ermessensspielräumen die Verwaltung immer schwächer an den Gesetzgeber gebunden sei und auch insofern die Legitimation der Verwaltung sich nicht mehr einfach aus der des Parlaments im Sinne einer Legitimationskette ableiten lasse.³⁶ Vielmehr bedürfe die Verwaltung eigener Legitimation, welche durch Öffentlichkeit hergestellt werden könne.³⁷ An dieser Stelle setzt auch die Argumentation mit Hilfe des Rechtsstaatsprinzips an. Einen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 III GG stellt das Prinzip der Gewaltenteilung und ihrer gegenseitigen Kontrolle dar. Aufgrund der oben dargestellten Entwicklung zu immer mehr Selbstständigkeit der Verwaltung verliere der Gesetzgeber an Kontrolle über die Verwaltung. Daher bedürfe es im modernen Rechtsstaat neuer Kontrollmechanismen und somit einer stärkeren Rückkopplung der Verwaltung an das Volk, um den Kontrollverlust zu kompensieren.³⁸ Eine öffentlich agierende Verwaltung würde sich zudem stärker selbst kontrollieren.³⁹ Eine weitere wesentliche Aussage des Rechtsstaatsprinzips des Art. 20 III GG ist, dass staatliches Handeln gegenüber dem Bürger berechenbar und voraussehbar sein muss. Hieraus könne sich die Pflicht zur Öffentlichkeit der Verwaltung ergeben, denn nur der informierte Bürger könne das staatliche Handeln voraussehen und seine Rechte effektiv nutzen.⁴⁰

(3) Beeinflussung des Schutzbereiches von Art. 5 I S. 1 GG durch das Informationsfreiheitsgesetz (IFG)

Am 01.01.2006 trat das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes in Kraft. § 1 IFG gesteht jedermann voraussetzungslosen Zugang zu Verwaltungsunterlagen zu.⁴¹ Nur unter bestimmten Ausnahmetatbeständen kann der Zugang verweigert werden. Fraglich ist, ob und gegebenenfalls wie das Verständnis des Schutzbereiches von Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG und insbesondere die Frage der

Allgemeinzugänglichkeit von Verwaltungsunterlagen mit Erlass des IFG neu zu bewerten ist. Ausgangspunkt der Argumentation einer Ansicht, die den Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG seit Erlass des IFG als eröffnet ansieht, ist die oben angeführte Definition des Bundesverfassungsgerichts, welche für die Allgemeinzugänglichkeit neben der technischen Eignung der Quelle auch auf die Bestimmung zur Information der Allgemeinheit durch ihren Inhaber abstellt. Zwar wird anerkannt, dass Verwaltungsunterlagen bisher (vor Inkrafttreten des IFG) keine allgemein zugänglichen Quellen waren, denn der Staat als Inhaber der Quellen hat sie nicht zur Information der Allgemeinheit bestimmt.⁴² Auch wird Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG als reines Abwehrrecht gegen den Staat gesehen, aus dem sich ein Leistungsanspruch auf Zugang zur Verwaltung unmittelbar nicht ableiten lasse.⁴³ Insofern unterscheidet sich diese Ansicht von derjenigen, die auch schon vor Erlass des IFG einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf freien Zugang zu Informationen der Verwaltung sah. Jedoch wird auch auf den objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte des Grundgesetzes hingewiesen.⁴⁴ Auch diese Ansicht erkennt somit die Rolle der Staatsstrukturbestimmungen an.⁴⁵ Dem objektivrechtlichen Gehalt der Informationsfreiheit sei z. B. die Pflicht zur staatlichen Gewährleistung der informationellen Grundversorgung zu entnehmen.⁴⁶ Statt eines subjektiven Anspruchs des Einzelnen folge aus dem objektivrechtlichen Gehalt des Grundrechts vielmehr die Aufgabe für den Gesetzgeber, gesetzliche Bestimmungen über den Zugang zu erlassen.⁴⁷ Da allgemeinzugängliche Quellen solche seien, die von ihrem Inhaber dazu bestimmt worden sind, der Allgemeinheit Informationen zu verschaffen (s. o.), habe der Staat als Inhaber der Informationen eine Bestimmungsbefugnis⁴⁸. Der objektivrechtliche Gehalt des Grundrechts verpflichte den Staat, von dieser Bestimmungsbefugnis Gebrauch zu machen. Dies sei mit Erlass des IFG geschehen, das IFG stelle eine Widmung zur Information der Öffentlichkeit dar.⁴⁹ Die Voraussetzung der Bestimmung zur Information der Allgemeinheit durch ihren Inhaber sei also seit Erlass des IFG auch bei Verwaltungsunterlagen gegeben. Art. 5 I

42 Friedrich Schoch, in: Informationsfreiheitsgesetz Kommentar, 2009, Einl Rn. 52; ders., in: Jura 2008, S. 25 (30).

43 Friedrich Schoch, in: IFG Kommentar, 2009, Einl Rn. 52; ders., in: Jura 2008, S. 25 (30).

44 Rolf Gröschner, Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, in: VVDStRL 63 (2004), S. 344 (364); Friedrich Schoch, in: IFG Kommentar, 2009, Einl Rn. 56, 153; ders., in: Jura 2008, S. 25 (26f.); Hans-Heinrich Trute, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: VVDStRL 57 (1998), S. 216 (250).

45 Friedrich Schoch, in: IFG Kommentar, 2009, Einl Rn. 57, 58; ders., Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: VVDStRL 57 (1998), S. 158 (179); Hans-Heinrich Trute, in: VVDStRL 57 (1998), S. 216 (251).

46 Friedrich Schoch, in: IFG Kommentar, 2009, Einl Rn. 56; Hans-Heinrich Trute, in: VVDStRL 57 (1998), S. 216 (250).

47 Friedrich Schoch, in: IFG Kommentar, 2009, Einl Rn. 56.

48 BVerfG vom 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (61).

49 Friedrich Schoch, in: IFG Kommentar, 2009, Einl Rn. 153.

berg, in: ThürVBl. 2003, S. 193 (196).

36 Dieter Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, S. 34; Arno Scherzberg, in: ThürVBl. 2003, S. 193 (197); Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlsperger, 2006, S. 165 (177f.).

37 Arno Scherzberg, in: ThürVBl. 2003, S. 193 (197).

38 Marion Albers, in: ZJS 2009, S. 614 (619); Dieter Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, S. 14; Arno Scherzberg, in: ThürVBl. 2003, S. 193 (198); Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlsperger, 2006, S. 165 (177f.).

39 Arno Scherzberg, in: ThürVBl. 2003, S. 193 (198).

40 Hans-Ulrich Jerschke, Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse, 1971, S. 83; Arno Scherzberg, in: ThürVBl. 2003, S. 193 (197).

41 Michael Kloepfer/Kai v. Lewinski, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG), in: DVBl 2005, S. 1277 (1279).

S. 1 Alt. 2 GG würde zwar nicht durch das IFG konkretisiert, sei aber insofern normgeprägt.⁵⁰ Seit Inkrafttreten des IFG umfasse demnach der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG auch Informationen der Verwaltung. Daher wird oft formuliert, mit dem IFG habe sich ein Paradigmenwechsel vollzogen.⁵¹

Folgt man dieser Ansicht, ergibt sich das Problem, wie die Ausnahmetatbestände des IFG (§§ 3 bis 6 IFG) zu bewerten sind.⁵² Einmal können sie als Schranken im Sinne des Art. 5 II GG gesehen werden. Es wird jedoch auch vertreten, dass in den fraglichen Fällen der Anspruch auf Zugang schon tatbestandlich ausgeschlossen und der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG gar nicht erst eröffnet sei.⁵³ Die Eröffnung des Schutzbereiches hänge von der Bestimmungsbefugnis des Gesetzgebers und somit von seinem Willen ab. Wenn der Gesetzgeber zum Ausdruck bringt, in den Ausnahmefällen den Zugang nicht gewähren zu wollen, sei der Schutzbereich nicht eröffnet.⁵⁴ Mit dem Erlass von Informationsfreiheitsgesetzen bestimme der Gesetzgeber Inhalt und Schranken der Allgemein zugänglichkeit zugleich, eine Unterscheidung zwischen gesetzlichen Regelungen, die in Ausübung des Bestimmungsrecht die Allgemein zugänglichkeit einer staatlichen Informationsquelle anordnen, und solchen, die diese beschränken, erscheine nicht möglich.⁵⁵ Der Gegenansicht nach geht es bei der Bestimmung der allgemein zugänglichen Quelle nicht um die Ausübung der Informationsfreiheit im Einzelfall, sondern um eine kategoriale Zuordnung.⁵⁶ In § 1 IFG wird als Grundsatz festgelegt, dass zunächst jedermann Zugang zu Verwaltungsunterlagen hat, sie werden der Kategorie der allgemein zugänglichen Quellen zugeordnet. Dem Willen des Gesetzgebers könne ausreichend dadurch Rechnung getragen werden, dass die Ausnahmetatbestände den grundsätzlich gegebenen Anspruch im Einzelfall als Schranke i. S. d. Art. 5 II GG scheitern lassen.⁵⁷ Dies erscheint überzeugender, als schon auf Ebene der Schutzbereichseröffnung den Einzelfall zu diskutieren.

(4) Streitentscheid

Die verschiedenen Ansichten gelangen in weiten Teilen zu unterschiedlichen Ergebnissen, daher ist ein Streitentscheid erforderlich. Die traditionelle Interpretation des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG kann mit guten Argumenten

widerlegt werden. Zunächst einmal vermag das Argument, Verwaltungsunterlagen seien schon ihrer Natur nach nicht allgemein zugänglich, nicht zu überzeugen. Ihm wird vorgeworfen, es handle sich um einen Tautologieschluss: Die Verwaltungsunterlagen seien nicht allgemein zugänglich, da der Staat sie nicht der Allgemeinheit zugänglich macht.⁵⁸ So überließe man dem Staat die Definitionsmacht über die Allgemein zugänglichkeit, was nach der Lehre über die Faktizität der Abgabe (s. o.), die auch von der traditionellen Interpretation der Informationsfreiheit anerkannt wird, ja eben nicht der Fall sein soll.⁵⁹ Hinsichtlich des Arguments, die Entstehungsgeschichte des Grundrechts auf Informationsfreiheit spreche gegen eine Beurteilung von Verwaltungsunterlagen als allgemein zugängliche Quellen, wird zwar anerkannt, dass der Verfassungsgeber eine solche Interpretation des Grundrechts nicht im Sinn hatte. Jedoch sei dies durchaus kein Hindernis für einen Wandel des Verständnisses der Informationsfreiheit.⁶⁰ Sogar das Bundesverfassungsgericht stellt in seiner Rechtsprechung fest, dass die Motive und Zielsetzung des Verfassungsgebers zwar ein Indiz für die Auslegung der Grundrechte sind, dass die Interpretation bei hinreichend offenem Wortlaut aber in nicht unerheblichem Maße zeitbedingt ist und durch neue Einsichten beeinflusst und gewandelt wird.⁶¹ Die Entstehungsgeschichte des Grundrechts steht somit einer gewandelten, modernen Interpretation nicht entgegen.⁶²

Auch gegen die Meinung, der Charakter des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG als bloßes Abwehrrecht schließe einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Verwaltungsunterlagen aus, finden sich überzeugende Gegenargumente. Einmal wird auf den objektivrechtlichen Gehalt des Grundrechts hingewiesen (s. o.). Ist der Staat Inhaber von Informationen, so hat er nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts die Bestimmungsbefugnis darüber, ob die Quelle allgemein zugänglich ist. Da der Staat jedoch an die objektivrechtlichen Grundrechtsgehalte gebunden ist, könne die Frage der Allgemein zugänglichkeit nur unter verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beurteilen sein.⁶³ Auch wird vertreten, der freie Zugang zu Verwaltungsunterlagen stelle gar keinen Leistungsanspruch dar. Zunächst würde kein Anspruch auf Verschaffung von Informationen und Einrichtung von Informationsquellen geltend gemacht, denn die In-

⁵⁰ Michael Kloepfer/Kai v. Lewinski, in: DVBl 2005, S. 1277 (1279); Friedrich Schoch, in: IFG Kommentar, 2009, Einl Rn. 52.

⁵¹ Marion Albers, in: ZJS 2009, S. 614 (615); Michael Kloepfer/Kai v. Lewinski, in: DVBl 2005, S. 1277 (1288).

⁵² Marion Albers, in: ZJS 2009, S. 614 (619 f.).

⁵³ Matthias Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 218 ff.

⁵⁴ Matthias Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 219.

⁵⁵ Matthias Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, 2004, S. 218.

⁵⁶ Friedrich Schoch, in: IFG Kommentar, 2009, Einl Rn 157.

⁵⁷ Friedrich Schoch, in: IFG Kommentar, 2009, Einl Rn 158.

⁵⁸ Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlsperger, 2006, S. 165 (178).

⁵⁹ Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlsperger, 2006, S. 165 (178).

⁶⁰ Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlsperger, 2006, S. 165 (178 f.).

⁶¹ BVerfG vom 21.06.1977, BVerfGE 45, 187 (227).

⁶² Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlsperger, 2006, S. 165 (179).

⁶³ Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlsperger, 2006, S. 165 (180).

formationen der Verwaltung seien ja bereits vorhanden.⁶⁴ Ferner liege in der freien Zugänglichkeit schon keine Leistung. Sinn und Zweck der restriktiven Gewährung von Leistungsrechten sei die Wahrung von Freiräumen bei der Verteilung knapper Ressourcen. Die Informationen der Verwaltung stellten eine solche knappe Ressource aber eben nicht dar, denn die Informationen werden durch freien Zugang nicht verbraucht. Die hinsichtlich der Leistungsrechte vorgenommene Teleologie ließe sich auf den freien Zugang zu Verwaltungsunterlagen also nicht übertragen.⁶⁵

Angesichts der überzeugenden Argumentation erscheint also eine moderne Interpretation des Grundrechts auf Informationsfreiheit und insbesondere des Begriffs der Allgemeinzugänglichkeit geboten. Fraglich ist, ob aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip dem Einzelnen ein Anspruch auf Zugang zu Verwaltungsunterlagen erwachsen soll oder ob der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG erst durch das IFG eröffnet wird. Die Argumentation mit Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip stellt überzeugend dar, dass aus den Staatsstrukturbestimmungen das Gebot zur Öffentlichkeit der Verwaltung folgen kann. Hieraus aber einen individuellen Anspruch des Einzelnen abzuleiten, steht im Gegensatz zur Entwicklungsoffenheit und Konkretisierungsbedürftigkeit der Staatsstrukturbestimmungen.⁶⁶ Die Staatsstrukturbestimmungen können daher nur als Gebot an den Gesetzgeber begriffen werden. Dieser hat angesichts der wesentlichen Rolle, die Öffentlichkeit in unserem modernen demokratischen Rechtsstaat spielt, die Aufgabe, durch einfachgesetzliche Regelungen die Voraussetzungen für einen Zugang zu Verwaltungsunterlagen zu schaffen. Dieser Aufgabe ist der Gesetzgeber mit Verabschiedung des IFG nachgekommen und hat so mit dem grundsätzlich jedermann voraussetzungslos zustehenden Zugangsrecht zu Verwaltungsunterlagen diese als allgemein zugängliche Quellen qualifiziert.

cc) Geschütztes Verhalten

Nach Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG darf sich jeder aus den allgemein zugänglichen Quellen ungehindert unterrichten. Geschützt wird die schlichte Entgegennahme von Informationen, aber auch das aktive Beschaffen.⁶⁷ Es wird nicht nur die Information aus der Quelle, sondern auch an der Quelle geschützt.⁶⁸ Weiterhin wird die freie

Auswahl der Quelle und die Art und Weise der Unterrichtung geschützt⁶⁹ sowie die Beschaffung und Nutzung von technischen Einrichtungen für den Empfang von Informationen⁷⁰. Nicht geschützt wird die rechtswidrige Beschaffung von Informationen.⁷¹ Die Informationsfreiheit hat auch eine negative Ausprägung, sie schützt also auch vor aufgedrängten Informationen.⁷²

c) Zwischenergebnis

Der K verlangt Zugang zu Verwaltungsunterlagen. Verwaltungsunterlagen sind allgemein zugängliche Quellen aufgrund staatlicher Widmung. Aus diesen darf sich jeder ungehindert unterrichten. Der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG ist eröffnet.

2. Eingriff

Nach Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG darf das Unterrichten aus den allgemein zugänglichen Informationsquellen ungehindert erfolgen. Als Grundrechtseingriffe kommen daher alle diejenigen Maßnahmen in Betracht, die diesem Behinderungsverbot zuwiderlaufen und die bestehende Allgemeinzugänglichkeit beeinträchtigen.⁷³ Behinderungen sind in Form von Rechtsakten, wie Verboten oder Beschlagnahmeverfügungen, aber auch in Form von Realakten, wie der Sperrung einer Informationsquelle oder der Installation eines Störsenders, denkbar.⁷⁴ Auch die Verzögerung des Zugangs stellt schon einen Eingriff dar, da die Information auch dann nicht ungehindert erfolgen kann.⁷⁵ Ebenso ist in der bloßen staatlichen Registrierung des Informationsverhaltens ein Eingriff zu sehen, denn aufgrund des Einschüchterungseffekts können Grundrechtsträger an der Information gehindert werden.⁷⁶

Der K möchte sich aus den als allgemein zugänglich zu bewertenden Verwaltungsunterlagen informieren. Die Unterrichtung aus solchen Quellen ist geschützt. Indem er sich an das Ministerium wendet, macht er von seinem Recht Gebrauch, die Informationsquelle selbst auszu-

⁶⁴ Friedrich Schoch, in: IFG-Kommentar, 2009, Einl Rn. 155.

⁶⁵ Bernhard W. Wegener, in: FS Richard Bartlspenger, 2006, S. 165 (180f.).

⁶⁶ Georg Nolte, Die Herausforderung für das deutsche Recht der Akteneinsicht durch europäisches Verwaltungsrecht, in: DÖV 1999, S. 363 (367); Friedrich Schoch, in: IFG-Kommentar, 2009, Einl Rn. 58.

⁶⁷ Hans Dieter Jarass, in: ders., GG, 10. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 17; Friedrich Schoch, in: Jura 2008, S. 25 (30); Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 5 I, II Rn. 62; Klaus Stern, StaatsR Band IV/1, S. 1402.

⁶⁸ BVerfG vom 24.01.2001, NJW 2001, 1633 (1634); Friedrich Schoch, in: Jura 2008, S. 25 (30).

⁶⁹ Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 5 I, II Rn. 62, 64; Christian Starck, in: Das Bonner Grundgesetz, GG, Band I, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Rn. 40.

⁷⁰ BVerfG vom 09.02.1994, BVerfGE 90, 27 (32); Friedrich Schoch, in: Jura 2008, S. 25 (31); Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 5 Rn. 62.

⁷¹ BVerfG vom 25.01.1984, NJW 1984, 1741 (1743); Friedrich Schoch, in: Jura 2008, S. 25 (31); Klaus Stern, StaatsR Band IV/1, 2006 S. 1407.

⁷² Friedrich Schoch, in: Jura 2008, S. 25 (31); Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 5 I, II Rn. 63; Klaus Stern, StaatsR Band IV/1, 2006, S. 1417.

⁷³ Friedrich Schoch, in: Jura 2008, S. 25 (32); Klaus Stern, StaatsR Band IV/1, 2006, S. 1413.

⁷⁴ Friedrich Schoch, in: Jura 2008, S. 25 (32); Christian Starck, in: Das Bonner Grundgesetz, GG, Band I, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 55.

⁷⁵ BVerfG vom 14.10.1969, BVerfGE 27, 88 (98f.); Hans Dieter Jarass, in: ders., GG, 10. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 19; Friedrich Schoch, in: Jura 2008, S. 25 (32); Christian Starck, in: Das Bonner Grundgesetz, GG, Band I, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 57.

⁷⁶ Friedrich Schoch, in: Jura 2008, S. 25 (32); Christian Starck, in: Das Bonner Grundgesetz, GG, Band I, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 56.

wählen. Der K macht mit Schreiben vom 25.10. erstens geltend, er wolle Auskunft über die Höhe der von B empfangenen Subventionen, und zweitens, er wolle die Akten über die Bewilligung dieser einsehen. Das Ministerium lehnt beide Begehren des K ab und hält die Unterlagen verschlossen. Der K kann sich also weder über die Höhe der Subventionen noch über den Inhalt der Akte über die Bewilligung der Subventionen ungehindert informieren. Auch die angerufenen Gerichte verneinen ein Recht auf Zugang zu den Informationen. Die Verweigerung der Auskunft und Einsicht und die bestätigenden Urteile der Gerichte laufen somit dem Behinderungsverbot des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG zuwider und sind als Eingriffe in das Recht des K auf ungehinderten Zugang zu allgemein zugänglichen Informationsquellen zu bewerten.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Eingriffe könnten jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Einschränkung des Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG

Die Informationsfreiheit aus Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG steht unter dem qualifizierten Schrankenvorbehalt des Art. 5 II GG. Demnach findet die Informationsfreiheit ihre Schranke in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

b) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage des Eingriffs

Die Eingriffe der Behörde und der Gerichte in die Informationsfreiheit des K müsste auf einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage beruhen. Als gesetzliche Grundlage für die Verweigerung des freien Zugangs zu den Informationen kommen die Ausnahmetatbestände des IFG in Betracht. Da es sich bei den fraglichen Informationen um Unterlagen über den Bäckereibetrieb des B handelt, ist § 6 IFG einschlägig. Dieser müsste formell sowie materiell verfassungsmäßig sein und insbesondere den Anforderungen des Schrankenvorbehalts des Art. 5 II GG genügen.

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

§ 6 IFG müsste formell verfassungsmäßig sein. Die Anforderungen hinsichtlich Zuständigkeit, Verfahren und Form müssten gewahrt sein. Das IFG wurde vom Bundestag verabschiedet. Die Kompetenz zur Regelung des Verfahrens beim Zugang zu Verwaltungsunterlagen ergibt sich als Annexkompetenz zu den Sachkompetenzen über die Verwaltung auf Bundesebene aus Art. 87 GG.⁷⁷ Der Bundestag war also zuständig. Auch wurden bei der Gesetzgebung das vorgeschriebene Verfahren und die Anforderungen an die Form, insbesondere die Ausfer-

tigung durch den Bundespräsidenten und die Verkündung im Bundesgesetzblatt⁷⁸ gemäß Art. 82 I GG sowie die Bestimmung des Tages des Inkrafttretens⁷⁹ nach Art. 82 II GG gewahrt. § 6 IFG ist somit formell verfassungsgemäß.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

§ 6 IFG als Eingriffsgrundlage müsste auch materiell verfassungsgemäß sein.

(1) Anforderungen des Schrankenvorbehalts des Art. 5 II GG

Bei § 6 IFG müsste es sich um ein allgemeines Gesetz oder eine Bestimmung zum Schutze der Jugend oder um einen Bestandteil des Rechts der persönlichen Ehre handeln. § 6 IFG könnte ein allgemeines Gesetz sein. Mit „Gesetz“ meint Art. 5 II GG alle Erscheinungsformen staatlicher Rechtsetzung im formellen sowie materiellen Sinn, also parlamentarische Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen und das Richterrecht.⁸⁰ Das IFG wurde vom Parlament erlassen, als Parlamentsgesetz stellt es unproblematisch ein Gesetz i. S. d. Art. 5 II GG dar. Es müsste sich jedoch auch um ein allgemeines Gesetz handeln. Der Begriff stammt ursprünglich aus Art. 118 I 1 WRV. Seine Bedeutung war schon zu Zeiten der Weimarer Republik sehr umstritten. Teils wurde sogar angenommen, er habe nur aufgrund eines Redaktionsfehlers Eingang in die Weimarer Reichsverfassung gefunden.⁸¹ Für die Frage, wann ein Gesetz allgemein i. S. d. Art. 5 II GG ist, sollen im folgenden die zu Zeiten der Weimarer Republik vertretenen verschiedenen Ansichten und anschließend die hieran anknüpfende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dargestellt werden. Einigkeit besteht inzwischen darüber, dass nicht der personelle Anwendungsbereich allgemein sein kann, denn dann wären Beschränkungen des Grundrechts kaum möglich.⁸²

(a) Abwägung der Rechtsgüter Nach einer Ansicht, zurückgehend auf Rudolf Smend⁸³, sei der Begriff der Allgemeinheit eines Gesetzes nicht rein formallogisch aus sich selbst heraus auszulegen.⁸⁴ Vielmehr müsse er aus dem Gesamtzusammenhang der Grundrechte unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte heraus

⁷⁸ BGBl. I 2005, S. 1722.

⁷⁹ Siehe § 15 IFG.

⁸⁰ Hans Dieter Jarass, in: ders., GG, 10. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 55; Helmut Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 5 I, II Rn. 106.

⁸¹ Diese Ansicht vertrat sogar das Preußische Oberverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 26.09.1921: PrOVG 77, 512 (519 f.).

⁸² BVerfG vom 24.03.1987, BVerfGE 74, 297 (343); Kurt Häntzschel, Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung und die Schranken der allgemeinen Gesetze des Artikels 118 der Reichsverfassung, in: AöR Bd. 49 (N. F. 10), 1926, S. 228 (232); Helmut Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 5 I, II Rn. 107; a. A. Heinrich Vervier, Meinungsäußerungsfreiheit und Beamtenrecht, in: AöR Band 45 (N. F. 6), 1924, S. 1 (4).

⁸³ Rudolf Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4 (1928), S. 44–73.

⁸⁴ Rudolf Smend, in: VVDStRL 4 (1928), S. 44 (51 ff.).

⁷⁷ BT-Drucks. 15/4493, S. 7; Dieter Kugelmann, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, in: NJW 2005, S. 3609 (3610).

verstanden werden. Bei der Allgemeinheit handele sich um die materiale Allgemeinheit der Aufklärung, also die Werte der Gesellschaft, die öffentliche Ordnung und Sicherheit sowie die konkurrierenden Rechte und Freiheiten der Anderen. Diese Gemeinschaftswerte seien es, die die Schranken des Grundrechts darstellen, die im Einzelnen zu ziehen die Aufgabe ausführender Gesetze sei. Allgemeine Gesetze seien somit solche, die deshalb den Vorrang vor dem Grundrecht haben, weil sie einem wichtigeren Schutzgut dienen.⁸⁵ Dieses Verständnis eines allgemeinen Gesetzes hat allerdings die Schwäche, dass ja ohnehin alle Grundrechtsbeschränkungen der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen.⁸⁶

(b) Sonderrechtslehre Die Sonderrechtslehre, zurückgehend auf Kurt Häntschel und Gerhard Anschütz, bezeichnet den Gedanken Smends, dass es auf die richtige Wertrelation ankomme, als zutreffend und der Wahrheit sehr nahe.⁸⁷ Jedoch unterscheidet sie sich dahingehend, dass sie diese Bewertung nicht dem einfachen Gesetzgeber überlassen möchte. Vielmehr sieht sie in der Verfassung selbst eine klare Linie für die geltende Wertordnung. Sie stellt fest, es sei der Kern des Grundrechts, dass das Geistige nicht allein um seiner rein geistigen Wirkung willen unterdrückt werden solle.⁸⁸ Allgemeine Gesetze seien daher Gesetze, die ohne Rücksicht auf die gerade herrschenden geistigen Strömungen, Anschauungen und Erkenntnisse das menschliche Leben in seiner Allgemeinheit regeln. Das Gegenteil hiervon seien Gesetze, die eine an sich erlaubte Handlung allein wegen ihrer geistigen Zielrichtung und Wirkung beschränken. Solche Gesetze würden Sonderrecht gegen das Grundrecht darstellen.⁸⁹ Bei diesem Ansatz ergibt sich insbesondere im Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit das Problem, dass auf Inhalte abstellende Verbote mit der Sonderrechtslehre nicht vereinbar sind.

(c) Heutiges Verständnis des Bundesverfassungsgerichts Das Bundesverfassungsgericht vertritt eine diese Ansätze kombinierende Ansicht. Hinsichtlich der Meinungsfreiheit äußerte sich das Gericht, allgemeine Gesetze seien Gesetze, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern vielmehr dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen, dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang

hat.⁹⁰ § 6 IFG darf also kein Sonderrecht gegen die Informationsfreiheit darstellen und muss dem Schutz eines Gemeinschaftswerts dienen, der gegenüber der Informationsfreiheit den Vorrang hat. Nach § 6 IFG sind nicht die Informationen als solche verboten. Die Informationsfreiheit wird nur durch die mittelbare Ausstrahlung der Regelung beschränkt, diese dient dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Die Norm stellt somit kein Sonderrecht gegen die Informationsfreiheit dar und dient dem Schutz eines Gemeinschaftswerts. Hinsichtlich der Frage, ob dieser Gemeinschaftswert der Informationsfreiheit vorzuziehen ist, sei auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit verwiesen.

(2) Bestimmtheitsgrundsatz

§ 6 IFG müsste hinreichend bestimmt sein. Problematisch erscheint dies zunächst hinsichtlich der Frage, was unter einem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis zu verstehen ist. Der Gesetzgeber gibt hierauf jedoch in den Bundestagsdrucksachen eine Antwort.⁹¹ Ferner orientiert sich der Begriff an älteren Gesetzen und ist in seiner Bedeutung durch die Rechtsprechung gefestigt. § 6 IFG ist auf Tatbestandsebene demnach hinreichend bestimmt.

§ 6 IFG ordnet an, dass bei Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Zugang zu verweigern ist. Es gibt keinen Ermessensspielraum für die Behörde, die Geheimnisse werden absolut geschützt. Auch auf Rechtsfolgenseite ist § 6 IFG also hinreichend bestimmt. Der Bestimmtheitsgrundsatz wurde gewahrt.

(3) Übermaßverbot

§ 6 IFG dürfte nicht gegen das Übermaßverbot verstoßen. Er müsste also einem legitimen Zweck dienen, sowohl geeignet als auch erforderlich sein, diesen Zweck zu fördern, und es muss ferner eine Angemessenheitsprüfung unter Abwägung der entgegenstehenden Verfassungsgüter vorgenommen werden.

(a) Legitimer Zweck § 6 S. 2 IFG dient dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Dies stellt einen legitimen Zweck dar.

(b) Geeignetheit § 6 IFG müsste auch geeignet sein. Das eingesetzte Mittel ist geeignet, wenn mit ihm die Erreichung des Gesetzesziels zumindest gefördert werden kann.⁹² Die Norm schließt einen Zugang zu Verwaltungsunterlagen, welche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, ohne Einwilligung des Berechtigten aus. Die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden also von § 6

⁸⁵ Rudolf Smend, in: VVDStRL 4 (1928), S. 44 (51 ff.).

⁸⁶ Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 5 I, II Rn. 110.

⁸⁷ Kurt Häntschel, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, 1932, S. 659.

⁸⁸ Kurt Häntschel, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, 1932, S. 659.

⁸⁹ Kurt Häntschel, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, 1932, S. 659 f.; Kurt Häntschel, in: AöR Band 49 (N.F. 10), 1926, S. 228 (233); so auch Helmuth Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 5 I, II Rn. 108.

⁹⁰ BVerfG vom 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (209 f.).

⁹¹ BT-Drucks. 15/4493, S. 14.

⁹² Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 234.

IFG geschützt, das Gesetzesziel wird zumindest gefördert. Die Norm ist geeignet.

(c) Erforderlichkeit § 6 IFG müsste auch erforderlich sein. Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn es kein mildereres, gleich wirksames Mittel gibt.⁹³ Hinsichtlich der Einschätzung der Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu.⁹⁴ Ein mildereres Mittel ist nicht ersichtlich. § 6 IFG ist demnach auch erforderlich.

(d) Angemessenheit § 6 IFG müsste auch angemessen sein. Bei der Abwägung im Rahmen der Beurteilung der Angemessenheit müssen die besonderen Anforderungen an ein allgemeines Gesetz beachtet werden, der Eingriff bedarf einer Rechtfertigung durch gewichtige Allgemeinwohlbelange oder schutzwürdige Interessen und Rechte Dritter. Die Norm dient dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Diese werden grundrechtlich von Art. 12, 14 GG geschützt, es handelt sich folglich um Schutzgüter von Verfassungsrang. Diese müssten dem Schutz der Informationsfreiheit vorzuziehen sein. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse stellen einen Vermögenswert für die Unternehmen dar, Informationen über Betriebsstrukturen oder technisches Know-How können entscheidend für den wirtschaftlichen Erfolg am Markt sein. Ferner sind sie wettbewerbsrelevant. Unternehmen haben daher ein großes Interesse daran, dass diese Informationen nicht jedem einfach zugänglich gemacht werden.

Auf Seite der Grundrechtsträger der Informationsfreiheit erscheint problematisch, dass § 6 IFG keinen Abwägungsvorbehalt enthält. Die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden absolut geschützt. Auf sie kann ohne Einwilligung des Unternehmens nicht zugegriffen werden, auch dann nicht, wenn die Informationen von Interesse für die Öffentlichkeit und das Allgemeinwohl sind. Ein solcher absoluter Schutz wird von Art. 12, 14 GG keinesfalls zwingend gefordert, es handelt sich um eine rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers.⁹⁵ Die Frage, ob ein absoluter Schutz nötig oder sogar verfassungswidrig ist, wird kontrovers diskutiert. Eine Ansicht hat bei § 6 IFG in verfassungsrechtlicher Hinsicht keinerlei Bedenken.⁹⁶ Das IFG sei nicht der richtige Ort für eine Grundsatzentscheidung wie die Öffnung auch von Unternehmensgeheimnissen, denn das IFG solle die Öffnung der Verwaltung begründen, nicht die der Unternehmen. Weiterhin könne eine Abwägungsentscheidung die Verwaltung in vielen Fällen überfordern und eventu-

ell Haftungsansprüche der Unternehmen nach sich ziehen.⁹⁷ Auch soll die Bereitschaft der Unternehmen zur Zusammenarbeit mit der Verwaltung gefördert werden. Die Gegenansicht sieht bei § 6 IFG das Problem, dass der Verwaltung und den Unternehmen die Möglichkeit gegeben werde, gemeinsam Informationsansprüche zu blockieren.⁹⁸

Bei dieser Diskussion muss jedoch beachtet werden, dass nicht jede Information über ein Unternehmen gleich ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis darstellt. Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse sind nach dem Bundesverfassungsgericht alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat.⁹⁹ Ein berechtigtes Interesse liegt zunächst vor, wenn die fraglichen Informationen wettbewerbsrelevant sind. Der zunächst sehr weit reichend scheinende Schutz des § 6 IFG wird also durch die Auslegung des Begriffes des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses eingeengt. Mit der Voraussetzung des berechtigten Interesses an der Geheimhaltung enthält § 6 IFG auch eine normative Komponente. Da der absolute Schutz nur für Informationen gilt, an deren Geheimhaltung das Unternehmen ein berechtigtes Interesse hat, also wirtschaftliche Folgen mit der Bekanntgabe verbunden wären, muss die Informationsfreiheit auch nur in diesen wenigen Fällen zurückstehen. Daher ist § 6 IFG angemessen.

(e) Zwischenergebnis § 6 IFG verstößt nicht gegen das Übermaßverbot.

(4) Verstoß gegen Art. 3 I GG

Zum Teil werden zur Regelung des § 6 IFG Bedenken geäußert, da sie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse absolut schütze, bei personenbezogenen Daten in § 5 IFG jedoch eine Abwägung zulasse. Der Gesetzgeber werte ökonomische Interessen in gleichheitssatzwidriger Weise höher als personenbezogene Daten, es wird von einer verfassungsrechtlichen Schiefelage gesprochen.¹⁰⁰ Diesen Bedenken wird entgegnet, Art. 3 I GG schütze nicht vor Ungleichbehandlung von Grundrechten.¹⁰¹ Auch liege in den §§ 5 und 6 IFG keine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem.¹⁰² § 5 IFG schützt alle personenbezogenen Daten. Besondere Arten personenbezogener Daten werden mit § 5 I S. 2 IFG absolut geschützt. Der Schutz

⁹³ Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 236; Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 19.

⁹⁴ Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 238.

⁹⁵ Friedrich Schoch, in: IFG-Kommentar, 2009, § 6 Rn. 9.

⁹⁶ Heribert Schmitz/Serge-Daniel Jastrow, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, in: NVwZ 2005, S. 984 (993).

⁹⁷ Heribert Schmitz/Serge-Daniel Jastrow, in: NVwZ 2005, S. 984 (993).

⁹⁸ Michael Kloepfer/Kai v. Lewinski, in: DVBl 2005, S. 1277 (1283).

⁹⁹ BVerfG vom 14.03.2006, BVerfGE 115, 205 (230).

¹⁰⁰ Michael Kloepfer/Kai v. Lewinski, in: DVBl 2005, S. 1277 (1283 f.); Dieter Kugelmann, in: NJW 2005, S. 3609 (3612).

¹⁰¹ Michael Sitsen, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, 2009, S. 294 f.

¹⁰² Michael Sitsen, IFG, 2009, S. 294.

der restlichen personenbezogenen Daten steht unter Abwägungsvorbehalt. § 6 IFG hingegen schützt nicht etwa alle unternehmensbezogenen Daten, sondern nur den eng umgrenzten Teil der Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse. Sonstige unternehmensbezogene Daten werden sogar überhaupt nicht geschützt. Eine Schiefelage zu Lasten der personenbezogenen Daten liege somit nicht vor.¹⁰³ Diese Argumentation überzeugt. § 6 IFG verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG.

cc) Zwischenergebnis

Die Eingriffsgrundlage, § 6 IFG, ist sowohl formell als auch materiell verfassungsgemäß.

c) Verfassungsmäßige Auslegung und Anwendung im Einzelfall

Die Eingriffsgrundlage müsste auch verfassungsgemäß ausgelegt und angewendet worden sein.

aa) Einsicht in die Akte über die Bewilligung der Subventionen

Die Verweigerung des Zugangs zu der Akte über die Bewilligung der Subventionen beruht auf § 6 IFG. Dieser müsste vom Ministerium und den Gerichten verfassungsgemäß ausgelegt und angewandt worden sein.

(1) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der gesetzlichen Grundlage

Zunächst einmal müssten die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 IFG vorliegen. § 6 IFG stellt eine Ausnahme zum Zugangsrecht aus § 1 IFG zu amtlichen Informationen dar. Amtliche Informationen sind nach § 2 IFG jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung. Die Akte enthält auch Informationen, die der B nicht zum Erhalt der Subventionen angeben musste. Sie stellen aber trotzdem amtliche Informationen dar, soweit sie anderen amtlichen Zwecken dienen. Nach § 6 IFG besteht kein Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen, wenn diese Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten. Nach Definition der Rechtsprechung sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat.¹⁰⁴

(a) Unternehmensbezogenheit Die Informationen müssten auf das Unternehmen des B bezogen sein.¹⁰⁵ Die Akten enthalten Informationen über das Unternehmen

des B und nicht bloß persönliche Daten Dritter. Sie sind auf das Unternehmen bezogen.

(b) Offenkundigkeit Die Tatsachen dürften nicht offenkundig sein, sie dürfen also nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und noch nicht publiziert worden sein.¹⁰⁶ Sind die Informationen ohnehin schon allgemein bekannt, so handelt es sich bereits um kein Geheimnis. Die Informationen über den Bäckereibetrieb wurden noch nicht publiziert, sie sind nur dem B bekannt. Sie sind demnach nicht offenkundig.

(c) Berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung Der B müsste auch ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung haben.¹⁰⁷ Ein solches liegt zunächst dann vor, wenn die Daten wettbewerbsrelevant sind, wenn sie also Rückschlüsse zum Beispiel auf Betriebsführung, Kostenkalkulation, Produktionsverfahren oder Marktstrategie zulassen.¹⁰⁸ Der genaue Inhalt der Akte ist nicht bekannt. Jedoch macht der B geltend, dieser sei für Wettbewerber/innen interessant. Das IFG lässt auch einen teilweisen Zugang zu Informationen zu, der Antrag des K muss nicht in vollem Umfang angenommen oder abgelehnt werden. Es gibt die Möglichkeit, geheimhaltungsbedürftige Inhalte unkenntlich zu machen, § 7 II IFG. Sollten also nicht alle Inhalte der Akte wettbewerbsrelevant sein, so könnte dem K ein zumindest teilweiser Zugang zu der Akte gewährt werden. Die Inhalte, an denen der B ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat, müssten dann unkenntlich gemacht werden.

Allerdings macht der K geltend, er wolle die Akte einsehen, da er Informationen über illegale Beschäftigung im Betrieb des B vermutet. Einen Abwägungsvorbehalt enthält § 6 IFG nicht, es besteht also kein Raum für eine Abwägung der Absichten des K mit dem Geheimhaltungsinteresse des B. Durch das Erfordernis eines berechtigten Interesses an der Geheimhaltung enthält § 6 IFG jedoch trotzdem ein normatives Element. Dieses wird benötigt, um den zunächst weit erscheinenden absoluten Schutz der unternehmensbezogenen Daten durch eine enge Auslegung einzugrenzen und so verfassungsmäßig rechtfertigen zu können (s.o.). Es ist daher fraglich, ob Informationen über illegale Tätigkeiten überhaupt Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sein können. Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen folgt aus Art. 14 GG, was technisches Know-How als geistiges Eigentum angeht, und aus Art. 12 GG, wenn die Daten

¹⁰³ Michael Sitsen, IFG, 2009, S. 294f.

¹⁰⁴ BVerfG vom 14.03.2006, BVerfGE 115, 205 (230); BAG vom 16.03.1982, NJW 1983, 134 (134); BGH 10.05.1995, NJW 1995, 2301 (2301); BGH vom 15.03.1955, GRUR 1955, 424 (424f.).

¹⁰⁵ Friedrich Schoch, in: IFG-Kommentar, 2009, § 6 Rn. 46.

¹⁰⁶ BGH vom 10.05.1995, NJW 1995, 2301 (2301); Friedrich Schoch, in: IFG-Kommentar, 2009, § 6 Rn. 59 ff.

¹⁰⁷ Friedrich Schoch, in: IFG-Kommentar, 2009, § 6 Rn. 54.

¹⁰⁸ OVG Berlin-Brandenburg vom 02.10.2007 – OVG 12 B 11.07; Friedrich Schoch, in: IFG-Kommentar, 2009, § 6 Rn. 54; Michael Sitsen, IFG, 2009, S. 286.

wettbewerbsrelevant sind.¹⁰⁹ Für die wettbewerbsrelevanten Daten über den Betrieb des B folgt der Schutz also aus Art. 12 GG, dessen einfachgesetzliche Ausgestaltung § 6 S. 2 IFG darstellt. Würden illegale Tätigkeiten schon nicht unter den Schutzbereich des Art. 12 GG fallen, so wären Informationen hierüber auch kein schutzwürdiges Betriebs- und Geschäftsgeheimnis.¹¹⁰ Nach einer Ansicht fallen verbotene Tätigkeiten nicht unter den Schutzbereich des Art. 12 GG.¹¹¹ Zum Teil wird auch angenommen, verbotene Tätigkeiten seien nur dann vom Schutzbereich des Art. 12 GG auszuklammern, wenn sie sozial- oder gemeinschaftsschädlich ist.¹¹²

Illegale Beschäftigung stellt eine verbotene Tätigkeit dar. Die damit verbundene Steuerhinterziehung und Umgehung der gesetzlich vorgeschriebenen Krankenversicherungspflicht kann als sozial- und gemeinschaftsschädlich gesehen werden und wäre nicht vom Schutzbereich des Art. 12 GG erfasst. Nach einer anderen Ansicht sind auch verbotene Tätigkeiten von Art. 12 GG geschützt, dem Gesetzgeber dürfe nicht die Definitionsmacht über den Schutzbereich des Grundrechts gewährt werden.¹¹³ Die Herausgabe von Informationen über illegale Vorgänge im Betrieb des B wäre dann ein Eingriff in das Grundrecht des B aus Art. 12 GG, welcher sich jedoch möglicherweise verfassungsmäßig rechtfertigen ließe, wenn er etwa der Strafverfolgung und dem Schutz der Allgemeinheit diene. Hinzu kommt, dass Informationen über illegale Tätigkeiten schon nicht wettbewerbsrelevant sind, da andere Unternehmen sie aufgrund der Illegalität nicht verwerten können.¹¹⁴ Informationen über illegale Beschäftigung sind daher nicht unter die Definition des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses subsumierbar und genießen folglich keinen Schutz durch § 6 IFG.

Jedoch besteht seitens des K nur ein Verdacht auf illegale Vorgänge. Würde dies ausreichen, könnte jedermann Zugang zu allen Informationen über ein Unternehmen unter dem Vorwand erhalten, er vermute illegale Tätigkeiten. Allein die Tatsache, dass der B seine Produkte besonders billig anbietet, muss noch nicht bedeuten, dass er diese Preise durch illegale Beschäftigung erzielt. Daher sind die Informationen in der Akte über den Betrieb des B solange als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis anzusehen, wie sie nicht erwiesenermaßen illegale Vorgänge betreffen. Der K kann sich mit seinem Verdacht an die zu-

ständige Behörde wenden, anstatt „auf eigene Faust“ zu ermitteln.

(d) Geheimhaltungswille Weiterhin müsste bei dem B auch ein Geheimhaltungswille festzustellen sein. An diesen sind keine besonderen Ansprüche zu stellen, es genügt, wenn er sich aus der Natur der Sache ergibt.¹¹⁵ Der B äußert sich sogar ausdrücklich, dem K solle kein Zugang zu den Informationen gewährt werden. Ein Geheimhaltungswille liegt somit vor.

(e) Zwischenergebnis Die Akte enthält Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Der B hat seine Einwilligung zu dem Zugang zu der Akte nicht erteilt. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 IFG liegen vor.

(2) Beachtung des Übermaßverbots im konkreten Einzelfall

Das Übermaßverbot müsste auch bei der Anwendung und Auslegung im Einzelfall beachtet worden sein. Das Ziel, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des B zu schützen, ist legitim. Die Verweigerung des Zugangs ist geeignet. Sie müsste auch erforderlich sein. Sie ist erforderlich, wenn es kein gleich geeignetes milderes Mittel gibt. Der genaue Inhalt der Akte ist nicht bekannt. Sollten jedoch nicht alle Informationen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen, kommt als milderes Mittel ein teilweiser Zugang in Betracht. In diesem Fall müsste die Behörde wettbewerbsrelevante Daten unkenntlich machen und dem K Zugang zu den restlichen Informationen gewähren. Bei Verweigerung des Zugangs wird zwar der K in seinem Recht auf ungehinderten Zugang zu allgemein zugänglichen Quellen beschränkt. Dies dient jedoch dem Schutz der Rechte und Interessen des B. Das Übermaßverbot wurde also hinsichtlich der Einsicht in die Akte auch im konkreten Einzelfall eingehalten.

bb) Auskunft über die Höhe der Subventionen

Auch die Auskunft über die Höhe der Subventionen wurde dem K verweigert. Die gesetzliche Grundlage ist § 6 IFG. Dieser müsste von der Behörde und den Gerichten verfassungsgemäß ausgelegt und angewandt worden sein. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 IFG müssten vorliegen. Bei der Höhe der Subventionen müsste es sich also um ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis handeln. Hierfür müsste die Höhe der Subvention Rückschlüsse auf Betriebsführung, Kostenkalkulation, Produktionsverfahren oder Marktstrategie zulassen. Allein die Auskunft über die Höhe der Subventionen ermöglicht dies aber nicht. Das Wissen um die Höhe der Subventionen wird Wettbewerber/innen keine Vorteile schaffen und die Wettbewerbsfähigkeit des B nicht einschränken. Es handelt sich folglich bei der Höhe der Subventionen schon um kein Betriebs- und Geschäfts-

¹⁰⁹ Thomas Tyczewski/Till Elgeti, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Informationsfreiheitsrecht, in: NWVBl. 2006, S. 281 (283).

¹¹⁰ Michael Sitsen, IFG, 2009, S. 301 ff.

¹¹¹ BVerfG vom 21.02.1962, BVerfGE 14, 19 (22); Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 23. Aufl. 2007, Rn. 810.

¹¹² BVerwG vom 04.11.1965, BVerwGE 22, 286 (289); Jörn Ipsen, StaatsR II, 12. Aufl. 2009, Rn. 637.

¹¹³ Jörn Ipsen, StaatsR II, 12. Aufl. 2009, Rn. 635; Joachim Wieland, in: Dreier, GG, Band I, 1996, Art. 12 Rn. 51.

¹¹⁴ Michael Sitsen, IFG, 2009, S. 304.

¹¹⁵ BGH vom 10.05.1995, NJW 1995, 2301.

geheimnis. § 6 IFG wurde also von der Behörde und den Gerichten nicht richtig ausgelegt und angewandt. Dem K hätte die Auskunft über die Höhe der Subventionen erteilt werden müssen.

4. Zwischenergebnis

Die Verweigerung des Zugangs zu der Akte über die Bewilligung ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, jedenfalls soweit sie Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthält. Enthält sie auch Informationen, die nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind, so müssten geheimhaltungsbedürftige Informationen unkenntlich gemacht und dem K teilweiser Zugang zu den Informationen gewährt werden. Die Verweigerung der Auskunft über die Höhe der Subventionen lässt sich nicht mit § 6 IFG rechtfertigen. Dieser Eingriff war also verfassungswidrig.

II. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG ist als Auffanggrundrecht subsidiär zur Informationsfreiheit aus Art. 5 I 1 Alt. 2 GG.

C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des K ist zulässig und zum Teil begründet. Die Behörde und die Gerichte haben mit der Verweigerung der Auskunft über die Höhe der Subventionen verfassungswidrig in sein Grundrecht auf Informationsfreiheit aus Art. 5 I S. 1 Alt. 2 GG eingegriffen. Die Behörde muss dem K die Auskunft über die Höhe der Subventionen erteilen. Sollte die Akte über die Bewilligung der Subventionen auch Informationen enthalten, die keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse darstellen, so wurde auch insofern verfassungswidrig in die Informationsfreiheit des K eingegriffen. Insoweit hat die Verfassungsbeschwerde des K Aussicht auf Erfolg.

Florian Vogelsang*

Sind Schwestergesellschaften einer GmbH Normadressaten von § 39 I Nr. 5 InsO?

Im Insolvenzverfahren sind Darlehensforderungen eines Gesellschafters stets nachrangig gemäß § 39 I Nr. 5 InsO. Dies gilt nach den letzten Gesetzesänderungen (MoMiG) unabhängig davon, ob das Darlehen kapitalersetzenden Charakter hat oder nicht. Folglich ist die dogmatische Grundlage des Rangrücktritts umstritten. Bedeutsam wird dieser Streit, wenn es um die Einbeziehung Dritter in den Anwendungsbereich von § 39 I Nr. 5 InsO geht. Der Beitrag untersucht das Problem am Beispiel einer darlehensgebenden Schwestergesellschaft, wobei er sich für ein Festhalten an den Grundsätzen der Finanzierungsfolgenverantwortung ausspricht und erste Anwendungskriterien entwickelt. Im Ergebnis wird der neueren Rechtsprechung zugestimmt, die auf den rechtlich fundierten Finanzierungseinfluss des gemeinsamen Gesellschafters abstellt.

A. Einleitung

Der Bundesgesetzgeber hat im Zuge des MoMiG¹ im Jahre 2008 die insolvenzrechtliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch § 39 I Nr. 5 InsO neu geregelt.² Der Gesellschafter einer Gesellschaft i. S. d. § 39 IV 1 InsO kann eine Forderung aus einem Darlehen, das er der Gesellschaft gewährt hat, gem. § 39 I Nr. 5 InsO im Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen nur nachrangig geltend machen, sofern nicht die Ausnahmetatbestände des § 39 IV 2 InsO (sog. Sanierungsprivileg) oder des § 39 V InsO (sog. Kleinbeteiligungsprivileg) greifen. Damit verzichtet der Gesetzgeber auf die noch in § 39 I Nr. 5 InsO a. F. vorgesehene Beschränkung auf kapitalersetzende Darlehen und schafft durch Streichung von § 32a GmbHG a. F. eine rein insolvenzrechtliche Grundlage.³

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf der von Prof. Dr. iur. Reinhard Bork gestellten Schwerpunktbereichshausarbeit des Verfassers, die im Sommersemester 2010 mit „sehr gut“ bewertet wurde.

¹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I, S. 2026.

² BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

³ Vgl. *Kaspar Krolop*, Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte, in:

Es stellen sich daher alte Rechtsprobleme in neuem Lichte dar. Dies gilt auch für die bereits zu § 39 I Nr. 5 InsO a. F. umstrittene⁴ Frage, inwieweit auch Forderungen eines Nichtgesellschafters dieser Rechtsfolge unterliegen können. Dieser Problematik soll hier hinsichtlich der Einbeziehung von Schwestergesellschaften einer GmbH⁵ in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO nachgegangen werden. Schwestergesellschaften sind solche, die selbst keine Gesellschaftsanteile an der darlehensnehmenden GmbH halten, aber über einen identischen Gesellschafter verfügen.

Es soll also die Frage beantwortet werden, ob § 39 I Nr. 5 InsO im Falle einer sogenannten horizontalen Unternehmensfinanzierung⁶ durch eine Schwestergesellschaft Wirkung entfaltet: Sind Schwestergesellschaften einer GmbH Normadressaten des § 39 I Nr. 5 InsO?

Da § 39 I Nr. 5 InsO an bestehende Regelungskomplexe anknüpft, werden diese zunächst dargestellt (B), um anschließend die neue Rechtslage hinsichtlich der Fragestellung zu analysieren (C) und differenziert darzustellen (D). Die Ergebnisse werden im Fazit (E) zusammengefasst.

B. Gesellschafterdarlehen vor dem MoMiG

I. Eigenkapitalersatzrecht

Bereits vor Inkrafttreten des MoMiG ordnete § 39 I Nr. 5 InsO a. F. die Nachrangigkeit von Forderungen aus Gesellschafterdarlehen an. Diese Subordination galt allerdings nur für Forderungen aus Darlehen, die „kapitalersetzend“ waren.⁷ Damit verwies § 39 I Nr. 5 InsO a. F. auf § 32a I 1 GmbHG a. F., der die Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehensforderungen im Insolvenzfall einer GmbH spezialgesetzlich regelte. Kapitalersetzend waren Gesellschafterdarlehen dann, wenn sie zu einem Zeitpunkt gewährt wurden, in dem der Gesellschafter als ordentlicher Kaufmann Eigenkapital zugeführt hätte (Krise der Gesellschaft). Diese Formulierung konkretisierte die Rechtsprechung dahingehend, dass dieser Zeitpunkt vorlag, wenn die Gesellschaft kreditunwürdig war, d. h. auf dem Kapitalmarkt ein Darlehen von dritter Seite nicht mehr bekommen hätte.⁸

GmbHR 2009, S. 397 (397).

⁴ Vgl. *Wolfram Henckel*, in: Jaeger, InsO, 2004, § 39 Rn. 84 ff.

⁵ Die GmbH ist der „Prototyp“ des Anwendungsbereichs, vgl. § 39 IV 1 InsO.

⁶ Vgl. *Ulrich Noack*, Kapitalersatz bei verbundenen Unternehmen, in: GmbHR 1996, S. 153 (156).

⁷ Das Recht der Gesellschafterdarlehen wurde daher als „Eigenkapitalersatzrecht“ bezeichnet, vgl. nur *Walter Bayer/Simone Graff*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG, in: DStR 2006, S. 1654 (1654 f.).

⁸ BGH vom 24.03.1980, BGHZ 76, 326 (330).

Die maßgebliche tatbestandliche Voraussetzung für die Subordination von Gesellschafterdarlehensforderungen war demnach die Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter im Krisenzeitpunkt.⁹ In der Folge dehnte die Rechtsprechung den Begriff der Darlehensgewährung auch auf den Fall aus, dass ein gewährtes Darlehen im Krisenzeitpunkt nicht abgerufen, sondern bei der Gesellschaft belassen („stehengelassen“) wurde.¹⁰

II. Ratio der Finanzierungsfolgenverantwortung

Zentrales Merkmal der §§ 39 I Nr. 5 InsO, 32a I GmbHG a. F. war die Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters in der Krise der Gesellschaft. In diesem Merkmal spiegelte sich die inhaltliche Legitimation der Vorschriften wider.¹¹ Diese stellte eine besondere Ausprägung des Gläubigerschutzes dar:¹²

Der Gesellschafter steht in der Krise der Gesellschaft vor der Wahl, entweder die Liquidation der Gesellschaft einzuleiten oder sie mit eigenen Mitteln weiter zu finanzieren.¹³ Entscheidet er sich für die weitere Finanzierung, so kann er Eigenkapital in Form einer Kapitalerhöhung zuführen oder der Gesellschaft Fremdkapital in Form eines Darlehens zur Verfügung stellen. Zwischen diesen Varianten kann sich der Gesellschafter frei entscheiden (Grundsatz der Finanzierungsfreiheit).¹⁴

Aufgrund der Krisenlage muss aber der Gesellschafter Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaftsgläubiger nehmen. Für diese ist eine Verzögerung des drohenden Insolvenzverfahrens potenziell schädlich, da in dieser Zeit neue Verbindlichkeiten der Gesellschaft entstehen und Gesellschaftskapital abfließen kann.¹⁵ Der Gesellschafter hat daher ob der Krise eine besondere Verantwortung für die Folgen seiner Finanzierung (sog. Finanzierungsfolgenverantwortung).¹⁶ Er muss sich an seiner Finanzierungsentscheidung festhalten lassen und Darlehen an die Gesellschaft im Insolvenzfall vorrangig zur Gläubigerbefriedigung einsetzen. Keinesfalls kann der Gesellschafter zunächst die risikoärmere Finanzierung

⁹ Vgl. *Peter Hommelhoff*, in: v. Gerkan/ders. (Hg.), Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2. Aufl. 2002, Rn. 1.11.

¹⁰ BGH vom 26.11.1979, BGHZ 75, 334 (337).

¹¹ *Detlef Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 101.

¹² Vgl. dazu *Ulrich Haas*, Der Normzweck des Eigenkapitalersatzrechts, in: NZI 2001, S. 1 (2 ff.) und *Simon Markus Beck*, Kritik des Eigenkapitalersatzrechtes, 2006, S. 99 ff.

¹³ Vgl. dazu BGH vom 26.03.1984, BGHZ 90, 381 (390), sowie *Nicola Preuß*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 39 Rn. 25, Stand: Februar 2010.

¹⁴ BGH vom 24.03.1980, BGHZ 76, 330 (334 f.).

¹⁵ *Holger Altmeppen*, Änderungen der Kapitalersatz- und Insolvenzverschleppungshaftung, in: NJW 2005, S. 1911 (1914).

¹⁶ Vgl. dazu BGH vom 19.09.1988, BGHZ 105, 168 (175 f.) sowie BGH vom 07.09.1994, BGHZ 127, 336 (344 f.).

durch Fremdmittel wählen, um im Insolvenzfall das Ausfallrisiko auf die übrigen Gläubiger zu verteilen.¹⁷

III. Einbeziehung Dritter

§ 32a III 1 GmbHG a.F. sah die Einbeziehung von Dritten in den Anwendungsbereich der Subordinationsvorschriften vor, sofern deren Forderung der eines Gesellschafters „wirtschaftlich entsprach“. Interpretiert wurde diese Formulierung entsprechend der Legitimationsgrundlage unter dem Gesichtspunkt der Finanzierungsfolgenverantwortung.¹⁸ Wann eine Einbeziehung von Schwestergesellschaften in Betracht kam, war unter dem Eigenkapitalersatzrecht jedoch nicht abschließend geklärt.¹⁹ Einer näheren Untersuchung dieses Ansatzes bedarf es aber nur, sofern das Konzept der Finanzierungsfolgenverantwortung noch zu tragen vermag.

C. Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG

Der nunmehr einzig den Nachrang von Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall regelnde § 39 I Nr. 5 InsO verzichtet auf das in § 39 I Nr. 5 InsO a.F. noch genannte Merkmal des Kapitalersatzes und damit auf den Verweis auf § 32a I GmbHG a.F., der ersatzlos gestrichen wurde. Zudem hat § 39 I Nr. 5 InsO zwar die Formulierung des § 32a III 1 GmbHG a.F. partiell übernommen, aber auf die Erwähnung Dritter verzichtet. Die hier im Mittelpunkt stehende Schwestergesellschaft ist indes Nichtgesellschafter und damit formal ein solcher „Drittdarlehensgeber“. Entscheidend ist daher, ob Forderungen von Nichtgesellschaftern noch vom Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO umfasst sind und nach welchen Grundsätzen sich eine mögliche Erstreckung auf Dritte bestimmt.

I. Dritteinbeziehung im Grundsatz

Mit Blick auf den Wortlaut des § 32a III 1 GmbHG a.F. und den Verzicht des Gesetzgebers, beim Übertragen dieser Norm in die Insolvenzordnung auch die Erwähnung des „Dritten“ mit zu übernehmen, wurde bezüglich des Referentenentwurfs des MoMiG vereinzelt vertreten, dass Forderungen von Nichtgesellschaftern nunmehr gar nicht in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO fielen.²⁰ Der Gesetzgeber habe bewusst auf die Er-

wähnung von Dritten und damit auf deren Einbeziehung verzichtet.²¹

Einer solchen Auffassung steht jedoch die Gesetzesbegründung entgegen: Nach den Materialien sollte in § 39 I Nr. 5 InsO mit der Formulierung „Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“ der Anwendungsbereich des § 32a III 1 GmbHG a.F. gerade mit Blick auf die Einbeziehung Dritter übernommen werden.²² Angesichts der insoweit eindeutigen Gesetzesbegründung wird eine Einbeziehung Dritter unter der Entsprechungsklausel des § 39 I Nr. 5 InsO daher allgemein als zulässig erachtet.²³

II. Voraussetzungen der Dritteinbeziehung

Fraglich ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen Dritte in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO fallen. Zu bestimmen sind Kriterien, die den Kreis der einbezogenen Nichtgesellschafter begrenzen und an denen eine Einbeziehung von Schwestergesellschaften gemessen werden kann. Naheliegend ist es, § 39 I Nr. 5 InsO mit den gängigen Methoden juristischer Auslegung zu analysieren.

1. Wortlaut der Norm

Hinsichtlich maßgeblicher Kriterien für die Einbeziehung Dritter ist der Wortlaut unergiebig. Tatsächlich liegt mit der Formel des „wirtschaftlichen Entsprechens“ eine offen gehaltene Formulierung, mithin ein unbestimmter Rechtsbegriff vor.²⁴ Festzuhalten ist, dass der Gesetzgeber die Einbeziehung Dritter von wirtschaftlichen Aspekten abhängig macht. Die Forderung einer Schwestergesellschaft muss demnach wirtschaftlich einer Gesellschafterdarlehensforderung entsprechen.

2. Normhistorie und Gesetzesmaterialien

Aus den Gesetzesmaterialien ist zwar ersichtlich, dass der Gesetzgeber Dritte in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO einbeziehen wollte. Allerdings schweigt die Gesetzesbegründung zur Frage nach den Kriterien für eine solche Einbeziehung.

Fraglich könnte sein, ob der Gesetzgeber an die Grundsätze der Dritteinbeziehung vor dem MoMiG anknüpfen und damit die bestehende Rechtslage in dieser Hinsicht unverändert lassen wollte. Dafür könnte die knappe Formulierung der Gesetzesbegründung²⁵ sprechen, der An-

¹⁷ BGH vom 19.09.1988, BGHZ 105, 168 (175).

¹⁸ Adolf Baumbach/Alfred Hueck, in: dies., GmbHG, 19. Aufl. 2010, Anh. § 30 Rn. 34.

¹⁹ Alexander Schall, Die Zurechnung von Dritten im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen, in: ZIP 2010, S. 205 (205 f.).

²⁰ Eckhard Wälzholz, Die insolvenzrechtliche Behandlung haftungsbeschränkter Gesellschaften nach der Reform durch das MoMiG, in: DStR 2007, S. 1914 (1918); Roland Kammerer/Werner Geißelmeier, Der Rangrücktritt – Bestandsaufnahme und Auswirkungen des MoMiG im Handelsbilanz- und Steuerrecht, in: NZI 2007, S. 214 (218).

²¹ Eckhard Wälzholz, in: DStR 2007, S. 1914 (1918).

²² BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

²³ Vgl. statt aller nur Holger Altmeyen, in: Roth/ders., GmbHG, 6. Aufl. 2009, Anh. §§ 32a,b Rn. 19.

²⁴ Jan Thiessen, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 2010, Anh. § 30 Rn. 15.

²⁵ BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

wendungsbereich werde in sachlicher wie persönlicher Hinsicht übernommen.²⁶

In dieser Weise kann das Schweigen des Gesetzgebers in Bezug auf die Kriterien nach einer Einbeziehung Dritter jedoch nicht verstanden werden. Der Gesetzgeber hat mit einer generalklauselartigen Formulierung zwar die Einbeziehung Dritter eröffnet. Zu füllen ist diese jedoch anhand der Wertungen, die der Regelungsmaterie zu Grunde liegen.²⁷ Maßgeblich für die Einbeziehung von Schwestergesellschaften müssen demnach Systematik und Zweck der Regelung sein. Nur insoweit diese an die Rechtslage vor dem MoMiG anknüpfen, kann auf die vormaligen Kriterien für die Einbeziehung Dritter zurückgegriffen werden.

3. Systematischer Vergleich

Fraglich ist damit, inwieweit sich aus dem systematischen Vergleich mit anderen Normen Hinweise auf die Kriterien für die Anwendung des § 39 I Nr. 5 InsO auf Schwestergesellschaften ergeben.

Ein Rekurs auf § 138 InsO verbietet sich aufgrund der Besonderheiten des Insolvenzanfechtungsrechts: Die Anfechtbarkeit in der Fallkonstellation des § 39 I Nr. 5 InsO regelt speziell § 135 I InsO, der gerade auf dessen Anwendungsbereich verweist und damit nicht auf § 138 InsO Bezug nimmt. Insofern kann § 138 InsO für die Dritteinbeziehung nicht maßgeblich sein.²⁸

Der Vergleich mit § 44a InsO zeigt lediglich die Tatsache, dass die bloße Besicherung einer Forderung durch den Gesellschafter für die Gleichstellung im Rahmen des § 39 I Nr. 5 InsO nicht ausreicht, da andernfalls § 44a InsO überflüssig wäre.

Die systematische Analyse liefert damit keine Kriterien, an denen eine Einbeziehung von Schwestergesellschaften in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO gemessen werden könnte.

²⁶ So Bayer/Graff, in: DStR 2006, S. 1654 (1659); Markus Gehrlein, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, in: BB 2008, S. 846 (850); Silvia Schumacher, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2009, § 39 Rn. 10b; ähnlich auch Ulrich Ehrlicke, in: MüKo, InsO, 2. Aufl. 2007, § 39 Rn. 57.

²⁷ Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 121; Anette Neußner, in: Graf-Schlicker, InsO, 2. Aufl. 2010, § 39 Rn. 26.

²⁸ Heribert Hirte, Neuregelungen mit Bezug zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), in: ZInsO 2008, S. 689 (693); zumindest erwägend dagegen Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 127.

4. Bestimmung des Normzwecks

Damit dürfte die Einbeziehung Dritter, also auch Schwestergesellschaften, in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO maßgeblich vom Normzweck abhängen.²⁹

a) Meinungsspektrum

Der *telos* des § 39 I Nr. 5 InsO ist jedoch nach der Neufassung durch das MoMiG infolge der Streichung des Merkmals „kapitalersetzend“ umstritten.³⁰

aa) Prinzip der Haftungsbeschränkung

So wird in der Literatur teilweise angenommen, dass der Gesetzgeber einen grundlegenden Wechsel des dogmatischen Fundaments vorgenommen habe.³¹ Es komme nunmehr zentral auf den Anwendungsbereich der Regelung an: Dieser setze gem. § 39 IV 1 InsO einzig eine beschränkt persönliche Haftung der Gesellschafter voraus.³² Die Subordination seiner Darlehensforderung im Insolvenzfall sei aus Gläubigerschutzgründen der Preis des Gesellschafters dafür, dass er seine Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt habe (Theorie der beschränkten Haftung).³³ Die Regelung solle aus Gründen des Gläubigerschutzes ein missbräuchliches Ausnutzen der Haftungsbeschränkung verhindern.³⁴

Die Einbeziehung eines mit dem Gesellschafter verbundenen Unternehmens, insbesondere einer Schwestergesellschaft, in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO komme daher nur in Betracht, wenn diese sich die beschränkte Haftung des Gesellschafters zunutze mache.³⁵ Dies sei aber nur dann der Fall, wenn ein Haftungsverband zwischen Gesellschafter und Darlehensgeber besteht.³⁶ Ein solcher sei nur beim Vertragskonzern (§ 291 AktG) oder beim Eingliederungskonzern (§ 319 AktG) aufgrund der Verlustausgleichspflicht (§ 302 AktG) bzw. Eingliederungshaftung (§ 322 AktG) gegeben.³⁷ Nur un-

²⁹ Treffend Alexander Schall, in: ZIP 2010, S. 205 (208), der von „teleologischer Akzessorität“ spricht.

³⁰ Vgl. Nicola Preuß, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 39 Rn. 27 ff., Stand: Februar 2010.

³¹ Mathias Habersack, Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung, in: ZIP 2007, S. 2145 (2147).

³² Ulrich Huber/Mathias Habersack, Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, in: Lutter (Hg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, S. 370 (405); Tibor Fedke, Konzerninnenfinanzierung nach dem MoMiG in insolvenznahen Szenarien, in: NZG 2009, S. 928 (930).

³³ Mathias Habersack, in: ZIP 2007, S. 2145 (2147).

³⁴ Ulrich Huber, Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda, in: Festschrift für Hans-Joachim Priester, 2007, S. 259 (277).

³⁵ Ulrich Huber, in: FS Hans-Joachim Priester, 2007, S. 259 (280).

³⁶ Mathias Habersack, Die Erstreckung des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf Dritte, insbesondere im Unternehmensverbund, in: ZIP 2008, S. 2385 (2389).

³⁷ Mathias Habersack, in: ZIP 2008, S. 2385 (2389); Markus Lüdtke, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2009, § 39 Rn. 39; Nicola Preuß, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 39 Rn. 76, Stand: Februar 2010.

ter dieser Voraussetzung könnte demnach eine Schwestergesellschaft Normadressat von § 39 I Nr. 5 InsO sein.

bb) Theorie der Doppelrolle des Gesellschafters

Eine andere Ansicht betont als für den Normzweck maßgebliche Elemente die Darlehensvergabe als Finanzierungsentscheidung sowie die Doppelrolle des Gesellschafters.³⁸ Der Gesetzgeber legitimiere § 39 I Nr. 5 InsO (nur) über die Tatsache, dass der Gesellschafter „näher dran“ sei.³⁹ Ihm komme daher eine Finanzierungsfolgenverantwortung in dem reduzierten Sinne zu, dass er für die Finanzierung der Gesellschaft zuständig sei.⁴⁰ Auch treffe er nach wie vor eine Finanzierungsentscheidung.⁴¹ Diese Erwägungen könne man rechtspolitisch kritisieren (etwa ihnen insbesondere einen Mangel an inhaltlicher Legitimation für die Rechtsfolge des § 39 I Nr. 5 InsO vorwerfen⁴²), müsse sie aber *de lege lata* akzeptieren.⁴³

Für die Frage der Einbeziehung Dritter in den Adressatenkreis des § 39 I Nr. 5 InsO sollen aber weiterhin die auf der Grundlage der Finanzierungsfolgenverantwortung entwickelten Grundsätze gelten. Zum einen seien die nunmehr den Normzweck tragenden Elemente (Finanzierungszuständigkeit und Finanzierungsentscheidung) bereits darin enthalten gewesen.⁴⁴ Zum anderen werden diese Konzepte auch über die Finanzierungsfolgenverantwortung hinaus als tragfähig angesehen.⁴⁵ Die Einbeziehung von Schwestergesellschaften hänge demnach auch weiterhin von den früher geltenden Grundsätzen ab.

cc) Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung

Andere Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass die Finanzierungsfolgenverantwortung noch immer tragende *ratio* des § 39 I Nr. 5 InsO ist.⁴⁶ Die Streichung des

38 Karsten Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, §§ 32a/b a. F. Rn. 7; Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 115.

39 Karsten Schmidt, Eigenkapitalersatz, oder: Gesetzesrecht versus Rechtsprechungsrecht?, in: ZIP 2006, S. 1925 (1934).

40 Karsten Schmidt, Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, in: GmbHR 2009, S. 1009 (1015 f.).

41 Karsten Schmidt, in: GmbHR 2009, S. 1009 (1016).

42 Karsten Schmidt, in: ZIP 2006, S. 1925 (1934).

43 Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 116.

44 Karsten Schmidt, in: GmbHR 2009, S. 1009 (1018).

45 Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 124.

46 Holger Altmeyen, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, in: NJW 2008, S. 3601 (3602 f.); Reinhard Bork, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts?, in: ZGR 2007, S. 250 (257); Gerrit Hölzle, Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung nach dem MoMiG?, in: ZIP 2009, S. 1939 (1940); Christoph Keller/Thomas Schulz, Darlehen im Konzernverbund – Zum Begriff des Gesellschafters in §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO, in: Festschrift für Sebastian Spiegelberger, 2009, S. 761 (765 Fn. 29); Jürgen Spliedt, MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch, in: ZIP 2009, S. 149 (153).

Merkmals des Kapitalersatzes entbinde nur den Rechtsanwender von der Prüfung eines Merkmals, das im Falle eines Gesellschafterdarlehens ohnehin regelmäßig vorliege.⁴⁷ Tatsächlich werde das Vorliegen einer Krise und damit der Kapitalersatzcharakter des Darlehens nunmehr im Insolvenzfall unwiderleglich vermutet.⁴⁸

Wenn demnach der *telos* des Rangrücktritts von Gesellschafterdarlehen immer noch von der Finanzierungsfolgenverantwortung geprägt sei, dann bestimme sich auch die Einbeziehung von Schwestergesellschaften in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO nach diesen Grundsätzen.⁴⁹ Sie sei damit abhängig von der Idee einer Finanzierungsfolgenverantwortung.

b) Die Normzweckintention des Gesetzgebers

Werden § 39 I Nr. 5 InsO demnach unterschiedliche Zwecke unterstellt, so fragt sich zunächst, welcher dieser Zwecke dem Gesetzgeber bei der Neufassung vor Augen stand.

Zwar betont der Gesetzgeber, es solle nach dem MoMiG keine eigenkapitalersetzenden Darlehen mehr geben.⁵⁰ In diesem Sinne konsequent hat er das den Gedanken des Eigenkapitalersatzes prägende Tatbestandsmerkmal bewusst gestrichen.⁵¹ Diese Tatsache wird von den Befürwortern anderer Legitimationsgrundlagen als bewusste Abkehr vom Prinzip der Finanzierungsfolgenverantwortung verstanden.⁵²

Jedoch ist festzustellen, dass die Materialien zum Gesetzgebungsverfahren eine klare Aussage hinsichtlich des Normzwecks vermissen lassen.⁵³ Ihnen ist im Wesentlichen ein Bestreben nach Vereinfachung der Rechtslage und Verfahrensbeschleunigung zu entnehmen.⁵⁴ Damit lässt sich jedoch auch die Annahme der Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung durchaus in Einklang bringen.⁵⁵ Die Streichung eines Tatbestandsmerkmals hat stets eine vereinfachende Wirkung. Auch den Hinweis auf ein Anknüpfen an die Rechtslage vor dem MoMiG hinsichtlich der Einbeziehung Dritter könnte man so deuten, dass der Gesetzgeber zwar hinsichtlich des Prüfungsumfanges des Rechtsanwenders, nicht aber hinsichtlich der inhaltlichen Legitimation Änderungen vornehmen wollte.

47 Reinhard Bork, in: ZGR 2007, S. 250 (257).

48 Holger Altmeyen, in: NJW 2008, S. 3601 (3602 f.).

49 Reinhard Bork, in: ZGR 2007, S. 250 (258).

50 BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

51 BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

52 Detlef Kleindieck, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 64 Rn. 116.

53 Vgl. Georg Bitter, Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG, in: ZIP 2010, S. 1 (1) m. w. N.

54 BT-Drucks. 16/6140, S. 26; 42; 56.

55 Reinhard Bork, in: ZGR 2007, S. 250 (257). Deziert anders Holger Altmeyen, in: NJW 2008, S. 3601 (3602).

Insgesamt muss man konstatieren, dass der Gesetzgeber selbst keine Aussage über die hinter § 39 I Nr. 5 InsO stehenden Erwägungen gemacht hat. Weder kann sich eine der oben genannten Ansichten auf den klaren Willen des Gesetzgebers berufen, noch stehen sie im Widerspruch zu einem solchen.

c) Verfassungsrechtlicher Rahmen

Hinsichtlich der Interpretation von Rechtsnormen gilt der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung: Von mehreren möglichen Deutungen einer Rechtsnorm gelten (nur) diejenigen, die mit der Verfassung im Einklang stehen.⁵⁶ Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die vorgestellten Ansätze ergeben sich in zweierlei Hinsicht:

Die Theorien, die eine Fortgeltung der Finanzierungsfolgenverantwortung ablehnen, könnten an einem Legitimationsdefizit leiden, das einen möglichen Grundrechtseingriff nicht zu tragen vermag.⁵⁷ Dieser Einwand wird insbesondere gegen die Theorie der Haftungsbeschränkung im Hinblick auf Art. 3 I GG (aber auch Art. 12 I, 14 I GG) erhoben,⁵⁸ gilt aber grundsätzlich für alle Ansätze, die auf eine originäre Legitimation des § 39 I Nr. 5 InsO verzichten. Grundgedanke dabei ist die Annahme einer verfassungsrechtlich relevanten Ungleichbehandlung von Gesellschaftergläubigern und Nichtgesellschaftergläubigern im Insolvenzverfahren.

Indes könnte die Unterstellung des Krisenmerkmals in Form einer unwiderleglichen Vermutung hinsichtlich ihres pauschalierenden Charakters ebenfalls bedenklich im Hinblick auf Art. 3 I GG sein.⁵⁹ Sofern nämlich eine Krise nicht vorliegt, könnte die gleiche Rechtsfolge in verfassungswidriger Weise ungleiche Sachverhalte erfassen.

aa) Kein Bedürfnis einer Finanzierungsfolgenverantwortung

M. E. bedarf es der Finanzierungsfolgenverantwortung als inhaltliche Legitimation des § 39 I Nr. 5 InsO hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Grenzen nicht. Diejenigen, die eben dieses behaupten, gehen davon aus, dass in grundrechtliche Schutzbereiche eingegriffen werde und ein solcher Eingriff nicht durch die bloße Doppel-

stellung des Gesellschafters bzw. den Verweis auf dessen beschränkte Haftung zu rechtfertigen sei.⁶⁰

Dies ist jedoch nur auf den ersten Blick richtig: Tatsächlich hat der Gesetzgeber die Schutzbereiche der hier vermeintlich betroffenen Grundrechte bereits durch die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung ausgestaltet.

Die Haftungsbeschränkung des Gesellschafters auf das Gesellschaftsvermögen weicht von dem allgemeinen Grundsatz, dass jeder (nur und voll) mit seinem Vermögen haftet, ab: Sie erlaubt es dem Gesellschafter durch Errichtung eines neuen Haftungssubjekts, der Gesellschaft, unternehmerisch tätig zu werden, ohne für diese Tätigkeit mit dem eigenen Vermögen zu haften. Es liegt also bereits eine (legitimierte) Ungleichbehandlung i. S. d. Art. 3 I GG, eine Ausgestaltung der Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 I GG bzw. der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG vor. Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des § 39 I Nr. 5 InsO nur bloße Modifikation einer bereits durch die Haftungsbeschränkung geschaffenen Ausgestaltung, aber keine eigene Beschränkung der Schutzbereiche der gegebenenfalls betroffenen Grundrechte.

Dies verdeutlicht folgende Überlegung: Gäbe es keine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen, so würde das Vermögen des Gesellschafters, das er im Falle des § 39 I Nr. 5 InsO partiell der Gesellschaft als Darlehen zur Verfügung gestellt hat, ohnehin dem Zugriff der Gläubiger offenstehen. Der beschränkt haftende Gesellschafter wird daher nur insoweit schlechter gestellt, als er vorher aufgrund seiner Haftungsbeschränkung besser gestellt war. Einer besonderen Legitimation bedarf es dafür nicht.

bb) Erlaubte Pauschalierung durch den Gesetzgeber

Fraglich ist jedoch, ob die Annahme einer unwiderleglich vermuteten Krise verfassungsgemäß ist.⁶¹ Dieser Legitimationsansatz müsste ja zumindest in Fällen nicht krisenbedingter Finanzierung zu unstimmgigen Ergebnissen führen.

Dem Gesetzgeber ist jedoch eine gewisse Typisierung von Lebenssachverhalten erlaubt. Maßgeblich ist, inwieweit die gesetzliche Normierung tatsächlich dem Regelfall entspricht und wie groß die Zahl der Ausnahmen ist.⁶²

Unter Hinweis auf die Ausweitung des Krisenbegriffs und der Einbeziehung des „Stehenlassens“ von Darlehen durch die Rechtsprechung wird überwiegend davon ausgegangen, dass offene Darlehensforderungen des Ge-

⁵⁶ Vgl. etwa BVerfG vom 08.03.1972, BVerfGE 32, 373 (383 f.).

⁵⁷ Holger Altmeyen, in: NJW 2008, S. 3601 (3602); Gerrit Hölzle, Die Legitimation des Gesellschaftersonderopfers in der insolvenzrechtlichen Finanzierungsverstrickung, in: ZIP 2010, S. 913 (915); Wolfgang Marotzke, Im Überblick: Gesellschaftsinterne Nutzungsverhältnisse im Spiegel der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 103, 108 ff., 135 Abs. 1 und Abs. 3 InsO, in: ZInsO 2009, S. 2073 (2078).

⁵⁸ Holger Altmeyen, in: NJW 2008, S. 3601 (3602).

⁵⁹ Wolfgang Marotzke, Darlehen und sonstige Nutzungsüberlassungen im Spiegel des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO – eine alte Rechtsfrage in neuem Kontext, in: JZ 2010, S. 592 (599 f.).

⁶⁰ Holger Altmeyen, in: NJW 2008, S. 3061 (3602).

⁶¹ Wolfgang Marotzke, in: JZ 2010, S. 592 (600).

⁶² Christian Stark, in: v. Mangoldt/Klein/ders., GG, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 23.

AUFSÄTZE
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSPRECHUNG
REZENSIONEN

sellschafters im Insolvenzfall regelmäßig eine „Krisenfinanzierung“ darstellen.⁶³ Auch der Gesetzgeber nahm an, dass sich die Situation der Gesellschafter nicht verschlechtern werde. Er ging ebenfalls davon aus, dass i. F. von Gesellschafterdarlehen regelmäßig eine Krise vorliegt.⁶⁴ Sogar die Stimmen in der Literatur, die sich gegen eine Fortgeltung des Prinzips der Finanzierungsfolgenverantwortung aussprechen, sind der Ansicht, dass sachlich in den Anwendungsfällen des § 39 I Nr. 5 InsO regelmäßig von einer Finanzierung in Krisenzeiten auszugehen ist.⁶⁵ Wenn die Rangrückstufung damit ohnehin stets nur in Fällen in Betracht kommt, in denen eine Krisenfinanzierung vorliegt, also auch § 39 I Nr. 5 InsO a. F. gegriffen hätte, dann wird man dem Gesetzgeber eine typisierende Betrachtung und den Verzicht auf die Prüfung des Krisenmerkmals erlauben müssen.⁶⁶

c) Zwischenergebnis

Das Gebot der verfassungskonformen Auslegung zwingt nicht zu einem bestimmten Verständnis der *ratio* des § 39 I Nr. 5 InsO.

d) Der Normzweck im systematischen Zusammenhang

Möglich erscheint jedoch, dass sich aus dem systematischen Zusammenhang Rückschlüsse auf den Normzweck ziehen lassen.

Die Übernahme der Ausnahmeregelungen des Sanierungs- und Kleinbeteiligungsprivilegs (§ 39 IV 1, V InsO) im Zuge des MoMiG scheint für die Annahme einer Finanzierungsfolgenverantwortung zu sprechen. Beide Regelungen waren als Konkretisierungen der Finanzierungsfolgenverantwortung angesehen worden.⁶⁷ Das Kleinbeteiligungsprivileg etwa sollte dem Unternehmer zugute kommen, den aufgrund seiner nur minimalen Beteiligung eben keine Verantwortung für die Finanzierungsfolgen der Gesellschaft trifft.⁶⁸ Die Übernahme dieser Ausnahmeregelungen spricht tendenziell dafür, im Sinne eines konsistenten Normverständnisses⁶⁹ als Normratio weiterhin die Finanzierungsfolgenverantwortung anzusehen.

Die Verfechter anderer Erklärungsansätze begründen das Kleinbeteiligungsprivileg hingegen damit, dass bei

⁶³ Vgl. *Béla Knof*, Modernisierung des GmbH-Rechts an der Schnittstelle zum Insolvenzrecht – Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, in: *ZInsO* 2007, S. 125 (133); *Ulrich Haas*, Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, in: *ZInsO* 2007, S. 617 (621).

⁶⁴ BT-Drucks. 16/6140, S. 56.

⁶⁵ Vgl. nur *Ulrich Huber/Mathias Habersack*, in: Lutter (Hg.), *Kapital der Aktiengesellschaft*, 2006, S. 370 (408 f.).

⁶⁶ *Holger Altmeyen*, in: *NJW* 2008, S. 3601 (3603); kritisch *Wolfgang Marotzke*, in: *JZ* 2010, S. 592 (599).

⁶⁷ *Jan Thiessen*, *Johann Buddenbrook* und die Reform des GmbH-Rechts (Teil 1), in: *DStR* 2007, S. 202 (208).

⁶⁸ *Holger Altmeyen*, in: *Roth/ders.*, *GmbHG*, 6. Aufl. 2009, Anh. §§ 32 a, b Rn. 29.

⁶⁹ Kritisch zur Neuregelung daher *Wulf Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Rn. 58.

reinen Finanzbeteiligungen (und solche beschreibe eben diese Regelung) mangels unternehmerischer Tätigkeit die beschränkte Haftung ohnehin gerechtfertigt sei und keiner Kompensation durch § 39 I Nr. 5 InsO bedürfe.⁷⁰ § 39 IV 2 InsO sei Ausdruck eines allgemeinen Sanierungsgedankens und könne insofern für den Normzweck des § 39 I Nr. 5 InsO keine Aussagen liefern.⁷¹

Manches mag daher bei systematischer Betrachtung für die Annahme der Finanzierungsfolgenverantwortung sprechen, eine eindeutige Antwort auf die Frage nach dem Normzweck vermag jedoch auch die Gesetzessystematik nicht zu liefern.

e) Zwischenergebnis

Entscheidend für die Frage, ob Schwestergesellschaften Adressaten des § 39 I Nr. 5 InsO sind, ist der Normzweck. Dieser ist seit der Neufassung umstritten. Ein bestimmter gesetzgeberischer Wille ist nicht ersichtlich. Weder Verfassung noch Gesetzessystematik zwingen zu einem bestimmten Verständnis.

5. Stellungnahme

Damit stellt sich die Frage, welche der unterschiedlichen Auffassung unter wertender Betrachtung zu überzeugen vermag.

a) Zum Prinzip der Haftungsbeschränkung

Die Herleitung des Normtelos aus dem Prinzip der beschränkten Haftung kann für sich beanspruchen, sich am Normtext zu orientieren, indem sie auf den Anwendungsbereich (§ 39 IV 1 InsO) als entscheidenden Zu rechnungsgrund abstellt.

Allerdings leidet dieser Ansatz an einem Wertungswiderspruch in doppelter Hinsicht:

Zum einen können die Verfechter des haftungsrechtlichen Prinzips nicht erklären, warum nur Darlehensforderungen zum Ausgleich für die beschränkte Haftung herangezogen werden und nicht alle Gesellschafterforderungen dem Nachrang des § 39 I Nr. 5 InsO unterliegen.⁷² Das Prinzip der beschränkten Haftung kommt dem Gesellschafter schließlich nicht nur in Bezug auf Darlehensforderungen, sondern stets zugute. Konsequenterweise müssten insofern alle Gesellschafterforderungen im Insolvenzverfahren nachrangig sein.⁷³ Zu er-

⁷⁰ *Ulrich Huber/Mathias Habersack*, in: Lutter (Hg.), *Kapital der Aktiengesellschaft*, 2006, S. 370 (394).

⁷¹ *Karsten Schmidt*, in: *GmbHR* 2009, S. 1009 (1017).

⁷² *Reinhard Bork*, in: *ZGR* 2007, S. 250 (257).

⁷³ Genau dies forderten denn auch die Verfechter des Prinzips der Haftungsbeschränkung, vgl. *Ulrich Huber/Mathias Habersack*, *GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen*, in: *BB* 2006, S. 1 (2). Dass der Gesetzgeber ihnen in diesem Punkt nicht gefolgt ist, spricht gegen ihren Begründungsansatz.

klären ist die Beschränkung auf Darlehensforderungen nur dann, wenn das Darlehen kapitalersetzend ist und deswegen voll haften soll. Das ist indes der Grundgedanke des Konzepts der Finanzierungsfolgenverantwortung.

Zum anderen stellt sich die Frage, ob ein krisenunabhängiges Darlehen eines Gesellschafters gegenüber einem (möglicherweise krisenbedingten) Darlehen eines Dritten tatsächlich Nachrangigkeit verdient hat.⁷⁴ Der Gesellschaftergläubiger ist in diesem Fall genauso schützenswert wie jeder andere Fremdkapitalgeber. Die Tatsache, dass ein Nichtgesellschafter vom Darlehen eines Gesellschafters gem. § 39 I Nr. 5 InsO im Insolvenzfall profitiert, kann nur mit einem erhöhten Schutzbedürfnis des Nichtgesellschafters erklärt werden. Ein solches besteht gerade bei einer Vermögensgefährdung des Schuldners (vgl. nur die Wertung des § 490 I BGB) und damit in der Krise der Gesellschaft.

Letztlich spricht entscheidend gegen die Theorie der beschränkten Haftung, dass sie systemwidrig in die Haftungsverfassung beschränkt haftender Gesellschaften eingreift. Die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen speist sich aus dem Gedanken des Mindestkapitals, d. h. der Kapitalaufbringung und -erhaltung. Wenn der Gesetzgeber diese Regelungen als für den Gläubigerschutz nicht ausreichend erachtet hätte, dann wäre dort der richtige Ansatzpunkt für eine Korrektur gewesen. Über den Nachrang von Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall eine Art dynamisches Haftkapital einzuführen, war weder Absicht des Gesetzgebers noch trifft es den richtigen Punkt: Wenn kein Gesellschafterdarlehen ausgegeben wurde, die Gesellschaft aber trotzdem unterkapitalisiert ist, läuft der so vorgesehene Gläubigerschutz leer.

Insofern vermag die Theorie der beschränkten Haftung als dogmatische Grundlage des § 39 I Nr. 5 InsO nicht zu überzeugen.

b) Zur Theorie der Doppelrolle des Gesellschafters

Diese Argumente treffen zum Teil auch auf die Ansicht zu, die das dogmatische Fundament in der Doppelrolle des Gesellschafters erblicken will. Auch sie kann nicht erklären, warum nicht alle Forderungen des Gesellschafters vom Rangrücktritt erfasst sind: Die Doppelstellung des Gesellschafters trifft für alle seine Forderungen gegen die Gesellschaft zu, der Gesellschafter ist letztlich immer „näher dran“.

Tatsächlich beklagen denn auch die Vertreter dieser Ansicht ein Legitimationsdefizit auf Seiten des Gesetzge-

⁷⁴ Holger Altmeyden, in: Roth/ders., GmbHG, 6. Aufl. 2009, Anh. §§ 32a, b Rn. 8.

bers, sehen sich aber aufgrund des Wortlauts zu anderen Begründungsansätzen nicht instande.⁷⁵ Damit stellt sich die grundlegende Frage, inwieweit man einer unter einem solchen Defizit leidenden Norm ohne Rückkopplung an den Wortlaut einen bestimmten Normzweck unterstellen darf.⁷⁶

Dies ist zunächst eine methodische Frage. Eine Auslegung kann nicht dem erklärten Willen des Gesetzgebers zuwider laufen.⁷⁷ Ein klarer Wille des Gesetzgebers ist indes hinsichtlich des Normzwecks nicht ersichtlich.⁷⁸

Besteht insofern Raum dafür, die Regelung durch Interpretation mit einer überzeugenden Wertung⁷⁹ zu füllen, so spricht nichts dagegen, eben dies zu tun.⁸⁰ Weder Wortlaut noch gesetzgeberisches Ermessen entbinden den Interpreten von der Einkleidung einer Norm in ein überzeugendes Konzept.⁸¹ Ein Legitimationsdefizit muss nicht in Kauf genommen werden. Die Zurückhaltung, die sich die Theorie der Doppelstellung des Gesellschafters im Hinblick auf die inhaltliche Begründung auferlegt, ist nicht gerechtfertigt.

c) Zur Finanzierungsfolgenverantwortung

Fraglich bleibt, ob und inwieweit man einer Fortgeltung des Konzepts der Finanzierungsfolgenverantwortung unter einer unwiderleglichen Vermutung des Krisenmerkmals zustimmen darf.

Entgegen den Kritikern dieser Ansicht steht sie nicht im Widerspruch zum erklärten Willen des Gesetzgebers.⁸² Allerdings verzichtet der Wortlaut des § 39 I Nr. 5 InsO auf das Merkmal des Kapitalersatzes. Insofern kann man berechtigterweise die Frage stellen, inwieweit man es nun im Wege der Vermutung noch in den Tatbestand hineinlesen darf.⁸³

Allerdings kann die fehlende Anbindung im Wortlaut zumindest dann nicht entgegenstehen, wenn der Begründungsansatz historisch erklärbar ist und ein insgesamt schlüssiges Bild der gesetzlichen Konzeption erlaubt. Genau dies ist hier der Fall: Vor dem Hintergrund der bisherigen Legitimation der Subordination von Gesellschafterdarlehen ist ein Anknüpfen an das Konzept

⁷⁵ Vgl. oben C. II. 4. a. bb).

⁷⁶ Karsten Schmidt, in: GmbHR 2009, S. 1009 (1014).

⁷⁷ Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 149.

⁷⁸ Vgl. oben C. II. 4. b).

⁷⁹ Und für eine solche erachten die Vertreter dieser Ansicht gerade das Konzept der Finanzierungsfolgenverantwortung, vgl. etwa Karsten Schmidt, in: ZIP 2006, S. 1925 (1926).

⁸⁰ Ähnlich Wolfgang Servatius, Gläubigereinfluss durch Covenants, 2008, S. 497.

⁸¹ Holger Altmeyden, in: Roth/ders., GmbHG, 6. Aufl. 2009, Anh. §§ 32a, b Rn. 8 (gegen Ulrich Huber, in: FS Hans-Joachim Priester, 2007, S. 259 (275)).

⁸² Vgl. oben C. II. 4. b).

⁸³ Ulrich Huber, in: FS Hans-Joachim Priester, 2007, S. 259 (274).

AUFSÄTZE
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSSPRECHUNG
REZENSIONEN

der Finanzierungsfolgenverantwortung naheliegend. Die Streichung des Krisenmerkmals kann überzeugend mit dem gesetzgeberischen Willen nach Vereinfachung erklärt werden. Die Krisenfinanzierung (und damit die Finanzierungsfolgenverantwortung als inhaltliche Legitimation) weiterhin und unwiderleglich zu vermuten, stößt auch insofern auf keine Bedenken, als dass lediglich auf eine ohnehin im Regelfall erfüllte Tatbestandsvoraussetzung verzichtet wird.

Aus der Idee der Finanzierungsfolgenverantwortung heraus lässt sich die Beschränkung auf Darlehensforderungen sowie das Kleinbeteiligten- und Sanierungsprivileg schlüssig erklären. Es schafft einen Ausgleich zwischen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen dort, wo dies aufgrund besonderer Umstände notwendig ist, nämlich in der (nunmehr unwiderleglich vermuteten) Krise der Gesellschaft.⁸⁴

Es liefert insofern das überzeugende Konzept einer *ratio* des § 39 I Nr. 5 InsO.

III. Ergebnis

Normzweck des § 39 I Nr. 5 InsO ist auch nach der Neufassung durch das MoMiG der Gedanke der Finanzierungsfolgenverantwortung. Die Frage, ob Schwestergesellschaften einer GmbH Normadressaten des § 39 I Nr. 5 InsO sind, kann also unter Rückgriff auf die dazu entwickelten Grundsätze bestimmt werden.

D. Differenzierung nach Fallgruppen

Die Einbeziehung von Schwestergesellschaften in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO ist demnach maßgeblich vom Konzept der Finanzierungsfolgenverantwortung abhängig. Aus den dazu bereits bezüglich der §§ 39 I Nr. 5 InsO, 32a GmbHG a.F. entwickelten Grundsätzen lassen sich verschiedene Fallgruppen unterscheiden.

I. Mittelbare Stellvertretung

Eine Schwestergesellschaft ist zumindest dann Adressatin des § 39 I Nr. 5 InsO, wenn sie das Darlehen mit Mitteln oder für Rechnung des Gesellschafters gewährt.⁸⁵ In diesem Fall ist sie als mittelbare Stellvertreterin oder als „Strohmann“, d. h. als bloße Zahlungsmittlerin des Gesellschafters, tätig. Insofern ergibt sich die Einbeziehung

⁸⁴ Peter Hommelhoff, Für eine minimalinvasive und dennoch höchst effektive Reform des Eigenkapitalersatzrechts, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hg.), Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S. 115 (118).

⁸⁵ Allg. Meinung, vgl. nur Heribert Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 39 Rn. 41.

der Schwestergesellschaft zwanglos aus dem Gedanken der Finanzierungsfolgenverantwortung und dem des Umgehungsschutzes: Hier löst in Wahrheit der Gesellschafter seine Finanzierungsfolgenverantwortung aus. Er trägt das wirtschaftliche Risiko, da es sich entweder um seine Mittel handelt oder aber die Schwestergesellschaft im Innenverhältnisses einen Ausgleichanspruch (§ 670 BGB) hat. Durch die bloße Delegation der Mittelvergabe kann der Gesellschafter der Rechtsfolge des § 39 I Nr. 5 InsO nicht entgehen, die in diesem Fall auf die Schwestergesellschaft zu erstrecken ist.

II. Vertragskonzern

Einigkeit besteht auch darin, dass zumindest im Vertragskonzern gem. § 291 AktG, im Eingliederungskonzern gem. § 321 AktG sowie im qualifiziert faktischen Konzern⁸⁶ die darlehensgebende Schwestergesellschaft als Normadressatin des § 39 I Nr. 5 InsO anzusehen ist.⁸⁷ Dies ist sachgerecht, da in diesen Fällen aufgrund der Verlustausgleichspflicht bzw. der Eingliederungshaftung der §§ 302, 322 AktG kaum differenziert werden kann, ob das Darlehen aus dem Vermögen der Schwestergesellschaft oder des Gesellschafters stammt. Durch die vertragliche Konzerneinbindung ist die wirtschaftliche Selbstständigkeit der Schwestergesellschaft aufgehoben, das wirtschaftliche Risiko liegt beim Gesellschafter.⁸⁸ Damit entspricht gem. § 39 I Nr. 5 InsO das Darlehen der Schwestergesellschaft wirtschaftlich einem solchen des Gesellschafters.⁸⁹ Infolge der wirtschaftlichen Einheit zwischen Gesellschafter und Schwestergesellschaft ist die Darlehensgewährung durch einen der beiden als Finanzierungsentscheidung anzusehen, die die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters auslöst.

III. Sonstige Konstellationen

Damit verbleibt eine Betrachtung der Fallgestaltungen, in denen das der GmbH gewährte Darlehen wirtschaftlich aus dem Vermögen der Schwestergesellschaft entstammt und die Verbindung zwischen letzterer und Gesellschafter sich einzig über die Beteiligung ergibt. Die rechtliche Beurteilung dieser Konstellationen auf Basis der Finanzierungsfolgenverantwortung ist umstritten.⁹⁰

⁸⁶ Vgl. zu dieser Rechtsfigur Thomas Raiser/Rüdiger Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 53 Rn. 4 ff.

⁸⁷ Vgl. Holger Fleischer, in: v. Gerkan/Hommelhoff (Hg.), Kapitalersatzrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 12.25. Selbst die Vertreter der Theorie der beschränkten Haftung halten diese Konstellation für umfasst, siehe oben C. II. 4. a) aa).

⁸⁸ Holger Altmeppen, in: Roth/ders., GmbHG, 6. Aufl. 2009, §§ 32a, b Rn. 163.

⁸⁹ Holger Fleischer, in: v. Gerkan/Hommelhoff (Hg.), Kapitalersatzrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 12.25.

⁹⁰ Vgl. Alexander Schall, in: ZIP 2010, S. 205 (205 f.).

1. Rechtsprechung und Teile der Literatur

Unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien zu § 32a GmbHG a. F.⁹¹ hatte die Rechtsprechung zunächst angenommen, dass Darlehensforderungen Dritter im Insolvenzverfahren ebenfalls nachrangig waren, sofern der Dritte mit dem Gesellschafter i. S. d. §§ 15 ff. AktG⁹² verbunden war.⁹³ Diese weite Einbeziehung schränkte die Rechtsprechung dann auf den Fall einer wirtschaftlichen Einheit zwischen verbundenem Unternehmen und Gesellschafter ein.⁹⁴ Diese sei gegeben, wenn der Gesellschafter maßgeblichen Einfluss auf das darlehensgebende Verbundunternehmen ausüben könne.⁹⁵

Diese zunächst für die sog. vertikale Unternehmensfinanzierung entwickelten Grundsätze hat die Rechtsprechung auf die horizontale Unternehmensfinanzierung, insbesondere auf darlehensgebende Schwestergesellschaften, erstreckt.⁹⁶ Maßgeblicher Einfluss des Gesellschafters sollte dann gegeben sein, wenn dieser die Schwestergesellschaft durch seine Beteiligung zur Darlehensvergabe bestimmen konnte, insbesondere durch eine nach Gesetz oder Gesellschaftssatzung ausreichende Mehrheitsbeteiligung.⁹⁷ Diesen Grundsatz hat der BGH jüngst auf die rechtlich fundierte Möglichkeit der Einflussnahme des Gesellschafters auf die Schwestergesellschaft reduziert.⁹⁸ So soll etwa für eine mit dem Gesellschafter durch Mehrheitsbeteiligung verbundene AG ein Einbezug in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO ausscheiden, da in einer AG der Vorstand gem. § 76 I AktG unabhängig vom Gesellschafter agiere.⁹⁹ Die Literatur ist der Rechtsprechung teilweise gefolgt.¹⁰⁰

2. Abweichende Ansätze in der Literatur

Teilweise werden jedoch auch andere Kriterien als für die Einbeziehung von „einfachen“ Schwestergesellschaften maßgeblich erachtet. So wird vereinzelt die Einbeziehung aller i. S. d. §§ 15 ff. AktG verbundener Unternehmen verlangt.¹⁰¹ Eine Verbundenheit von Gesellschafter und darlehensgebender Gesellschaft nach §§ 16, 17 AktG würde die Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zum Umgehungsschutz, namentlich §§ 56 II, 71d S. 2 AktG eröffnen, deren Rechtsgedanke auch für § 39 I Nr. 5 InsO maßgeblich sei.¹⁰² Andererseits wird

an dem Begriff der wirtschaftlichen Einheit festgehalten, der eine Einbeziehung von Schwestergesellschaften in den Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO nur im Vertragskonzern (§ 291 AktG) gebiete und darüber hinaus nur erlaube, wenn zusätzliche Kriterien hinzutreten.¹⁰³ Das sei etwa dann der Fall, wenn die Schwestergesellschaft ähnlich einem mittelbaren Stellvertreter zur Finanzierung der darlehensnehmenden Tochtergesellschaft eingesetzt werde.¹⁰⁴ Schließlich wird vertreten, die §§ 15 ff. AktG als abgestufte Vermutungsregel hinsichtlich der Adressierung von Schwestergesellschaften durch § 39 I Nr. 5 InsO zu nutzen.¹⁰⁵

3. Stellungnahme

Im Falle der „einfachen“ Schwestergesellschaft zeigt sich die Bedeutung des dogmatischen Konzepts des § 39 I Nr. 5 InsO in aller Deutlichkeit: Leitet man die darin angeordnete Rechtsfolge aus dem Prinzip der beschränkten Haftung ab, so käme eine Einbeziehung mangels Haftungsverbandes zwischen Gesellschafter und Schwestergesellschaft nicht in Betracht.¹⁰⁶ Nach hier vertretener Ansicht beruht § 39 I Nr. 5 InsO aber weiterhin auf dem Konzept der Finanzierungsfolgenverantwortung. Dieses muss denn auch den Lösungsansatz liefern.

a) Die Struktur der Finanzierungsfolgenverantwortung

Die Finanzierungsfolgenverantwortung realisiert sich durch die (in der nunmehr unwiderleglich vermuteten Krise getroffene) Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters.¹⁰⁷ Sofern nicht der Gesellschafter, sondern die Schwestergesellschaft die Finanzierung einer GmbH übernimmt, kommt es zum Auseinanderfallen der entscheidenden Elemente: Die Finanzierungsentscheidung trifft nicht der Gesellschafter, sondern die Schwestergesellschaft. Nur die Überwindung dieser Disparität stellt die Finanzierungsfolgenverantwortung her, die es rechtfertigt, Schwestergesellschaften als Normadressat des § 39 I Nr. 5 InsO anzusehen. Überwunden wird dieses Auseinanderfallen dann, wenn sich die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft als eine solche des Gesellschafters darstellt.

b) Tatsächliche Beeinflussung

Sofern sich feststellen lässt, dass die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft durch den Gesellschafter beeinflusst wurde, muss die Schwestergesellschaft ebenfalls Normadressat des § 39 I Nr. 5 InsO sein. Soweit in diesem Fall nicht bereits eine mittelbare Stellvertretung vorliegt, überwindet die Beeinflussung durch den Gesellschafter die Trennung von Finanzierungsent-

91 BT-Drucks. 8/1347, S. 10 und 43.

92 Für deren rechtsformübergreifende Geltung vgl. *Thomas Raiser/Rüdiger Veil*, Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 50 Rn. 2f.

93 BGH vom 21.09.1981, BGHZ 81, 311 (315 f.).

94 BGH vom 19.09.1988, BGHZ 105, 168 (176 f.).

95 BGH vom 24.09.1990, ZIP 1990, 1467 (1468 f.).

96 BGH vom 21.06.1999, NJW 1999, 2822 (2822).

97 BGH vom 21.06.1999, NJW 1999, 2822 (2822).

98 BGH vom 05.05.2008, NJW-RR 2008, 1134 (1134 f.); vgl. auch OLG Köln vom 24.09.2009, ZInsO 2010, 238 (240).

99 BGH vom 05.05.2008, NJW-RR 2008, 1134 (1134 f.).

100 *Holger Altmepfen*, in: Roth/ders., GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 32a Rn. 169.

101 *Peter Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 32a Rn. 121.

102 So jüngst *Alexander Schall*, in: ZIP 2010, S. 205 (209).

103 *Marcus Lutter/Peter Hommelhoff*, in: dies., GmbHG, 16. Aufl. 2004, §§ 32a, b Rn. 64.

104 *Ulrich Noack*, in: GmbHR 1996, S. 153 (157).

105 *Karsten Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2006, §§ 32a, 32b Rn. 149.

106 Vgl. oben C. II. 4. a) aa).

107 *Karsten Schmidt*, in: GmbHR 2009, S. 1009 (1016).

scheidung und Gesellschafterstellung und stellt so die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters her. Problematisch dürfte sich indessen die Beweissituation darstellen: Die Beweislast liegt beim Insolvenzverwalter der darlehensnehmenden GmbH, dem der Nachweis einer Beeinflussung der Schwestergesellschaft durch den Gesellschafter oftmals schwerfallen dürfte.

c) Vermutete Beeinflussung

Damit stellt sich die Frage, inwieweit man aufgrund der bloßen Stellung der Darlehensgeberin als Schwestergesellschaft die Beeinflussung durch den Gesellschafter vermuten darf.

aa) Die Vermutungswirkung der §§ 15 ff. AktG

Naheliegender wäre es, eine Beeinflussung der Schwestergesellschaft durch den Gesellschafter stets anzunehmen, sofern diese mit dem Gesellschafter i. S. d. §§ 15 ff. AktG verbunden ist.

Sofern der Gesellschafter an der Schwestergesellschaft mehrheitlich beteiligt (§ 16 I AktG) ist oder sie von ihm abhängig (§ 17 I AktG) ist, vermutet § 18 I 3 AktG (ggf. i. V. m. § 17 II AktG) die einheitliche Leitung der Schwestergesellschaft im Rahmen eines (faktischen) Konzerns. Eine einheitliche Leitung könnte es rechtfertigen, Entscheidungen der Schwestergesellschaft als solche der Konzernleitung anzusehen und damit die hier entscheidende Trennung zwischen Gesellschafter und Finanzierungsentscheidung aufzuheben.

Allerdings geht die Vermutungswirkung der §§ 15 ff. AktG nur soweit, wie rechtlich vermittelte Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter bestehen.¹⁰⁸ Diese Normen stellen eine Vermutung darüber auf, inwieweit verbundene Unternehmen auf der Grundlage der rechtlich vorgesehenen Möglichkeiten vom Gesellschafter fremdbestimmt werden können.¹⁰⁹

bb) Finanzierungsentscheidung und Gesellschaftsrecht

Damit wird deutlich, dass die §§ 15 ff. AktG jeweils und nur dann für eine Vermutung der Einflussnahme des Gesellschafters auf die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft streiten, wenn die Vermutungswirkung eben diese Möglichkeit auch umfasst.

Dies setzt zunächst voraus, dass der Gesellschafter die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft tatsächlich rechtlich beeinflussen kann. Diese Frage beantwortet das maßgebliche Gesellschaftsrecht: Die Gesellschaftsform der Schwestergesellschaft und der damit

verbundene Regelungsrahmen entscheiden zum einen darüber, welches Organ der Schwestergesellschaft die Finanzierungsentscheidung trifft, zum anderen darüber, inwieweit Gesellschafter diese Entscheidung beeinflussen können.

So ist etwa in der GmbH der Geschäftsführer, dem die Besorgung der Geschäfte und damit auch die Finanzierungsentscheidung obliegt, im Rahmen der §§ 37 I, 45, 47 GmbHG den Weisungen der Gesellschafter unterworfen.¹¹⁰ Insofern besteht für den Gesellschafter in Abhängigkeit der gesetzlich oder durch Satzung bestimmten Mehrheitsverhältnisse rechtlich die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Finanzierungsentscheidung. Es ist damit gerechtfertigt, §§ 15 ff. AktG und die Einflussnahme des Gesellschafters auf die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft zu vermuten.

Bei Personengesellschaften gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft. Ist die darlehensgewährende Schwestergesellschaft also eine Personengesellschaft, so trifft die Finanzierungsentscheidung der Gesellschafter selbst. In diesem Fall liegt ein Auseinanderfallen von Gesellschafter und Finanzierungsentscheidung ohnehin nicht vor. Etwas anderes kann gelten, wenn abweichende Regelungen zur Anwendung gelangen wie etwa §§ 116 II, 119 HGB. Sofern etwa im Falle des § 119 II HGB Mehrheitsverhältnisse entscheidend sind, kann auch hier abhängig von der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages der Vermutung der §§ 15 ff. AktG gefolgt werden.

Anders verhält es sich bei der AG: Hier entscheidet der Vorstand gemäß § 76 I AktG in eigener Verantwortung. Eben diese Unabhängigkeit bleibt von den §§ 15 ff. AktG gänzlich unberührt.¹¹¹ Daran ändert auch § 311 AktG, der die Einflussnahme des Gesellschafters in Grenzen erlaubt, nichts.¹¹² Ist die darlehensgewährende Schwestergesellschaft also eine AG, so hat der Gesellschafter auf die Finanzierungsentscheidung keinen rechtlichen Einfluss. Die Vermutungen der §§ 15 ff. AktG, die ja gerade einen gesellschaftsrechtlich vermittelten Einfluss antizipieren, können also keine Anwendung finden. Anderes gilt nur, sofern es eine Personalidentität zwischen Gesellschafter und Vorstand gibt (Doppelmanats-Verbund), da in diesem Fall ebenfalls keine Trennung zwischen Finanzierungsentscheidung und Gesellschafterstellung gibt.

cc) Zwischenergebnis

Die Vermutung der Einflussnahme des Gesellschafters auf die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft

¹⁰⁸ Thomas Raiser/Rüdiger Veil, Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 51 Rn. 16.

¹⁰⁹ Thomas Raiser/Rüdiger Veil, Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 51 Rn. 16.

¹¹⁰ Christine Windbichler, Gesellschaftsrecht, 22. Aufl. 2009, § 22 Rn. 11.

¹¹¹ Thomas Raiser/Rüdiger Veil, Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 53 Rn. 10.

¹¹² Thomas Raiser/Rüdiger Veil, Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 53 Rn. 10.

schaft und damit verbunden die Herstellung der Finanzierungsfolgenverantwortung setzt die rechtliche Möglichkeit der Einflussnahme des Gesellschafters voraus. Diese Möglichkeit wird über das für die Schwestergesellschaft maßgebliche Gesellschaftsrecht definiert. Sofern dieses eine Einflussnahme zulässt, kann auf die §§ 15 ff. AktG zurückgegriffen werden. Da es sich i. F. d. §§ 15 ff. AktG um widerlegliche Vermutungen handelt, kann die Schwestergesellschaft diese widerlegen.

4. Ergebnis

Auch „einfache“ Schwestergesellschaften sind vom Anwendungsbereich des § 39 I Nr. 5 InsO umfasst. Entscheidend ist, dass die in dieser Konstellation auftretende Trennung von Finanzierungsentscheidung und Gesellschafterstellung überwunden wird und so die Finanzierungsfolgenverantwortung begründet wird. Dies gilt stets, wenn der Gesellschafter tatsächlich auf die Finanzierungsentscheidung der Schwestergesellschaft Einfluss hat. Sofern der Gesellschafter die gesellschaftsrechtlich vermittelte Möglichkeit der Einflussnahme auf die Schwestergesellschaft hat, kann die Wahrnehmung dieses Einflusses bei der Finanzierungsentscheidung (widerleglich) vermutet werden. Im Ergebnis ist damit der jüngeren Rechtsprechung zuzustimmen, die eine Einbeziehung verbundener Unternehmen zunächst von gesellschaftsrechtlich vermitteltem Einfluss und danach vom Beteiligungsausmaß abhängig macht.

E. Fazit

1. Schwestergesellschaften einer GmbH sind Normadressaten des § 39 I Nr. 5 InsO, wenn ihre Forderung der Darlehensforderung eines Gesellschafters wirtschaftlich entspricht.
2. Die Kriterien zur Ausfüllung dieser Generalklausel müssen durch Auslegung ermittelt werden. Entscheidend ist dabei der Normzweck.
3. Der Normzweck des § 39 I Nr. 5 InsO ist nach der Neufassung durch das MoMiG umstritten. Weder der gesetzgeberische Wille, noch die Systematik oder das Gebot der verfassungskonformen Auslegung können den Normzweck eingrenzen.
4. Überzeugen kann nur die Annahme einer nunmehr unwiderleglich vermuteten Krisenfinanzierung und damit das Anknüpfen an das Konzept der Finanzierungsfolgenverantwortung.
5. Unter dieser Prämisse sind Schwestergesellschaften einer GmbH zumindest dann Normadressaten des § 39 I

Nr. 5 InsO, wenn sie als Zahlungsmittler des Gesellschafters auftreten.

6. Gleiches gilt für Schwestergesellschaften, die mit dem Gesellschafter einen Vertragskonzern, Eingliederungskonzern oder qualifiziert faktischen Konzern bilden.

7. Für „einfache“ Schwestergesellschaften ist die Anwendung des § 39 I Nr. 5 InsO abhängig von einer Einflussnahme des Gesellschafters auf die Finanzierungsentscheidung. Sofern gesellschaftsrechtlich die Möglichkeit einer Einflussnahme besteht, kann sie bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen hinsichtlich i. S. d. §§ 15 ff. AktG verbundener Unternehmen (widerleglich) vermutet werden.

Bastian Alm*

Entwicklungstendenzen der Punitivität

Aufgabenstellung

In der Kriminologie wird seit Ende der 90er Jahre national wie international in zunehmendem Maße über eine wachsende Punitivität diskutiert. In der amerikanischen Literatur wird dies unter dem Stichwort „*punitive turn*“ abgehandelt. Gegenstand dieser fachlichen Diskussionen sind einerseits Verschärfungen des strafrechtlichen staatlichen Zugriffs und der Sanktionierungspraxis der Justiz in nahezu allen westlichen Ländern. Andererseits wird in diesen Debatten die Einstellung in der allgemeinen Bevölkerung zu Strafe, Strafrecht und Bestrafung thematisiert. Auch hier wird von vielen die These einer zunehmend stärkeren Befürwortung harter Bestrafung seitens der Allgemeinbevölkerung vertreten.

1) Bitte erläutern Sie, was in der kriminologischen Literatur unter dem Begriff der Punitivität verstanden wird und wie in der empirischen Forschung versucht wird, dieses Konstrukt zu erfassen.

2) Skizzieren Sie vor dem Hintergrund einer kritischen Einschätzung der Operationalisierung von Punitivität die zentralen empirischen Befunde von Studien, die sich mit der langfristigen Entwicklung von Punitivität in Deutschland befasst haben.

3) Versuchen Sie, die Entwicklungstendenzen der Punitivität in Deutschland mit Tendenzen in einigen ausgewählten anderen europäischen Ländern zu vergleichen, hierzu können Befunde des *International Crime Victimization Survey* (ICVS) herangezogen werden.

4) Welche Erklärungen werden für die vorgefundenen Entwicklungen der Punitivität in der Bevölkerung diskutiert? Beziehen Sie dazu selbst eine theoretisch begründete Position.

Bearbeitungshinweis:

Berücksichtigen Sie bei der Ausarbeitung u. a. folgende Literatur:

Reuband, K.-H. (2008). Wie punitiv sind die Ostdeutschen? Sanktionseinstellungen und Strafphilosophie der

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Schwerpunktbereichshausarbeit, die im Wintersemester 2009/10 von Dr. Dirk Enzmann an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „gut“ benotet.

Ost- und Westdeutschen im Vergleich. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 91, 144-155.

Simonson, J. (2009). Punitivität: Methodische und konzeptionelle Überlegungen zu einem viel verwendeten Begriff. *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, 20, 30–37.

Lösung

Aufgabe 1

A. Punitivität – ein schillernder Begriff

Was ist Punitivität? Der ehemalige Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts *Winfried Hassemer* umschreibt sie folgendermaßen:

„[...] [s]eit ich meine strafende Umwelt mit wachen Augen beobachten kann, habe ich nie so viel selbstverständliche Strafbereitschaft, ja Straffreude wahrgenommen wie heute.“¹

Tatsächlich gibt es für den vagen und vielschichtigen Begriff der Punitivität bislang keine einheitliche ausdifferenzierte kriminologische Definition.² Wohl allgemein anerkannt ist die Auffassung, dass Punitivität die Forderung nach bzw. die Neigung zu unverhältnismäßi-

1 *Winfried Hassemer*, Die neue Lust auf Strafe, in: Frankfurter Rundschau, Nr. 296 vom 20.12.2000, S. 16, https://emedien.sub.uni-hamburg.de/han/86776/www.wisonet.de/t_presse/genios.pdf?START=A40&TEMPLATE=pdf&WID=36532-9640430-20523_14 (06.03.2010).

2 Vgl. *Rüdiger Lautmann/Daniela Klimke*, Punitivität als Schlüsselbegriff für eine Kritische Kriminologie, in: Lautmann u. a. (Hg.), Punitivität, S. 9 (9); *Roger Matthews*, The myth of punitiveness, in: *Theoretical Criminology* 9 (2005), S. 175 (178); *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, Zur Punitivität in Deutschland, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 119 (121); *Helmut Kury*, Mehr Sicherheit durch mehr Strafe?, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 40/41 (2007), S. 30 (30); *Helmut Kury u. a.*, Punitivity in Germany: Attitudes to Punishment, Sentencing, and Prison Rates, in: *Kury/Ferdinand* (Hg.), *International Perspectives on Punitivity*, 2008, S. 107 (109); *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, Methodische Probleme bei der Erfassung von Sanktionseinstellungen (Punitivität) – Ein quantitativer und ein qualitativer Ansatz, in: *Groenemeyer/Wieseln* (Hg.), *Soziologie sozialer Probleme und sozialer Kontrolle: Realitäten, Repräsentationen und Politik*, 2008, S. 231 (231); *Hendrik Schneider*, Grundzüge der gegenwärtigen Strafrechtspflege und die Aufgabe der Kriminologie, in: *Hans Göppinger/Michael Bock* (Hg.), *Kriminologie*, 6. Aufl. 2008, S. 541 (547); *Helmut Kury u. a.*, Dimensions of Punitiveness in Germany, in: *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), S. 63 (64).

ger Härte bei der strafrechtlichen Sanktionierung beschreibt.³

Bei eingehenderer Betrachtung des Begriffs zeigen sich verschiedene Bereiche, in denen er sich jeweils unterschiedlich entfaltet.⁴ Über Anzahl und genaue inhaltliche Abgrenzung der Bereiche herrscht im Einzelfall keine Einigkeit in der Literatur. In Anlehnung an *Helmut Kury u. a.* können im Wesentlichen vier Bereiche unterschieden werden: der Bereich des Individuums, der Gesellschaft, der Strafrechtspraxis und der Gesetzgebung.⁵ Die verschiedenen Arten der Punitivität stehen inhaltlich zwar nebeneinander, beeinflussen sich jedoch gegenseitig mehr oder weniger stark.⁶

I. Der Bereich des Individuums

Wendet man den Begriff der Punitivität auf das Individuum an, spricht man auch von individueller Punitivität auf der Mikro-Ebene.⁷ Der Begriff der individuellen Punitivität bezeichnet die Strafhärteeinstellungen der/des Einzelnen.⁸

3 Roger Matthews, in: *Theoretical Criminology* 9 (2005), S. 175 (179); vgl. auch Stanley Cohen, *Social Control and the Politics of Reconstruction*, in: Nelken (Hg.), *The Futures of Criminology*, 1994, S. 63 (67); Helmut Kury/Theodore N. Ferdinand, *Public Opinion and Punitivity*, in: *International Journal of Law and Psychiatry* 22 (1999), S. 373 (388); Rüdiger Lautmann/Daniela Klimke, in: Lautmann u. a. (Hg.), *Punitivität*, S. 9 (10); Steven Stack, *Public Opinion on the Death Penalty: Analysis of Individual-level Data From 17 Nations*, in: *International Criminal Justice Review* 2004, S. 69 (72); Anna King/Shadd Maruna, *The function of fiction for a punitive public*, in: Mason (Hg.), *Captured by the Media. Prison discourse in popular culture*, 2006, S. 16 (18); Martin Killias u. a., *Swiss Crime Survey. Die Kriminalität in der Schweiz im Lichte der Opferbefragung von 1984 bis 2005*, 2007, S. 86; Karl-Ludwig Kunz, *Kriminologie*, 5. Aufl. 2008, S. 298; Shadd Maruna/Anna King, *Once a Criminal, Always a Criminal?: Redeemability and the Psychology of Punitive Public Attitudes*, in: *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), S. 7 (9).

4 Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 119 (125); vgl. auch David A. Green, *Feeding Wolves: Punitiveness and Culture*, in: *European Journal of Criminology* 6 (2009), S. 517 (519/520).

5 Vgl. Helmut Kury u. a., in: *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), S. 63 (65); z. T. andere inhaltliche Zuordnung bei Helmut Kury/Theodore N. Ferdinand, *Punitivity – An Introduction*, in: Kury/Ferdinand (Hg.), *International Perspectives*, 2008, S. 1 (2).

6 Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 119 (127); vgl. auch das „Zwiebelmodell“ nach Helmut Kury u. a., *Worüber sprechen wir, wenn wir über Punitivität sprechen? Versuch einer konzeptionellen und empirischen Begriffsbestimmung*, in: Lautmann u. a. (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 51 (52/53); Marcel Alexander Niggli, *Wieviel Strafe braucht der Mensch? Zur Strafdebatte in Europa*, in: Stapferhaus Lenzburg (Hg.), *Strafen. Ein Buch zur Strafkultur der Gegenwart*, 2004, S. 185 (194); Helmut Kury u. a., in: Kury/Ferdinand (Hg.), *International Perspectives*, 2008, S. 107 (109); Helmut Kury/Theodore N. Ferdinand, in: Kury/Ferdinand (Hg.), *International Perspectives*, 2008, S. 1 (2); Helmut Kury u. a., in: *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), S. 63 (65); Julia Simonson, *Punitivität: Methodische und konzeptionelle Überlegungen zu einem viel verwendeten Begriff*, in: *ZJJ* 2009, S. 30 (30).

7 Helmut Kury u. a., in: Lautmann u. a. (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 51 (52).

8 Stefan Suhling u. a., *Zur Messung von Strafeinstellungen. Argumente für den Einsatz von fiktiven Fallgeschichten*, in: *Zeitschrift für Sozialpsychologie* 36 (2005), S. 203 (204); vgl. auch Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 119 (125).

Einstellungen können umschrieben werden als „innere Vorprägungen“⁹, sogenannte psychologische Tendenzen, die sich darin zeigen, dass jemand Personen, Objekte oder Themen in gewissem Ausmaß positiv oder negativ bewertet.¹⁰ Strafhärteeinstellungen sind danach psychologische Tendenzen, die sich auf das Thema „harte Strafen“ beziehen.¹¹

Einstellungen haben eine kognitive (Meinungen), affektive (Gefühle) und verhaltensbezogene (Bereitschaft zum Handeln) Komponente.¹²

Neben Strafhärteeinstellungen gibt es zwei weitere Arten von Strafeinstellungen: die Strafzieleinstellung, die sich auf das Thema „Strafzweck“ bezieht, und die grundsätzliche Einstellung zu Strafen. Trotz inhaltlicher Berührungspunkte sind mit dem Begriff der individuellen Punitivität im engeren Sinne nur die Strafhärteeinstellungen gemeint.¹³

II. Der Bereich der Gesellschaft

Punitivität im gesellschaftlichen Bereich meint die „verselbstständigte Summe“ der individuellen Strafhärteeinstellungen, die wiederum die Strafhärteeinstellungen des Einzelnen beeinflussen. Diese Art der Punitivität auf der Makro-Ebene¹⁴ kann man auch als überindividuelle Punitivität bezeichnen.¹⁵

III. Der Bereich der Strafrechtspraxis

Justizielle Punitivität bezieht sich auf die Strafrechtspraxis¹⁶ und bezeichnet „[...] die Strafmentalitäten, wie sie sich im konkreten Handeln eines Justizappa-

9 Vgl. David G. Myers, *Psychologie*, 2008, S. 639.

10 Alice H. Eagly/Shelly Chaiken, *The psychology of attitudes*, 1993, S. 1.

11 Stefan Suhling u. a., in: *Zeitschrift für Sozialpsychologie* 36 (2005), S. 203 (204); vgl. auch Karl-Heinz Reuband, *Steigende Punitivität in der Bevölkerung – ein Mythos? Änderungen im Kriminalitätserleben der Bundesbürger und ihre Forderung nach härteren Strafen*, in: *NK* 2006, S. 99 (101).

12 Ute Gabriel/Werner Greve, *„Strafe muss sein!“ Sanktionsbedürfnisse und strafbezogene Einstellungen: Versuch einer systematischen Annäherung*, in: Pfeiffer/Greve (Hg.), *Forschungsthema „Kriminalität“: Festschrift für Heinz Barth*, 1996, S. 185 (191); vgl. auch Gerd Bohner/Michaela Wänke, *The psychology of attitudes and persuasion*, in: Wood/Gannon (Hg.), *Public Opinion and Criminal Justice*, 2009, S. 3 (5).

13 Stefan Suhling u. a., in: *Zeitschrift für Sozialpsychologie* 36 (2005), S. 203 (204); Karl-Heinz Reuband, in: *NK* 2006, S. 99 (101); vgl. dagegen Julia Simonson, in: *ZJJ* 2009, S. 30 (33), die Strafzieleinstellungen als eine Art der individuellen Punitivität betrachtet.

14 Vgl. die allgemeine Kritik von Christian Lüdemann/Thomas Ohlemacher, *Soziologie der Kriminalität. Theoretische und empirische Perspektiven*, 2002, S. 18, an der begrifflichen Unbestimmtheit des Mikro-Makro-Modells.

15 Vgl. Helmut Kury u. a., in: Lautmann u. a. (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 51 (52); Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 119 (125); Helmut Kury u. a., in: *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), S. 63 (65); Julia Simonson, in: *ZJJ* 2009, S. 30 (31).

16 Helmut Kury u. a., in: Lautmann u. a. (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 51 (52); Julia Simonson, in: *ZJJ* 2009, S. 30 (31).

rates ausdrücken[,] und deren Einfluss auf verhängte Kriminalstrafen“.¹⁷

IV. Der Bereich der Gesetzgebung

Mit der legislativen Punitivität ist die Härte der (Straf-) Gesetzgebung gemeint.¹⁸

B. Wie misst man Punitivität?

In der Forschung haben sich für jeden Bereich der Punitivität bestimmte Methoden etabliert.¹⁹ Harald Kania spricht sich darüber hinaus im Einzelfall für die Kombination verschiedener Methoden aus.²⁰

I. Individuelle Punitivität

In der Forschung zur individuellen Punitivität hat sich die zumeist schriftliche²¹ quantitative Befragung als Standardmethode durchgesetzt; qualitative Methoden sind die Ausnahme.²² Häufig wird in Replikationsstudien an bereits durchgeführte Befragungen angeknüpft.²³ Im Vordergrund steht die Erfassung der kognitiven und verhaltensbezogenen Elemente der Strafhärteeinstellungen der Befragten, da die Erhebung der affektiven Einstellungs-Komponente technisch problematisch ist.²⁴

Man kann im Wesentlichen zwei Befragungsmethoden unterscheiden, mit denen jeweils eher kognitive oder eher verhaltensbezogene Reaktionen erhoben werden sollen.²⁵

Die „einfache“ Befragungsmethode besteht darin, mit zumeist einzelnen mehr oder weniger allgemein gehaltenen Testfragen – oftmals eingebettet in Opferbefragungen –²⁶ vor allem das kognitive Element der Strafhärteeinstellung der/des Befragten zu erfassen.²⁷ Ein vielgebräuchlicher Indikator ist die Einstellung zur Todesstrafe;²⁸ häufig wird auch nach der Schärfe der Gesetze²⁹ oder der Rechtsprechung³⁰ gefragt.

Bei der sogenannten Vignettenmethode werden die Befragten mit einer erdachten Fallgeschichte konfrontiert. Typischerweise sollen die Teilnehmer/innen anschließend über die Art der Sanktion entscheiden. Hier steht eher das verhaltensbezogene Element der Strafhärteeinstellung im Vordergrund,³¹ weil sich die Testpersonen ihr Handeln vorstellen müssen.³² Eine höhere Verbindlichkeit der Antwort ist vermutlich die Folge.³³

Weiterhin werden in Untersuchungen zur individuellen Punitivität (auch) die Strafzieleinstellungen erfasst, um ggf. von der Entwicklung der Strafziel- auf die Strafhärteeinstellungen schließen zu können.³⁴ Es handelt sich in der Regel um „einfache“ Befragungen.

In verschiedenen Untersuchungen wurde ein Zusammenhang zwischen Strafziel- und Strafhärteeinstellung nachgewiesen, sowohl in Bezug auf den Strafzweck der Vergeltung als auch der Abschreckung.³⁵ Wie sich die einzelnen Strafzieleinstellungen konkret auswirken, ist jedoch noch nicht endgültig erforscht.³⁶ Auf die Bevölkerung in Deutschland bezogen ist z.B. der Zusammenhang mit dem Strafzweck „Abschreckung“ nur sehr

17 Helmut Kury u. a., in: Lautmann u. a. (Hg.), Punitivität, 2004, S. 51 (52); Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: Soziale Probleme 17 (2006), S. 119 (125); vgl. auch André Kuhn u. a., Öffentliche Meinung und Strenge der Richter, in: Crimscope 19 (2002), S. 1 (1), http://www.unil.ch/webdav/site/esc/shared/Crimscope/Crimscope019_2002_.pdf (10.03.2010).

18 Helmut Kury/Theodore N. Ferdinand, in: Kury/Ferdinand (Hg.), International Perspectives, 2008, S. 1 (2); Helmut Kury u. a., in: European Journal on Criminal Policy and Research 15 (2009), S. 63 (65).

19 Vgl. Helmut Kury u. a., in: Lautmann u. a. (Hg.), Punitivität, 2004, S. 51 (53).

20 Harald Kania, Kriminalitätsvorstellungen in der Bevölkerung. Eine qualitative Analyse von Alltagsvorstellungen und -theorien über Kriminalität, Diss. Freiburg i.Br. 2004, S. 38, <http://www.mpicc.de/www/de/pub/forschung/forschungsarbeit/kriminologie/archiv/kriminalitaetsvorstellungen.htm> (04.03.2010).

21 Helmut Kury u. a., in: Lautmann u. a. (Hg.), Punitivität, 2004, S. 51 (53).

22 Helmut Kury u. a., in: Lautmann u. a. (Hg.), Punitivität, 2004, S. 51 (53); vgl. z.B. Harald Kania, Kriminalitätsvorstellungen, Diss. Freiburg i.Br. 2004, <http://www.mpicc.de/www/de/pub/forschung/forschungsarbeit/kriminologie/archiv/kriminalitaetsvorstellungen.htm>; Stefan Kersting, Strafeinstellungen im Bereich der Jugendkriminalität. Eine explorative Untersuchung zur Entwicklung eines validen und reliablen Instruments zur Messung von Strafeinstellungen im Bereich der Jugendkriminalität, Diss. Hagen 2009, http://deposit.fernuni-hagen.de/2143/1/Diss_kersting.pdf (04.03.2010).

23 Vgl. z.B. Karl-Heinz Reuband, Wie punitiv sind die Ostdeutschen? Sanktionseinstellungen und Strafphilosophie der Ost- und Westdeutschen im Vergleich, in: MschrKrim 2008, S. 144 ff.

24 Stefan Suhling u. a., in: Zeitschrift für Sozialpsychologie 36 (2005), S. 203 (205).

25 Stefan Suhling u. a., in: Zeitschrift für Sozialpsychologie 36 (2005), S. 203 (205).

26 Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: Soziale Probleme 17 (2006), S. 119 (129); Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: Groenemeyer/Wieseln (Hg.), Soziologie sozialer Probleme, 2008, S. 231 (234).

27 Stefan Suhling u. a., in: Zeitschrift für Sozialpsychologie 36 (2005), S. 203 (205).

28 Julian V. Roberts/Mike Hough, Understanding public attitudes to criminal justice, 2005, S. 22; Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: Soziale Probleme 17 (2006), S. 119 (128).

29 Vgl. z.B. Renate Köcher, Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie 2003–2009 – Band 12, 2009, S. 177.

30 Julian V. Roberts/Mike Hough, Public attitudes, 2005, S. 76.

31 Stefan Suhling u. a., in: Zeitschrift für Sozialpsychologie 36 (2005), S. 203 (205, 207).

32 Stefan Suhling u. a., in: Zeitschrift für Sozialpsychologie 36 (2005), S. 203 (207).

33 Icek Ajzen, Attitudes, personality, and behavior, 1988, zitiert nach Stefan Suhling u. a., in: Zeitschrift für Sozialpsychologie 36 (2005), S. 203 (207).

34 Vgl. z.B. Karl-Heinz Reuband, Konstanz und Wandel in der „Strafphilosophie“ der Deutschen – Ausdruck stabiler Verhältnisse oder steigender Punitivität? Ergebnisse eines Langzeitvergleichs (1970–2003), in: Soziale Probleme 18 (2007), S. 186 ff.

35 Margit E. Oswald u. a., Lay-Perspectives on Criminal Deviance, Goals of Punishment, and Punitivity, in: Social Justice Research 15 (2002), S. 85 (87); Margit E. Oswald u. a., Mikro- versus Makroperspektive der retributiven Gerechtigkeit, Strafziele und die Forderung nach Strafe, in: Zeitschrift für Sozialpsychologie 34 (2003), S. 227 (228).

36 Vgl. Margit E. Oswald u. a., in: Zeitschrift für Sozialpsychologie 34 (2003), S. 227 (228).

schwach ausgeprägt.³⁷ Möglicherweise haben viele Befragte keine konkreten Vorstellungen von den abstrakten Strafzwecken.³⁸

II. Überindividuelle Punitivität

Überindividuelle Punitivität kann durch die Analyse der öffentlichen Diskussion in den Medien hinsichtlich „explizite[r] Strafforderungen“³⁹ erfasst werden.⁴⁰ Die überindividuelle Punitivität ist bislang verhältnismäßig wenig erforscht worden.⁴¹ *Helmut Kury u. a.* schlagen als Erhebungsmethoden sowohl quantitative als auch qualitative Medienanalysen vor.⁴²

III. Justizielle Punitivität

Punitivität in Bezug auf die Strafrechtspraxis wird insbesondere durch Sekundäranalysen der Kriminalstatistik erfasst.⁴³ Ein in der Forschung weitverbreiteter Indikator ist die Gefangenenrate.⁴⁴ Auch wird die justizielle Punitivität in den Merkmalen „Haftdauer“⁴⁵ und „Rate der Gefangenen im offenen Vollzug“ operationalisiert.⁴⁶ *Lyn Hinds* schlägt dagegen einen Perspektivwechsel vor hin zum „Anfang des Justizsystems“ und spricht sich für die „Dichte der Polizist/innen“ als alternativen Indikator aus.⁴⁷

IV. Legislative Punitivität

Um die gesetzgeberische Punitivität zu erfassen, werden die Gesetzesinhalte – wie beispielsweise die Erweiterung

der Strafbarkeit⁴⁸ – und Gesetzesbegründungen untersucht.⁴⁹

C. Zusammenfassung

Punitivität ist kein klar definierter Begriff, sondern muss in verschiedenen Kontexten inhaltlich konkretisiert und zu seiner empirischen Erfassung in unterschiedlichen Indikatoren operationalisiert werden.

In der Forschung zur individuellen Punitivität hat sich die quantitative Befragung als Standard-Erhebungsmethode etabliert. Die justizielle Punitivität wird insbesondere durch Sekundäranalysen der Kriminalstatistik erforscht.

Aufgabe 2

A. Zur Punitivitäts-Forschung in Deutschland

Die kriminologische Forschung zur langfristigen Entwicklung der Punitivität in Deutschland konzentriert sich auf die Erfassung der individuellen und justiziellen Punitivität.⁵⁰ Hier liegt der Schwerpunkt des folgenden Überblicks. Daneben wird auf die Befunde zur überindividuellen und legislativen Punitivität eingegangen.

B. Individuelle Punitivität

I. Gesamtbevölkerung

1. Strafzieleinstellungen

Die Ergebnisse einer Untersuchung von *Karl-Heinz Reuband*, die die Jahre 1970, 1990 und 2003 einschließt, deuten auf eine tendenzielle Konstanz bei den Strafzieleinstellungen in der Gesamtbevölkerung hin. Die Vergeltung war zudem bei jedem Befragungsdurchgang der mit Abstand am seltensten genannte Strafzweck.⁵¹

Die Ergebnisse zweier Untersuchungen des *Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen (KFN)* der Jahre 1992 und 2004⁵² und der *Allgemeinen Bevölkerungsumfrage der Sozialwissenschaften (ALLBUS)* von 1990 und

37 *Karl-Heinz Reuband*, in: *Soziale Probleme* 18 (2007), S. 186 (205); vgl. aber auch *Franz Streng*, *Sanktionseinstellungen bei Jura-Studierenden im Wandel*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 210 (224).

38 *Karl-Heinz Reuband*, in: *Soziale Probleme* 18 (2007), S. 186 (205); vgl. auch *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, in: *Groenemeyer/Wiesel* (Hg.), *Soziologie sozialer Probleme*, 2008, S. 231 (234).

39 *Oliver Brüchert*, *Woher kommt die Lust am Strafen? Einige Fallstricke kriminologischer Medienkritik*, in: *Lautmann u. a.* (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 230 (240).

40 *Helmut Kury u. a.*, in: *Lautmann u. a.* (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 51 (52); *Helmut Kury u. a.*, in: *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), S. 63 (65); *Julia Simonson*, in: *ZJJ* 2009, S. 30 (31).

41 *Helmut Kury u. a.*, in: *Lautmann u. a.* (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 51 (54); vgl. *Julia Simonson*, in: *ZJJ* 2009, S. 30 (32).

42 *Helmut Kury u. a.*, in: *Lautmann u. a.* (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 51 (54); ebenso *Julia Simonson*, in: *ZJJ* 2009, S. 30 (32).

43 *Helmut Kury u. a.*, in: *Lautmann u. a.* (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 51 (53).

44 Vgl. *Hanns von Hofer*, *Die Entwicklung der Gefangenenraten in achtzehn europäischen Ländern, 1983–2002 – ein Ausdruck für neue Straflust?*, in: *Lautmann u. a.* (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 193 (193); *Ulla V. Bondeson*, *Levels of punitiveness in Scandinavia: description and explanations*, in: *Pratt u. a.* (Hg.), *The New Punitiveness. Trends, theories, perspectives*, 2005, S. 190; *Lyn Hinds*, *Crime Control in Western countries, 1970 to 2000*, in: *Pratt u. a.* (Hg.), *The New Punitiveness*, 2005, S. 47 (49); *Julia Simonson*, in: *ZJJ* 2009, S. 30 (31).

45 *Julia Simonson*, in: *ZJJ* 2009, S. 30 (31).

46 *Helmut Kury u. a.*, in: *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), S. 63 (74).

47 *Lyn Hinds*, in: *Pratt u. a.* (Hg.), *The New Punitiveness*, 2005, S. 47 (49).

48 *Helmut Kury u. a.*, in: *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), S. 63 (65).

49 *Rüdiger Lautmann/Daniela Klimke*, in: *Lautmann u. a.* (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 9 (19); *Julia Simonson*, in: *ZJJ* 2009, S. 30 (31); vgl. auch *Gerry Johnstone/Tony Ward*, *Law/Crime*, 2010, S. 152.

50 *Helmut Kury u. a.*, in: *Lautmann u. a.* (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 51 (53/54).

51 *Karl-Heinz Reuband*, in: *Soziale Probleme* 18 (2007), S. 186 (193/194).

52 *Christian Pfeiffer u. a.*, *Die Medien, das Böse und wir? Zu den Auswirkungen der Mediennutzung auf Kriminalitätswahrnehmung, Strafbedürfnisse und Kriminalpolitik*, in: *MschrKrim* 2004, S. 415 (426).

2000⁵³ zeigen dagegen einen Anstieg der Überzeugung bei den Befragten, harte Strafen hätten eine abschreckende Wirkung. Eine vergleichbare Befragung des *Instituts für Demoskopie Allensbach (IfD)* aus dem Jahr 2006 lässt jedoch auf einen inzwischen gegenläufigen Trend schließen.⁵⁴

Die Fragestellung „Glauben Sie, daß man durch harte Strafen die Kriminalität senken kann?“, wie sie z. B. bei der *ALLBUS* verwendet wurde,⁵⁵ ist als Indikator für den Strafzweck „Abschreckung“ jedoch problematisch. Die Tatsache, dass jemand an die abschreckende Wirkung von harten Strafen glaubt, kann nicht zwangsläufig mit seiner Zustimmung gleichgesetzt werden. *Helmut Kury* und *Joachim Obergfell-Fuchs* äußern zudem die Vermutung, dass sich Befragte mit „non-attitudes“ sehr wahrscheinlich – gewissermaßen als Ersatz für die fehlende eigene Meinung – an der öffentlichen Meinung orientieren, wie sie durch die Medien vermittelt wird. Dies könne zu erheblichen Ergebnisverzerrungen führen.⁵⁶

Die Ergebnisse dreier von *Hans-Dieter Schwind u. a.* 1975, 1986 und 1998 in Bochum durchgeführten „einfachen“ Befragungen zeigen hinsichtlich der Strafzieleinstellungen, dass es bei den Befragten zwischen 1975 und 1998 einen starken Anstieg der Strafzwecke „Sühne oder Vergeltung“ und „Abschreckung“ gab. Dagegen wurde der Strafzweck der Resozialisierung im zeitlichen Vergleich deutlich seltener als wichtigster Strafzweck genannt.⁵⁷

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt *Franz Streng*. Von 1989 bis 2005 wurden Studienanfänger/innen im Fach Rechtswissenschaften u. a. zu ihren Strafzieleinstellungen befragt. Seit Mitte der 1990er Jahre stiegen die Werte sowohl für die negative General- und Spezialprävention als auch für die Vergeltung kontinuierlich an, während die Zustimmung zum Strafzweck der Resozialisierung stetig sank.⁵⁸

Die Allgemeingültigkeit der Ergebnisse beider Studien ist jedoch fraglich. Die Studie von *Hans-Dieter Schwind u. a.* ist auf eine Stadt begrenzt und bildet daher nicht die Situation in der Gesamtbevölkerung ab. Methodisch ist zudem problematisch, dass den Teilnehmer/innen durch

die Art der Fragestellung zu große Assoziationsspielräume gelassen wurden. Die Strafzieleinstellungen der Befragten könnten sich allein auf bestimmte, nach ihrer Ansicht „der Freiheitsstrafe würdige“ Tätergruppen bezogen haben.⁵⁹

Ebenso erlaubt die Studie von *Franz Streng* keine Rückschlüsse auf die (jüngere) Gesamtbevölkerung.⁶⁰ Die Befragten Jurastudierenden sind aufgrund ihrer Sozialisation nicht repräsentativ für ihre Altersgruppe.⁶¹

Angesichts der sehr unterschiedlichen empirischen Ergebnisse und zahlreicher methodischer Bedenken lässt sich kein eindeutiges Urteil darüber bilden, ob im Langzeitvergleich die Strafzwecke „Vergeltung“ und „Abschreckung“ vermehrt vertreten werden. Insbesondere wegen des empirisch noch nicht hinreichend erforschten Zusammenhangs von Strafzweck und Strafhärte⁶² sind Rückschlüsse auf eine erhöhte individuelle Punitivität problematisch.

2. Strafhärteeinstellungen

a) „Einfache“ Befragungen

Die Ergebnisse der „einfachen“ Befragungen zur langfristigen Entwicklung der Strafhärteeinstellungen deuten auf eine einheitliche Entwicklung hin.

Die Resultate der regelmäßigen Befragungen des *IfD* zur Einschätzung der Schärfe der Gesetze aus den Jahren 1998 bis 2008 zeigen einen Rückgang der individuellen Punitivität an.⁶³ Ähnlich ist der Verlauf der Werte hinsichtlich der Einstellung zur Todesstrafe. Seit 1996 ist die grundsätzliche Zustimmung deutlich gesunken und liegt sogar noch unter den Werten, die Anfang der 1990er Jahre gemessen wurden.⁶⁴

Aufgrund zahlreicher Fehlerquellen sind „einfache“ Befragungen zu den Strafhärteeinstellungen jedoch vielfach von zweifelhafter methodischer Qualität. Ergebnisse, die auf nur einer oder wenigen (globalen)⁶⁵ Fragen zur Punitivität beruhen, können die Vielschichtigkeit des Begriffs der Punitivität nicht abbilden.⁶⁶ In einigen

53 *GESIS – Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften*, Datenhandbuch *ALLBUS-Kumulation 1980–2008*. Studien-Nr. 4570, 2009, S. 479, <http://www.gesis.org/dienstleistungen/daten/umfragedaten/allbus/datenzugang/> (10.03.2010); *Renate Köcher*, *Demoskopie 2003–2009*, 2009, S. 182.

54 *Renate Köcher*, *Demoskopie 2003–2009*, 2009, S. 182.

55 *GESIS – Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften*, Datenhandbuch *ALLBUS*, 2009, S. 479, <http://www.gesis.org/dienstleistungen/daten/umfragedaten/allbus/datenzugang/>.

56 *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, in: *Groenemeyer/Wiesel* (Hg.), *Soziologie sozialer Probleme*, 2008, S. 231 (234).

57 *Hans-Dieter Schwind u. a.*, *Kriminalitätsphänomene im Langzeitvergleich am Beispiel einer deutschen Großstadt: Bochum 1975 – 1986 – 1998, 2001*, S. 204.

58 *Franz Streng*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 210 (212–215).

59 *Karl-Heinz Reuband*, in: *Soziale Probleme* 18 (2007), S. 186 (187); vgl. auch *Julian V. Roberts/Mike Hough*, *Public attitudes*, 2005, S. 23.

60 Vgl. *Franz Streng*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 210 (214, 223).

61 *Karl-Heinz Reuband*, in: *Soziale Probleme* 18 (2007), S. 186 (188).

62 Siehe Aufgabe 1, B. I.

63 *Elisabeth Noelle-Neumann/Renate Köcher*, *Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie 1998–2002 – Band 11*, 2002, S. 674; *Renate Köcher*, *Demoskopie 2003–2009*, 2009, S. 177; vgl. *Karl-Heinz Reuband*, in: *NK* 2006, S. 99 (101).

64 *Renate Köcher*, *Demoskopie 2003–2009*, 2009, S. 182; vgl. auch *Karl-Heinz Reuband*, *Konstanz und Wandel im Strafbedürfnis der Bundesbürger – 1970 bis 2003*, in: *Lautmann u. a.* (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 89 (98).

65 Vgl. *Jan Willem de Keijser/Henk Elffers*, *Cross-Jurisdictional Differences in Punitive Public Attitudes?*, in: *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), S. 47 (48/49).

66 *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, in: *Groenemeyer/Wiesel*

Untersuchungen wird daher die individuelle Punitivität anhand mehrerer Fragestellungen erfasst.⁶⁷

Zudem können ungenau gestellte und in keinem konkreten Kontext gestellte Fragen ergebnisverfälschende Assoziationen erzeugen.⁶⁸ Die vom *IfD* gestellte Frage nach der Einstellung zur Todesstrafe wird beispielsweise auf keinen anschaulichen Sachverhalt (z. B. einen Mordfall) bezogen.⁶⁹ Allgemein gilt: Je konkreter die Fragestellung ist, je mehr Informationen der/die Befragte erhält, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass er für besonders harte Strafen plädiert.⁷⁰

Darüber hinaus besteht bei der Zustimmung zur Todesstrafe als Indikator für individuelle Punitivität die Gefahr, dass die Befragten leichtfertig zustimmen, da es sich in Deutschland (aus rechtlicher Sicht) lediglich um eine hypothetische Frage handelt.⁷¹

b) Befragungen nach der Vignettenmethode

Die empirischen Befunde zu den Strafhärteeinstellungen, die nach der Vignettenmethode gewonnen wurden, sind dagegen uneinheitlich.

Die Teilnehmer/innen der *ALLBUS* von 1990 und 2000 sollten sich in die Lage versetzen, bestohlen worden zu sein. Der Schaden sei aber vom Täter ersetzt worden. Die Teilnehmer/innen sollten angeben, wie wichtig Ihnen die Bestrafung des Täters sei.⁷² Zwar ist der Anteil derjenigen, die für eine Bestrafung stimmten, stark gestiegen. Die Fragestellung ist jedoch unpräzise formuliert und lässt zudem nur bedingt Rückschlüsse auf die Strafhärteeinstellung der Befragten zu. Vielmehr wird die grundsätzliche Einstellung zu Strafen erfasst.

Die Studie von *Franz Streng* ergab,⁷³ dass die durchschnittliche Strafmaßvorstellung der befragten Jurastu-

dierenden für den Fall eines Affekttotschlags zwischen 1989 und 2005 deutlich anstieg;⁷⁴ ebenso wie die Befürwortung der lebenslangen Freiheitsstrafe.⁷⁵

Eine solch starke Entwicklung zeigt sich beim Vergleich der Ergebnisse des *International Crime and Victimization Survey (ICVS)/European Survey of Crime and Safety (EU ICS)* von 1989 und 2005 nicht. Die Teilnehmer/innen mussten im Rahmen einer Fallgeschichte über die Art der Sanktion für wiederholten Diebstahl entscheiden.⁷⁶ Der Anteil der (deutschen) Befragten, die sich für eine Freiheitsstrafe aussprachen, stieg nur moderat an.⁷⁷

Karl-Heinz Reuband konnte anhand von Befragungen in den Jahren 1970⁷⁸, 1982, 1987 und 2003 indes gar keinen allgemeinen Anstieg nachweisen.⁷⁹ Die Teilnehmer/innen wurden zu ihren Strafhärteeinstellungen in Bezug auf verschiedene Delikte befragt. Die Entwicklung der Strafhärteeinstellungen unterschied sich von Delikt zu Delikt; ein deutlicher Zuwachs konnte nur in Bezug auf Gewalt in der Ehe gemessen werden.⁸⁰

Grundsätzlich bietet die „Fallgeschichten“-Technik durch die größere Anschaulichkeit weniger Raum für ergebnisverzerrende Assoziationen bei den Befragten als „einfache“ Befragungen.⁸¹ Methodische Fehler wie bei der *ALLBUS* wurden z. B. beim *ICVS/EU ICS* weitgehend vermieden. Problematisch ist jedoch, dass die Punitivität nur anhand einer Fragestellung erfasst wird.

Allgemein gilt sowohl für „einfache“ als auch nach der Vignetten-Methode durchgeführte Befragungen, dass die Änderung der Reihenfolge der Fragen bzw. der Antwortmöglichkeiten die Ergebnisse möglicherweise verändert.⁸² Ein weiterer Verzerrungseffekt kann – insbesondere bei Befragten mit „non-attitudes“ – in Form

(Hg.), *Soziologie sozialer Probleme*, 2008, S. 231 (234).

67 Vgl. z. B. *Michael Windzio u. a.*, *Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität in der Bevölkerung. Welche Rolle spielen die Massenmedien? Ergebnisse der Befragungen zu Kriminalitätswahrnehmung und Strafeinstellungen 2004 und 2006*, 2007, <http://www.wedit.kfn.de/versions/kfn/assets/fb103.pdf> (10.03.2010).

68 *Stefan Suhling u. a.*, in: *Zeitschrift für Sozialpsychologie* 36 (2005), S. 203 (205); vgl. auch *Julian V. Roberts/Mike Hough*, *Public attitudes*, 2005, S. 23/24; *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, in: *Groenemeyer/Wieseln (Hg.), Soziologie sozialer Probleme*, 2008, S. 231 (234); *Hans Peter Henecka*, *Grundkurs Soziologie*, 9. Aufl. 2009, S. 224.

69 Vgl. dagegen *Karl-Heinz Reuband*, *Sanktionsverlangen im Wandel. Die Einstellung zur Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland seit 1950*, in: *KZfSS* 32 (1980), S. 535 (542).

70 *Helmut Kury/Theodore N. Ferdinand*, in: *International Journal of Law and Psychiatry* 22 (1999), S. 373 (389); *Julian V. Roberts/Mike Hough*, *Public attitudes*, 2005, S. 24.

71 *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, in: *Groenemeyer/Wieseln (Hg.), Soziologie sozialer Probleme*, 2008, S. 231 (234); vgl. Art. 102 GG.

72 *GESIS – Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften*, *Datenhandbuch ALLBUS*, 2009, S. 476, <http://www.gesis.org/dienstleistungen/daten/umfragedaten/allbus/datenzugang/>.

73 Siehe auch Aufgabe 2, B. I. 1.

74 *Franz Streng*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 210 (218–220).

75 *Franz Streng*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 210 (215/216).

76 *Jan van Dijk u. a.*, *The Burden of Crime in the EU. Research Report: A Comparative Analysis of the European Crime and Safety Survey (EU ICS) 2005, 2007*, S. 86–90, http://www.europeansafetyobservatory.eu/downloads/EUICS_The%20Burden%20of%20Crime%20in%20the%20EU.pdf (13.03.2010).

77 *Jan van Dijk u. a.*, *Criminal Victimization in International Perspective. Key findings from the 2004–2005 ICVS and EU ICS*, 2007, S. 149, http://rechten.uvt.nl/icvs/pdf/ICVSs2004_05.pdf (06.03.2010); vgl. *Helmut Kury*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 40/41 (2007), S. 30 (32).

78 *Karl-Heinz Reuband* replizierte die Studie von *Wolfgang Kaupen u. a.*, *Compendium of Results of a Representative Survey Among the German Population*, 1970.

79 *Karl-Heinz Reuband*, in: *Lautmann u. a. (Hg.), Punitivität*, 2004, S. 89 (97/98).

80 *Karl-Heinz Reuband*, in: *Lautmann u. a. (Hg.), Punitivität*, 2004, S. 89 (96/97).

81 *Stefan Suhling u. a.*, in: *Zeitschrift für Sozialpsychologie* 36 (2005), S. 203 (207).

82 Vgl. *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 119 (129); *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, in: *Groenemeyer/Wieseln (Hg.), Soziologie sozialer Probleme*, 2008, S. 231 (239).

der sogenannten „Ja-Sage-Tendenz“ auftreten.⁸³ Ebenso kann eine zu geringe Anzahl an verschiedenen Antwortmöglichkeiten dazu führen, dass Teilnehmer/innen mit einer Meinung, die nicht durch die vorgegebenen Antwortvarianten wiedergegeben wird, das „geringere Übel“ wählen.⁸⁴

c) Zusammenfassung und Bewertung

Wie die empirischen Befunde zu den Strafzieleinstellungen sind auch die Forschungsergebnisse zu den Straf Härteeinstellungen insgesamt uneinheitlich und daher schwer zu bewerten. Aufgrund zahlreicher methodischer Mängel – sowohl der „einfachen“ Befragungen als auch der Befragungen per Vignette – eignen sich die Studienergebnisse nur bedingt als Grundlage für ein fundiertes Urteil über die langfristige Entwicklung der Punitivität in der Gesamtbevölkerung. *Helmut Kury* und *Joachim Obergfell-Fuchs* merken überdies zu Recht an, dass die Studien nur eingeschränkt miteinander vergleichbar sind.⁸⁵

Der (methodisch größtenteils gelungene) *ICVS/EU ICS* deutet daraufhin,⁸⁶ dass es einen moderaten Anstieg der individuellen Punitivität gegeben hat. Dies widerspricht jedoch den Forschungsergebnissen von *Karl-Heinz Reuband*. Eine abschließende Bewertung kann daher nicht erfolgen. Die in der Kriminologie weitverbreitete Annahme einer Zunahme der Punitivität in der Bevölkerung⁸⁷ kann weder sicher bestätigt noch widerlegt werden.⁸⁸

Fritz Sack äußert angesichts der massiven Probleme bei der Erfassung von individueller Punitivität grundsätzliche Kritik an der gängigen Forschungspraxis.⁸⁹

II. West- und Ostdeutsche im Vergleich

In Bezug auf die Strafzieleinstellungen deuten die Forschungsergebnisse an, dass Ostdeutsche den Strafzweck „Erziehung“ häufiger bevorzugen als Westdeutsche. Weitere bedeutende Unterschiede zwischen West- und Ostdeutschen bestehen (vermutlich) nicht.⁹⁰

Die Studienergebnisse zu den Straf Härteeinstellungen deuten dagegen mehrheitlich auf einen Unterschied zwi-

schen West- und Ostdeutschen hin.⁹¹ Nach einer Studie des *IfD* im Zeitraum von 1998 bis 2006 befürworteten Ostdeutsche schärfere Gesetze im Allgemeinen deutlich häufiger.⁹² Ebenso dokumentieren die empirischen Befunde zur Todesstrafe seit 1992 eine größere Zustimmung der Ostdeutschen.⁹³ *Karl-Heinz Reuband* hat jedoch nachgewiesen, dass Ostdeutsche bei der Beurteilung konkreter Delikte nicht zwingend härtere Strafen fordern als Westdeutsche.⁹⁴

C. Überindividuelle Punitivität

Laut *Oliver Brüchert* wird in den Medien die Forderung nach härteren Strafen vergleichsweise selten erhoben; falls doch, dann größtenteils im Rahmen von spektakulären Einzelfällen⁹⁵. Dabei werde häufig nach einem „Schwarz-Weiß-Muster“ berichtet.⁹⁶ Da genauere empirische Befunde fehlen,⁹⁷ ist ein fundiertes Urteil über die überindividuelle Punitivität nicht möglich.

D. Justizielle Punitivität

I. Gefangenenrate

1. Gesamtdeutschland

Seit Anfang bis Ende der 1990er Jahre ist die Gefangenenrate⁹⁸ für Deutschland beständig angestiegen.⁹⁹ Betrachtet man in Abbildung 1 die Entwicklung der Zahlen der methodisch noch verhältnismäßig zuverlässigen *Annual Penal Statistics of the Council Of Europe (SPACE I)* ab 1999,¹⁰⁰ hat sich die Gefangenenrate zunächst verringert, blieb jedoch bis 2006 in etwa auf diesem niedrigeren Niveau. Seit 2007 sinkt die Gefangenenrate wieder.

⁹¹ Vgl. die bereits geäußerte Methodenkritik.

⁹² *Karl-Heinz Reuband*, in: NK 2006, S. 99 (101/102); ähnlich *Christian Babka von Gostomski u. a.*, Fremdenfeindlichkeit in den Bundesländern. Die schwierige Lage in Ostdeutschland, in: Heitmeyer (Hg.), *Deutsche Zustände – Folge 5*, 2007, S. 102 ff., zitiert nach *Karl-Heinz Reuband*, in: MschrKrim 2008, S. 144 (144).

⁹³ *Renate Köcher*, *Demoskopie 2003–2009*, 2009, S. 182.

⁹⁴ *Karl-Heinz Reuband*, in: MschrKrim 2008, S. 144 (152/153).

⁹⁵ Vgl. auch *Wolfgang Heinz*, Mehr und härtere Strafen = mehr Innere Sicherheit! Stimmt diese Gleichung? Strafrechtspolitik und Sanktionspraxis in Deutschland im Lichte kriminologischer Forschung, 2007, S. 1, http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_Mehr_und_haertere_Strafen_he306.pdf (07.03.2010).

⁹⁶ *Oliver Brüchert*, in: Lautmann u. a. (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 230 (240/241).

⁹⁷ *Julia Simonson*, in: ZJJ 2009, S. 30 (32).

⁹⁸ Die Gefangenenrate ist die Summe der Gefangenen, Sicherungsverwahrten und Untersuchungsgefangenen je 100 000 Einwohner.

⁹⁹ *Julia Simonson*, in: ZJJ 2009, S. 30 (31); *Wolfgang Heinz*, Strafrechtspolitik, 2007, S. 17, http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_Mehr_und_haertere_Strafen_he306.pdf.

¹⁰⁰ Die Daten für Deutschland beziehen sich in der *SPACE I*-Statistik bis 2004 auf unterschiedliche Stichtage, ab 2005 auf den 31.03. Bei der *World Prison Population List* werden regelmäßig Daten wechselnder Stichtage verwandt. Die beiden Statistiken sind, ebenso wie die Daten einer Statistik untereinander, größtenteils nicht vergleichbar.

⁸³ *Armin Scholl*, Die Befragung, 2003, S. 213, zitiert nach *Julia Simonson*, in: ZJJ 2009, S. 30 (35).

⁸⁴ *Julian V. Roberts/Mike Hough*, *Public attitudes*, 2005, S. 20/21.

⁸⁵ *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 119 (128).

⁸⁶ *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 119 (134).

⁸⁷ Vgl. *Karl-Heinz Reuband*, in: NK 2006, S. 99 (99).

⁸⁸ So im Ergebnis wohl auch *Karl-Heinz Reuband*, in: NK 2006, S. 99 (102).

⁸⁹ *Fritz Sack*, *Gesellschaftliche Entwicklung und Sanktionseinstellungen – Anmerkungen zur deutschen kriminalpolitischen Diskussion*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 155 (155/156).

⁹⁰ *Karl-Heinz Reuband*, in: MschrKrim 2008, S. 144 (153); vgl. auch *Karl-Heinz Reuband*, in: NK 2006, S. 99 (101).

Gefangene je 100.000 Einwohner	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
SPACE I (Stichtag ab 2005 durchgängig 31.03.)			98,3	95,8		95,2	96,4	96,5	95,7	95,8	94,5	
World Prison Population List (Stichtage uneinheitlich)	90		95	96			98	96		95		89

Abbildung 1: Gefangenenrate in Deutschland 1997–2008¹⁰¹

Vergleicht man die Zahlen der *World Prison Population List* für die Jahre 1997 und 2008, zeigt sich, dass die Gefangenenrate langfristig geringfügig gesunken ist.

Diese positive Entwicklung ist auch in der Berechnung von *Frieder Dünkel u. a.*¹⁰² zu beobachten. Trotz des Abwärtstrends der letzten Jahre liegt die aktuelle Gefangenenrate aber immer noch deutlich über den Werten der Zeit der Wiedervereinigung.¹⁰³ Vollzieht man den Verlauf der Gefangenenrate in den alten Ländern seit 1962 nach, stellt sich die Entwicklung der Zahlen als „Wellenbewegung“ dar. Auf Zeiten niedrigerer Gefangenenraten Anfang der 1970er Jahre und während der Wendezeit folgten Phasen des kontinuierlichen Anstiegs.¹⁰⁴ Möglicherweise findet derzeit ein erneuter Phasenwechsel hin zu niedrigeren Werten statt.

Ein Grund für die sinkenden Werte der letzten Jahre ist (auch) die stark abnehmende Zahl an Untersuchungsgefangenen seit Mitte der 1990er Jahre. Die Haftdauer ist konstant bis leicht rückläufig.¹⁰⁵

Die Zahl der Sicherungsverwahrten ist dagegen seit Ende der 1990er Jahre sowohl absolut als auch relativ in Bezug auf die Zahl aller Gefangenen kontinuierlich gestiegen.¹⁰⁶

101 Council of Europe, Annual Penal Statistics. SPACEI – Surveys 1999–2007, 2001–2009, http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/prisons_and_alternatives/Statistics_SPACE_I/List_Space_I.asp; Roy Walmsley, World Prison Population List, 1999, <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/r88.pdf>; ders., World Prison Population List (second edition), 2000, <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/r116.pdf>; ders., World Prison Population List (fourth edition), 2003, <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs2/r188.pdf>; ders., World Prison Population List (fifth edition), 2003, <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs2/r234.pdf>; ders., World Prison Population List (sixth edition), 2005, <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/world-prison-population-list-2005.pdf>; ders., World Prison Population List (seventh edition), 2007, <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/world-prison-pop-seventh.pdf>; ders., World Prison Population List (eighth edition), 2009, http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/wpp1-8th_41.pdf (alle 07.03.2010).

102 Frieder Dünkel u. a., Strafvollzug in Deutschland. Aktuelle rechtstatsächliche Befunde, in: Forum Strafvollzug 2010, S. 22 (22).

103 Vgl. Frieder Dünkel u. a., in: Forum Strafvollzug 2010, S. 22 (22).

104 Vgl. Frieder Dünkel u. a., in: Forum Strafvollzug 2010, S. 22 (22).

105 Frieder Dünkel u. a., in: Forum Strafvollzug 2010, S. 22 (22/23).

106 Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: Soziale Probleme 17 (2006), S. 119 (143/144); Wolfgang Heinz, Strafrechtspolitik, 2007, S. 18, http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_Mehr_und_haertere_

Zudem kann die Haftdauer die Gefangenenrate beeinflussen, da es sich um eine „Stichtagstatistik“ handelt.¹⁰⁷

Isoliert betrachtet deutet die Gefangenenrate auf eine (noch) erhöhte justizielle Punitivität hin. Jedoch ist die Aussagekraft der Gefangenenrate als alleiniger Indikator nur begrenzt.¹⁰⁸ Sie wird nicht nur von der Sanktionspraxis der Gerichte, sondern auch von der (schwer festzustellenden)¹⁰⁹ tatsächlichen Entwicklung der „haftrelevanten“ Kriminalität beeinflusst.¹¹⁰

Seit 2005 geht die „Hellfeld-Kriminalität“ insgesamt zurück. Die Zahl der Tötungsdelikte ist konstant; seit einigen Jahren sinkt die Zahl für Raub und räuberische Erpressung. Dagegen stiegen die Zahlen für gefährliche und schwere Körperverletzung sowie für Sexualdelikte seit Anfang der 1990er Jahre kontinuierlich an.¹¹¹

2. Länder

Betrachtet man die Zeit seit der Wende, verhielten sich die Gefangenenraten der westdeutschen Flächenländer in etwa analog zur gesamtdeutschen Gefangenenrate. Bemerkenswert ist die konstant sehr geringe Gefangenenrate Schleswig-Holsteins.

Davon zu unterscheiden ist die Entwicklung in den Stadtstaaten und den neuen Ländern. Hamburg war lange Zeit – noch vor Berlin – mit großem Abstand „Spit-

[Strafen_he306.pdf](#); Frieder Dünkel u. a., in: Forum Strafvollzug 2010, S. 22 (23/24).

107 Axel Groenemeyer, Punitivität im Kontext – Globale Konvergenzen der Kriminalpolitik oder Pfadgläubigkeit der Konstruktion abweichenden Verhaltens? Eine Bestandsaufnahme, in: ders. (Hg.), Soziale Probleme und politische Diskurse – Konstruktionen von Kriminalpolitik in sozialen Kontexten, 2003, S. 51 (60f.), zitiert nach Julia Simonson, in: ZJJ 2009, S. 30 (31).

108 Vgl. Lyn Hinds, in: Pratt u. a. (Hg.), The New Punitiveness, 2005, S. 47 (49).

109 Vgl. Nils Christie, Wieviel Kriminalität braucht die Gesellschaft?, 2005, S. 11; Marcelo F. Aebi u. a., European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics – 2006 (Third edition), 2006, S. 25, http://www.europeansourcebook.org/esb3_Full.pdf (12.03.2010).

110 Jan van Dijk, The world of crime: breaking the silence on problems of security, justice and development across the world, 2008, S. 260.

111 Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik. Grundtabelle – ohne Tatortverteilung – ab 1987, 2009, <http://www.bka.de/pks/zeitreihen/pdf/t01.pdf> (15.03.2010).

zenreiter“ bei der Gefangenenrate. Seit 2003 verringerte sich die Gefangenenrate jedoch um 40 Prozent¹¹².

Die neuen Länder hatten nach der Wiedervereinigung zunächst bedeutend geringere Gefangenenraten, die sich jedoch in der Folgezeit dem westdeutschen Niveau weitgehend angleichen. 2009 lag die Gefangenenrate für Ostdeutschland wieder deutlich unter dem westdeutschen Durchschnittswert.¹¹³

II. Haftdauer

1. Strafmaß

Von 1980 bis 2004 ist der Anteil der kürzeren Freiheitsstrafen von bis zu einem Jahr an der Gesamtzahl der verhängten Freiheitsstrafen gesunken. Dagegen sind langfristig betrachtet im Verhältnis deutlich mehr längere und lange Freiheitsstrafen – insbesondere Freiheitsstrafen von einem bis zwei Jahren – verhängt worden.¹¹⁴ Gleichzeitig ist aber auch der Anteil der Freiheitsstrafen, die zur Bewährung ausgesetzt wurden, gestiegen.¹¹⁵

Seit Anfang der 1990er Jahre gibt es einen leichten Rückgang des Anteils der verhängten Geldstrafen zugunsten der freiheitsentziehenden Maßnahmen.¹¹⁶

2. Vorzeitige Entlassung

In den letzten zwanzig Jahren ist der Anteil der Gefangenen deutlich gesunken, die nach der Verbüßung von zwei Dritteln der Haftzeit vorzeitig aus dem Vollzug entlassen wurden.¹¹⁷

III. Formen des Strafvollzugs

Der bundesdeutsche Anteil der erwachsenen Gefangenen im offenen Vollzug ist von 1996 bis 2009 um über drei Prozent gesunken.¹¹⁸

In den Ländern zeigt sich seit 1996 einerseits ein langfristiger starker Rückgang des offenen Vollzugs, besonders in Hamburg und Hessen. Andererseits ist in einigen Ländern eine Zunahme des – jedoch weiterhin geringen – Anteils des offenen Vollzugs zu beobachten.

Der Ost-West-Vergleich zeigt, dass der offene Vollzug in den alten Ländern anteilmäßig an Bedeutung verloren

hat, während in den neuen Ländern der Anteil des offenen Vollzugs langfristig gestiegen ist. Jedoch war der Anteil des offenen Vollzugs 2009 in den alten Ländern circa doppelt so hoch wie in den neuen Ländern.¹¹⁹

IV. Zusammenfassung und Bewertung

In der Gesamtschau der Forschungsergebnisse kann man von einer langfristig tendenziell (leicht) erhöhten justiziellen Punitivität sprechen. Diese Einschätzung muss jedoch vor dem Hintergrund gegenteiliger Entwicklungen – wie z. B. der vermehrten Verhängung von bedingten Freiheitsstrafen oder der tendenziell sinkenden Gefangenenrate – gesehen werden.

Die teilweise sehr uneinheitliche Entwicklung der Gefangenenraten und des Anteils des offenen Vollzugs in den Ländern deutet auf unterschiedliche Tendenzen hinsichtlich der justiziellen Punitivität hin.

E. Legislative Punitivität

Unter der Leitidee der „Bekämpfung“ der Kriminalität sind seit Anfang der 1990er Jahre zahlreiche Gesetze zur Verschärfung des Strafrechts verabschiedet worden.¹²⁰ Kritisiert wird in diesem Zusammenhang die fortschreitende Vorverlagerung der Strafbarkeit („Risikostrafrecht“).¹²¹ Auch wurden z. B. durch das 6. Strafrechtsreformgesetz von 1998 die Strafraumen „flächendeckend“ angehoben.¹²² In der Kriminalpolitik aktuell¹²³ besonders umstritten ist die stetige Ausweitung des Anwendungsbereichs der Sicherungsverwahrung.¹²⁴ Jedoch gibt es auch gegenteilige Entwicklungen wie z. B. die Einführung des Täter-Opfer-Ausgleichs.¹²⁵

Die Fortbildung des Strafprozessrechts steht seit den 1990er Jahren im Zeichen des Ausbaus der Ermittlungs-

112 Frieder Dünkel u. a., in: Forum Strafvollzug 2010, S. 22 (32).

113 Frieder Dünkel u. a., in: Forum Strafvollzug 2010, S. 22 (22/23).

114 Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: Soziale Probleme 17 (2006), S. 119 (142); vgl. auch Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2009, S. 388.

115 Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: Soziale Probleme 17 (2006), S. 119 (142); vgl. auch Wolfgang Heinz, Strafrechtspolitik, 2007, S. 1, 12, http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz_Mehr_und_haertere_Strafen_he306.pdf.

116 Bernd-Dieter Meier, Sanktionen, 2009, S. 44/45.

117 Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs, in: Groenemeyer/Wieseln (Hg.), Soziologie sozialer Probleme, 2008, S. 231 (232/233).

118 Frieder Dünkel u. a., in: Forum Strafvollzug 2010, S. 22 (31).

119 Vgl. Frieder Dünkel u. a., in: Forum Strafvollzug 2010, S. 22 (30/31).

120 Thomas Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2009, S. 262; vgl. auch Winfried Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, in: HRRS 2006, 130 (132), <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-04/hrrs-4-06.pdf> (23.03.2010); Monika Frommel, 40 Jahre Strafrechtsreform, in: NK 2008, S. 133 (135); Bernd-Dieter Meier, Sanktionen, 2009, S. 390; Heribert Ostendorf, Der Missbrauch von Opfern zum Zwecke der Strafschärfung, in: HRRS 2009, S. 158 (158), <http://www.hrrstrafrecht.de/hrr/archiv/09-04/hrrs-4-09.pdf> (03.03.2010).

121 Dorothea Rzepka, Punitivität in Politik und Gesetzgebung, in: Lautmann u. a. (Hg.), Punitivität, 2004, S. 136 (141, 145).

122 Bernd-Dieter Meier, Sanktionen, 2009, S. 390.

123 Vgl. zur nachträglichen Sicherungsverwahrung nach Jugendstrafrecht BGH vom 09.03.2010 – 1 StR 554/09.

124 Bernd-Dieter Meier, Sanktionen, 2009, S. 297/298; Thomas Vormbaum, Strafrechtsgeschichte, 2009, S. 262/263; vgl. auch Heribert Ostendorf, in: HRRS 2009, S. 158 (158), <http://www.hrrstrafrecht.de/hrr/archiv/09-04/hrrs-4-09.pdf>.

125 Bernd-Dieter Meier, Sanktionen, 2009, S. 390.

maßnahmen und Zwangsmittel (z. B. Einführung des „großen Lauschangriffs“)^{126, 127}

Besonders deutlich zeigt sich die allgemeine Tendenz der „Kriminalitätsbekämpfung“ in der Verwaltungsrechtsgesetzgebung.¹²⁸ Im Zuge der sicherheitspolitischen Debatte über die Bedrohung durch den islamistischen Terrorismus verschwimmen zunehmend die rechtlichen Grenzen zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung.¹²⁹ In diesem Zusammenhang steht auch das kürzlich vom BVerfG kassierte sogenannte Gesetz zur Vorratsdatenspeicherung.¹³⁰

Diese Entwicklungen deuten auf eine Verstärkung der legislativen Punitivität hin.

F. Zusammenfassung und Bewertung

Ein Urteil zur individuellen Punitivität in Deutschland ist wegen der zahlreichen methodischen Mängel der Studien nicht möglich. Auch eine Bewertung der überindividuellen Punitivität ist aufgrund der geringen Zahl der empirischen Befunde problematisch. Dagegen kann von einer (leicht) erhöhten justiziellen und legislativen Punitivität ausgegangen werden.

Aufgabe 3

A. Vergleich der Punitivität in Deutschland und Europa

I. Individuelle Punitivität

Im Rahmen des *ICVS/EU ICS* wurden die Strafhärteeinstellungen der Teilnehmer/innen mit folgender Fragestellung in Form einer Fallgeschichte erfasst:

„People have different ideas about the sentences which should be given to offenders. Take for instance the case of a 21 year old [sic] man who is found guilty of burglary

for the second time. This time he's taken a TV. Which of the following sentences do you consider the most appropriate for such a case?“¹³¹

Die Befragten konnten zwischen gemeinnütziger Arbeit, Geldstrafe, bedingter Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe ohne Bewährung als Sanktion wählen. Dabei stellt der Anteil der unbedingten Freiheitsstrafe den Indikator für den Grad der individuellen Punitivität dar.¹³² Die Proband/innen, die sich für eine unbedingte Freiheitsstrafe entschieden, wurden zusätzlich nach der Dauer der Strafe gefragt.¹³³

1. Ergebnisse des ICVS/EU ICS 2004/2005

Vergleicht man die jeweiligen Anteile der gewählten Sanktionen, zeigen sich deutliche Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern (Abbildung 2).¹³⁴ Trotz z. T. fließender Übergänge bietet es sich an, die Staaten anhand der Studienergebnisse verschiedenen Gruppen zuzuordnen.¹³⁵

Die Gruppe mit den höchsten Zustimmungsraten für eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung von knapp 50 und mehr Prozent bilden England und Wales, Schottland und Nordirland. Zu einer weiteren Gruppe gehören Polen, Schweden, die Niederlande, Norwegen, Estland und Italien mit Werten zwischen 24 und 34 Prozent. Die letzte Gruppe bilden Staaten, die mit unter 20 Prozent die niedrigsten Werte aufweisen: Deutschland, Dänemark, Belgien, Spanien, Portugal, Finnland, Österreich, Frankreich und die Schweiz.

Wie groß der Abstand zwischen den Ergebnissen im Einzelfall ist, lässt sich anhand einer Gegenüberstellung der Extremwerte darstellen. Während in England, Wales und Nordirland über die Hälfte der Befragten eine unbedingte Freiheitsstrafe verhängen würde, sind es in der Schweiz nur 12 Prozent.¹³⁶ Deutschland liegt mit 19 Prozent im Mittelfeld.¹³⁷

¹²⁶ Vgl. Wolfgang Heinz, Das deutsche Strafverfahren. Rechtliche Grundlagen, rechtstatsächliche Befunde, historische Entwicklung und aktuelle Tendenzen, 2004, S. 34, <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz-Strafverfahren-2004.pdf> (08.03.2010); Monika Frommel, in: NK 2008, S. 133 (135).

¹²⁷ Wolfgang Heinz, Strafverfahren, 2004, S. 34, <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz-Strafverfahren-2004.pdf>; Dorothea Rzepka, in: Lautmann u. a. (Hg.), Punitivität, 2004, S. 136 (146).

¹²⁸ Vgl. Michael Jasch, Probleme und Perspektiven der Kriminologie in der Sicherheitsgesellschaft, in: Liebl (Hg.), Kriminologie im 21. Jahrhundert, 2007, S. 203 (208).

¹²⁹ Dorothea Rzepka, in: Lautmann u. a. (Hg.), Punitivität, 2004, S. 136 (136, 141); Monika Frommel, in: NK 2008, S. 133 (135); vgl. auch Wolfgang Heinz, Strafverfahren, 2004, S. 37, <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Heinz-Strafverfahren-2004.pdf>; Hans-Jörg Albrecht, Perspektiven kriminologischer Forschung. Der Wandel im Konzept der Sicherheit und neue Aufgabenfelder der Kriminologie, in: Liebl (Hg.), Kriminologie im 21. Jahrhundert, 2007, S. 177 (178).

¹³⁰ BVerfG vom 02.03.2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08.

¹³¹ Bernd Kühnrich/Harald Kania, Attitudes towards Punishment in the European Union. Results from the 2005 European Crime Survey (ECSS) with Focus on Germany, 2005, S. 10/11, <http://www.european-safetyobservatory.eu/doc/Punitiveness.pdf> (13.03.2010); vgl. Martin Killias u. a., Swiss Crime Survey, 2007, S. 86.

¹³² Vgl. Bernd Kühnrich/Harald Kania, Attitudes towards Punishment, 2005, S. 15, <http://www.europeansafetyobservatory.eu/doc/Punitiveness.pdf>.

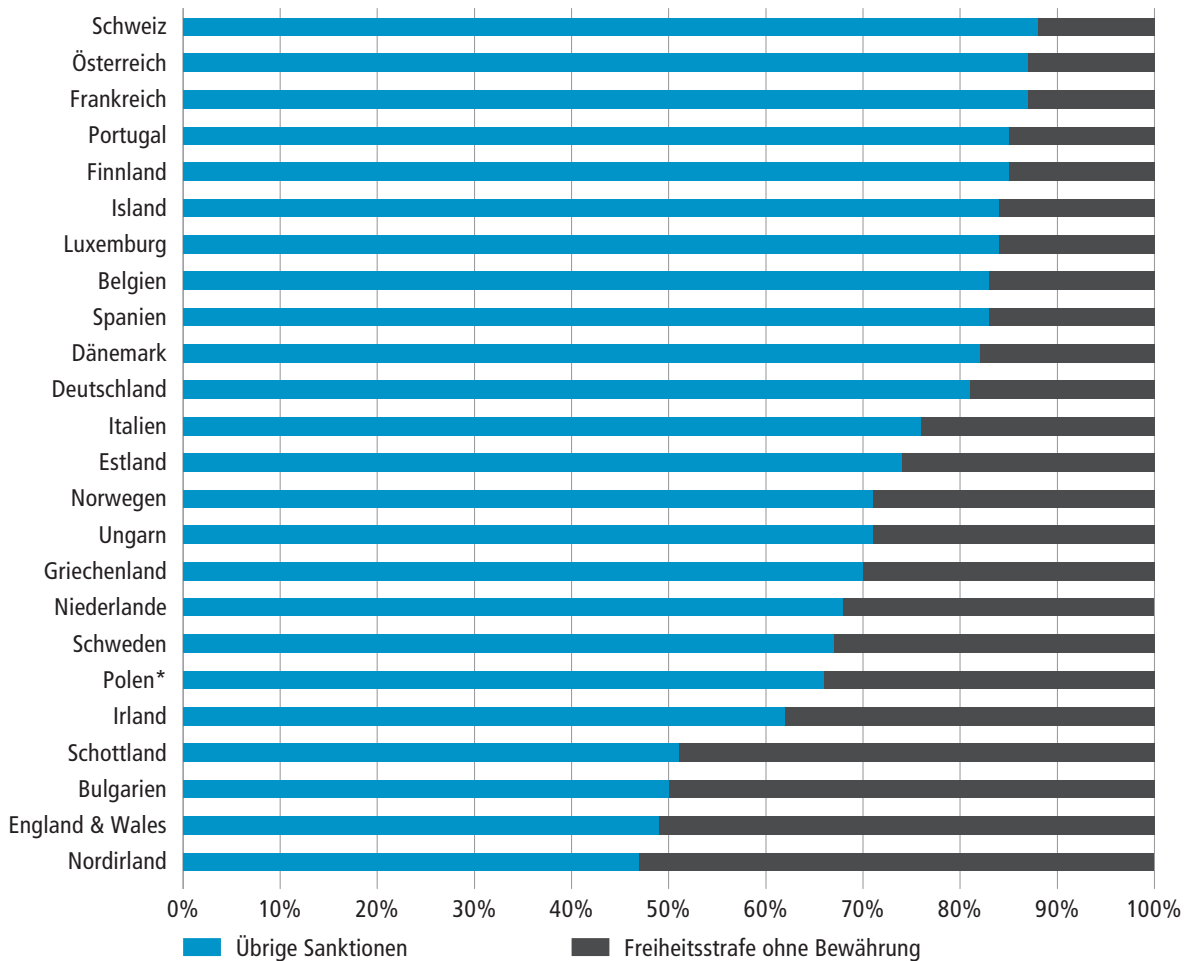
¹³³ Bernd Kühnrich/Harald Kania, Attitudes towards Punishment, 2005, S. 11, <http://www.europeansafetyobservatory.eu/doc/Punitiveness.pdf>.

¹³⁴ Vgl. Bernd Kühnrich/Harald Kania, Attitudes towards Punishment, 2005, S. 16, <http://www.europeansafetyobservatory.eu/doc/Punitiveness.pdf>; Jan van Dijk, The world of crime, 2008, S. 253; siehe zur Methodenkritik Aufgabe 2, B. I. 2. b).

¹³⁵ Berücksichtigt werden europäische Staaten, die mindestens zweimal am *ICVS/EU ICS* teilgenommen haben, sodass ein Langzeitvergleich möglich ist.

¹³⁶ Vgl. auch Martin Killias u. a., Swiss Crime Survey, 2007, S. 86/87.

¹³⁷ Vgl. auch Bernd Kühnrich/Harald Kania, Attitudes towards Punishment, 2005, S. 15/16, <http://www.europeansafetyobservatory.eu/>



* Die Antwortmöglichkeit „Arbeitslager“ (23%) bei der polnischen Befragung wurde zu Vergleichszwecken als „Freiheitsstrafe“ gezählt.

Abbildung 2: Prozentualer Anteil der von der Bevölkerung verschiedener europäischer Staaten gewählten Sanktionen für wiederholten Diebstahl 2004/2005¹³⁸

Bernd Kühnrich und Harald Kania haben darüber hinaus die Ergebnisse des ICVS/EU ICS hinsichtlich der favorisierten Haftdauer analysiert. Im Verhältnis zu den anderen europäischen Staaten urteilten die Befragten aus Deutschland besonders milde. Deutlich längere Freiheitsstrafen wurden dagegen u. a. im Vereinigten Königreich, Estland, Polen und Portugal verhängt.¹³⁹

Auf einen starken Kontrast bei der individuellen Punitivität zwischen den angelsächsischen und einem Großteil anderer europäischer Länder deuten auch die Ergebnisse einer internationalen Studie aus dem Jahr 2007 hin. Ziel der Untersuchung war die Erfassung der Strafhärteeinstellungen der Teilnehmer/innen in Bezug auf Personen, die wegen Mordes verurteilt wurden.¹⁴⁰ Bei der Befra-

gung favorisierten im Vereinigten Königreich z. B. mehr als dreimal so viele Proband/innen die Todesstrafe als in Deutschland.

2. Langzeitvergleich der Ergebnisse des ICVS/EU ICS seit 1989

In Abbildung 3 sind die aktuellen Ergebnisse des ICVS/EU ICS zu den Resultaten der früheren Befragungsdurchgänge seit 1989 in Beziehung gesetzt. Die langfristige Entwicklung der Werte der einzelnen Länder stellt sich höchst unterschiedlich dar. In vielen Fällen ist jedoch eine Tendenz zur stärkeren Befürwortung der Freiheitsstrafe zu beobachten.

In den angelsächsischen Ländern sind die Werte – trotz des bereits sehr hohen Anfangsniveaus – seit der ersten Befragungsrunde deutlich angestiegen. Der Wert für England und Wales hat sich z. B. im Zeitraum von 1989 bis 2005 um 13 Prozent erhöht.

doc/Punitiveness.pdf.

¹³⁸ Jan van Dijk u. a., Key findings, 2007, S. 149, http://rechten.uvt.nl/icvs/pdf/files/ICVSs2004_05.pdf.

¹³⁹ Bernd Kühnrich/Harald Kania, Attitudes towards Punishment, 2005, S. 19, <http://www.europeansafetyobservatory.eu/doc/Punitiveness.pdf>.

¹⁴⁰ Ipsos Public Affairs, The Associated Press International Affairs Poll – Death Penalty, 2007, <http://surveys.ap.org/data/Ipsos/internati>

onal/2007-04%20AP%20Globus%20topline_042507.pdf (13.03.2010); zur Methodenkritik siehe Aufgabe 2, B. I. 2. a).

Auch der Wert für Polen ist langfristig angestiegen, war im Zeitverlauf jedoch starken Schwankungen unterworfen. Dass sich der Anteil der unbedingten Freiheitsstrafe

Auch der „Punitivitäts-Index“ nach *John van Kesteren* zeigt für Deutschland einen leichten Anstieg der individuellen Punitivität an.¹⁴³

	1989	1992	1996	2000	2004/2005
Nordirland	45	–	49	54	53
England & Wales	38	37	49	51	51
Bulgarien	–	–	–	–	50
Schottland	39	–	48	52	49
Irland	–	–	–	–	38
Polen*	–	31	17	21	34
Schweden	–	26	22	31	33
Niederlande	26	26	31	37	32
Griechenland	–	–	–	–	30
Norwegen	14	–	–	–	29
Ungarn	–	–	–	–	29
Estland	–	43	39	24	26
Italien	–	22	–	–	24
Deutschland	13	–	–	–	19
Dänemark	–	–	–	20	18
Belgien	26	19	–	21	17
Spanien	27	–	–	–	17
Island	–	–	–	–	16
Luxemburg	–	–	–	–	16
Portugal	–	–	–	26	15
Finnland	15	14	18	19	15
Österreich	–	–	10	–	13
Frankreich	13	–	11	12	13
Schweiz	9	–	9	–	12

* Die Antwortmöglichkeit „Arbeitslager“ (23%) bei der polnischen Befragung wurde zu Vergleichszwecken als „Freiheitsstrafe“ gezählt.

Abbildung 3: Prozentualer Anteil der Bevölkerung verschiedener europäischer Staaten, der sich für eine Freiheitsstrafe als Sanktion für wiederholten Diebstahl ausspricht 1989–2004/2005¹⁴⁴

in Schweden und den Niederlanden vergrößert hat, ist umso bemerkenswerter, als dass beide Länder als besonders liberal gelten.¹⁴¹ Der Wert für Norwegen hat sich sogar seit 1989 mehr als verdoppelt.

Dagegen hat sich der Anteil für Estland langfristig deutlich verringert. Diejenigen Proband/innen, die sich 2005 für eine unbedingte Freiheitsstrafe entschieden, plädierten jedoch für besonders lange Freiheitsstrafen.

Die Werte für Deutschland sind langfristig (auf ein immer noch moderates Niveau) angestiegen. Diejenigen, die sich 2005 für die Freiheitsstrafe aussprachen, verhängten jedoch im Vergleich zu anderen Ländern eher kürzere Strafen.¹⁴²

141 Vgl. *Ulla V. Bondeson*, in: Pratt u. a. (Hg.), *The New Punitiveness*, 2005, S. 198; *Martina Althoff/Margreth Egelkamp*, Innere Sicherheit und Kriminalitätsentwicklung. Ambivalenzen der niederländischen Kriminalpolitik, in: NK 2006, S. 33 (33); *John Pratt*, Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess. Part I: The Nature and Roots of Scandinavian Exceptionalism, in: *British Journal of Criminology* 48 (2008), S. 119 ff.

142 *Bernd Kühnrich/Harald Kania*, Attitudes towards Punishment,

II. Justizielle Punitivität

Ein direkter und umfassender Vergleich der deutschen Strafrechtspraxis mit der Praxis in anderen europäischen Staaten ist mangels vergleichbarer empirischer Befunde nicht möglich.¹⁴⁵

Zur Erfassung der justiziellen Punitivität auf europäischer Ebene bietet es sich an – u. a. auch wegen der Verfügbarkeit der Datensätze –¹⁴⁶, die langfristige Entwicklung der nationalen Gefangenenraten zu vergleichen.

2005, S. 17/18, <http://www.europeansafetyobservatory.eu/doc/Punitiveness.pdf>.

143 *John van Kesteren*, Public Attitudes and Sentencing Policies Across the World, in: *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), S. 25 (35).

144 *Jan van Dijk u. a.*, Key findings, 2007, S. 149, http://rechten.uvt.nl/icvs/pdf/ICVSs2004_05.pdf.

145 Vgl. aber *David P. Farrington u. a.*, Cross-National Studies in Crime and Justice, 2004, <http://bjsdata.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/cnscj.pdf> (15.03.2010).

146 Vgl. *Hanns von Hofer*, in: Lautmann u. a. (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 193 (193).

Gleichwohl bestehen allgemeine Bedenken in Bezug auf die Vergleichbarkeit internationaler Statistiken.¹⁴⁷

einem sehr hohen Niveau, jedoch ist sie im Langzeitvergleich stark gesunken.

Gefangene je 100.000 Einwohner (Stichtage uneinheitlich)

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Deutschland	98,3	–	95,8	95,2	96,4	96,5	95,7	95,8	94,5
Estland	300,0	328,0	350,0	340,9	353,8	337,9	327,4	321,6	262,6
Finnland	50,4	52,3	58,7	66,7	66,0	66,0	73,0	70,6	69,2
Frankreich	88,5	80,1	77,1	87,6	93,1	90,5	91,8	91,6	99,9
Italien	89,3	92,7	95,3	99,8	101,7	96,9	102,0	65,2	78,4
Niederlande	84,0	90,1	95,4	100,8	112,7	123,5	133,9	124,9	113,1
Polen	141,0	169,0	207,0	208,7	211,1	207,8	216,5	229,9	234,2
Spanien	114,0	114,0	117,0	126,2	135,8	140,3	142,4	146,1	150,2
Schweden	61,9	64,1	68,5	73,0	75,6	81,7	78,3	79,0	75,0
Schweiz	88,5	89,2	71,6	68,7	72,0	81,8	82,4	79,0	75,6
England & Wales	122,0	124,0	126,0	137,1	139,1	140,4	142,7	145,1	147,5

Abbildung 4: Gefangeneneraten ausgewählter europäischer Staaten 1999–2007¹⁵¹

Da Veränderungen in der Gefangenenerate nicht zwangsläufig auf den Grad der justiziellen Punitivität schließen lassen,¹⁴⁸ schlägt *Jan van Dijk* die Verwendung eines „Punitivitäts-Index“ vor. Dabei werden die Gefangenenerate und die Rate der Tötungsdelikte als Indikator für das Ausmaß an „haftrelevanter“ Kriminalität zueinander in Beziehung gesetzt.¹⁴⁹

1. Gefangeneneraten im europäischen Vergleich

Beim europäischen Langzeitvergleich seit Ende der 1990er Jahre (Abbildung 4) fällt zunächst eine überwiegende langfristige Tendenz zu steigenden Gefangeneneraten auf.¹⁵⁰ Stark angestiegen sind die Werte für Polen, Spanien sowie für England und Wales.

Gewissermaßen¹⁵¹ „gegen den Trend“ ist in Deutschland die Gefangenenerate seit 1999 gesunken; wenn auch die Rate noch immer erhöht ist gegenüber Anfang der 1990er Jahre.¹⁵² In einer Untersuchung zur Entwicklung der Gefangeneneraten in Europa von 1983 bis 2002 wurde für Deutschland ebenfalls ein langfristiger Rückgang nachgewiesen.¹⁵³

Bemerkenswert ist die Entwicklung der Gefangenenerate von Estland. Zwar befindet sie sich nach wie vor auf

2. „Punitivitäts-Index“ nach Jan van Dijk

Nach dem „Punitivitäts-Index“ ist die justizielle Punitivität in Polen im Vergleich mit anderen europäischen Ländern als hoch einzustufen.¹⁵⁴ Die stark erhöhte Gefangenenerate¹⁵⁵ spiegelt nicht die unterdurchschnittlich hohe Rate an Tötungsdelikten wider.

Besonders niedrig ist der Grad der justiziellen Punitivität vermutlich in der Schweiz, Finnland und Schweden. Dort ist die Belastung durch Tötungsdelikte im internationalen Vergleich durchschnittlich stark, die Gefangenenerate jedoch niedrig. Diese Konstellation kann auf eine problematische Kriminalitätsentwicklung hindeuten.¹⁵⁶

Deutschland befindet sich gemeinsam mit Irland, den Niederlanden, Luxemburg, Österreich und Griechenland in einer Gruppe von Ländern, die im internationalen Vergleich eine niedrige Rate an Tötungsdelikten und eine unterdurchschnittlich hohe Gefangenenerate aufweisen. Diese Konstellation deutet auf eine (nur) leicht erhöhte justizielle Punitivität in Deutschland hin.

B. Zusammenfassung und Bewertung

Die empirischen Befunde des *ICVS/EU ICS* lassen auf eine eher gemäßigte Entwicklung der individuellen Punitivität in Deutschland im europäischen Vergleich schließen. In Europa zeichnet sich zwar ein allgemeiner Langzeittrend zu einer verstärkten Punitivität in der Bevölkerung ab. Jedoch muss dabei unterschieden werden zwischen der Entwicklung z. B. in den angelsächsischen

147 Vgl. *Hanns von Hofer*, in: Lautmann u. a. (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 193 (194).

148 Siehe Aufgabe 2, D. I. 1.

149 *Jan van Dijk*, *The world of crime*, 2008, S. 270.

150 Vgl. auch *Hanns von Hofer*, in: Lautmann u. a. (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 193 (197).

151 Quelle: *Council of Europe*, *SPACE I 1999–2007, 2001–2009*, http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/prisons_and_alter_natives/Statistics_SPACE_I/List_Space_I.asp.

152 Siehe Aufgabe 2, D. I. 1.

153 *Hanns von Hofer*, in: Lautmann u. a. (Hg.), *Punitivität*, 2004, S. 193 (197).

154 Vgl. *Jan van Dijk*, *The world of crime*, 2008, S. 266/267, 270.

155 *Jan van Dijk* bezieht sich auf die Gefangeneneraten nach *Roy Walmsley*, *World Prison Population List*, 2009, http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/wppl-8th_41.pdf.

156 Vgl. *Jan van Dijk*, *The world of crime*, 2008, S. 268/269.

Ländern, Spanien oder Polen und einem (eher) moderaten Verlauf in anderen Staaten Europas.

Auch die Entwicklung der justiziellen Punitivität kann in Deutschland – verglichen mit anderen europäischen Staaten – als durchschnittlich eingestuft werden.

Aufgabe 4

A. Theorien zur Entwicklung der Punitivität in der Bevölkerung

I. Autoritarismus

Die Autoritarismus-Forschung betrachtet individuelle Punitivität als Ausdruck autoritärer Aggression.¹⁵⁷ Umstritten ist, ob es sich bei Autoritarismus um eine (feste) Persönlichkeitseigenschaft oder um ein „Einstellungssyndrom“ handelt.¹⁵⁸ Auch die Ursachen für die Entwicklung einer „autoritären Persönlichkeit“ – genetische Veranlagung oder Sozialisation – sind unklar.¹⁵⁹ Diskutiert wird darüber hinaus, ob „autoritäre Potenziale“ in bedrohlichen Situationen (z. B. während gesellschaftlicher Veränderungsprozesse) aktiviert werden.¹⁶⁰

II. Verunsicherung aufgrund gesellschaftlicher Veränderungsprozesse

In vielen Theorien wird die Verunsicherung in der Bevölkerung als Folge gesellschaftlicher Veränderungsprozesse der letzten Jahrzehnte thematisiert.

Laut *Marcel Alexander Niggli* erzeugt eine zunehmende „Kultur der Angst“ in den westlichen Gesellschaften eine erhöhte individuelle Punitivität. Fundamentale politische, wirtschaftliche und soziale Umwälzungen in den letzten Jahrzehnten – ausgelöst u. a. durch das Ende des Kalten Krieges oder den Prozess der Globalisierung – seien der Grund für eine weit verbreitete allgemeine Verunsicherung und Angst in der Bevölkerung. Gleichzeitig nehme die Vielschichtigkeit der Gesellschaft zu, die häu-

fig mit einem Identitätsverlust der/des Einzelnen einhergehe.¹⁶¹

Die Rolle der Globalisierung wird z. B. von *Estella Baker* und *Julian V. Roberts* besonders hervorgehoben. Die Verunsicherung in der Bevölkerung sei vor allem der Globalisierung geschuldet und äußere sich in verstärkter Verbrechensfurcht und sinkendem Vertrauen in das Strafrechtssystem. Diese Stimmungen würden durch die mediale Berichterstattung zusätzlich unterstützt. Dieses gesellschaftliche Klima bilde wiederum den „Nährboden“ für eine punitive Kriminalpolitik.¹⁶²

David Garland konzentriert sich in seiner umfassenden Theorie von der „Kultur der Kontrolle“ vor allem auf die Erklärung der Entwicklungen in der Kriminalpolitik und der Strafrechtspraxis der letzten Jahrzehnte in den USA und im Vereinigten Königreich. Jedoch können auch Schlussfolgerungen für die Punitivität in der Bevölkerung gezogen werden.

Die gesellschaftlichen Veränderungen seit den 1960er Jahren¹⁶³ und der damit einhergehende Anstieg der Kriminalitätsraten in den letzten Jahrzehnten haben nach *David Garland* zu einem Bewusstseinswandel in der Mittelschicht in Bezug auf Kriminalität (Kriminalität als „soziale Tatsache“) geführt.¹⁶⁴ Verunsicherung und Kriminalitätsfurcht seien angestiegen. Die Mittelschicht reagiere u. a. mit der Forderung nach einem starken Staat und der Abkehr vom „wohlfahrtsstaatlichen Strafsystem“. Dieses gesellschaftliche Klima bilde die Voraussetzung für den hohen Grad an justizieller und legislativer Punitivität.¹⁶⁵

Da alle westlichen Gesellschaften mit diesen „Veränderungen der Spätmoderne“ mehr oder weniger konfrontiert seien, komme es auch in den kontinental-europäischen Gesellschaften zu ähnlichen, wenn auch nicht unbedingt identischen Entwicklungen.¹⁶⁶

III. Medien

Weiterhin wird die Rolle der Medien in Bezug auf ihre Wirkung auf die Punitivität in der Bevölkerung kritisch hinterfragt.¹⁶⁷ Eine Schlüsselrolle komme dabei dem

157 *Jürgen Mansel*, Wiederkehr autoritärer Aggression? Soziale Desintegration und gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit, in: Lautmann u. a. (Hg.), Punitivität, 2004, S. 104 (122); vgl. *Wilhelm Heitmeyer/Aribert Heyder*, Autoritäre Haltungen. Rabiante Forderungen in unsicheren Zeiten, in: Heitmeyer (Hg.), Deutsche Zustände – Folge 1, 2002, S. 59 (59/60).

158 *Detlef Oesterreich*, Autoritäre Persönlichkeit und Sozialisation im Elternhaus. Theoretische Überlegungen und empirische Ergebnisse, in: Rippl u. a. (Hg.), Autoritarismus: Kontroversen und Ansätze der aktuellen Autoritarismusforschung, 2000, S. 69 (69); *Andreas Hadjar*, Desintegration, Deprivation, Autoritarismus und Bedrohungsgefühle, in: Rippl u. a. (Hg.), Europa auf dem Weg nach rechts? Die EU-Osterweiterung und ihre Folgen für politische Einstellungen in Deutschland, Polen und der Tschechischen Republik, 2007, S. 131 (131).

159 *Michael A. Milburn/Sheree D. Conrad*, Die Sozialisation von Autoritarismus, in: Rippl u. a. (Hg.), Autoritarismus, 2000, S. 53 (53).

160 *Detlef Oesterreich*, Flucht in die Sicherheit. Zur Theorie des Autoritarismus und der autoritären Reaktion, 1996, S. 120.

161 *Marcel Alexander Niggli*, in: Stapferhaus Lenzburg (Hg.), Strafen, 2004, S. 185 (195).

162 *Estella Baker/Julian V. Roberts*, Globalization and the new punitiveness, in: Pratt u. a. (Hg.), The New Punitiveness, 2005, S. 121 (135).

163 *David Garland*, Kultur der Kontrolle. Verbrechensbekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart, 2008, S. 155/156.

164 *David Garland*, Kultur der Kontrolle, 2008, S. 269–272.

165 Zusammengefasst bei *David Garland*, Kultur der Kontrolle, 2008, S. 296–300.

166 *David Garland*, High Crime Societies and Cultures of Control, in: Hess u. a. (Hg.), Kontrollkulturen. Texte zur Kriminalpolitik im Anschluss an David Garland, 2007, S. 231 (231/232, 236/237).

167 Vgl. z. B. *Anna King/Shadd Maruna*, in: Mason (Hg.), Captured by the Media, 2006, S. 16 ff.; *Julian V. Roberts u. a.*, Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries, 2003, S. 85.

Fernsehen zu als wichtigste Informationsquelle (zum Thema Kriminalität) für weite Teile der Bevölkerung.¹⁶⁸

B. Stellungnahme

Da die Entwicklung der individuellen Punitivität von vielen Faktoren abhängt,¹⁶⁹ ist eine Theorie umso tragfähiger, je stärker dieser Vielschichtigkeit Rechnung getragen wird. Eine exakte, alle Faktoren umfassende Theorie erscheint jedoch unrealistisch,¹⁷⁰ sodass es sinnvoll erscheint, sich zunächst auf zentrale Aspekte zu konzentrieren.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach dem „Erklärungsinteresse“, das mit den vorgestellten Theorien verfolgt wird. Die (psychologischen) Ansätze der Autoritarismus-Forschung z. B. beziehen sich vorwiegend auf das Individuum. Dagegen will *David Garland* mit seinem „breiten“ Ansatz vor allem Änderungen in der Sozialstruktur erklären; wohl ebenso *Marcel Alexander Niggli* mit seinem Konzept der „Kultur der Angst“.

Vage Begriffe wie „allgemeine Verunsicherung“ oder „Angst“¹⁷¹ erschweren jedoch eher den Blick auf die genauen Zusammenhänge der verschiedenen Faktoren mit der Punitivität in der Bevölkerung; eine empirische Erfassung erscheint überdies schwierig.

Reizvoll sowohl an den durchaus schlüssigen (psychologischen) Theorien zum Autoritarismus als auch dem medienkritischen Ansatz, ist, dass aus ihnen (möglicherweise) konkrete Handlungsempfehlungen abgeleitet werden können (z. B. in Bezug auf die Erziehungspraxis oder den Medienkonsum). Bisherige Untersuchungen zum Autoritarismus weisen jedoch häufig methodische Mängel auf,¹⁷² sodass sie auf einer empirisch sehr unsicheren Basis stehen.

Empirisch besser erschlossen ist der medienkritische Ansatz. Auch wenn eine Vielzahl von Faktoren die individuelle Punitivität beeinflusst, wird sehr plausibel dargelegt, warum den Medien eine besondere Rolle für die Entwicklung der Strafhärteeinstellungen beigemessen wird. Da die meisten Menschen keine direkten Er-

fahrungen mit Kriminalität besitzen, ist davon auszugehen, dass Einstellungen in Bezug auf Kriminalität vor allem auf Grundlage der medialen Berichterstattung entstehen.¹⁷³ Die hohe Glaubwürdigkeit des Fernsehens bewirkt, dass Inhalte häufig unkritisch übernommen werden.¹⁷⁴ Die von *Michael Windzio u. a.* gewonnenen empirischen Erkenntnisse deuten dementsprechend an, dass (in Deutschland) ein Zusammenhang besteht zwischen dem Konsum privater Nachrichtensendungen und der fehlerhaften Einschätzung der Kriminalitätsentwicklung.¹⁷⁵ Durch die selektive und dadurch insgesamt wenig wirklichkeitsgetreue Berichterstattung wird in der Bevölkerung – entgegen der tatsächlichen Entwicklung – ein Kriminalitätsanstieg vermutet.¹⁷⁶ Diese verzerrte Kriminalitätswahrnehmung wirkt sich wiederum auf die Strafhärteeinstellungen des Einzelnen aus. Darüber hinaus scheint sich der Konsum privater Nachrichtensendungen auch direkt in negativer Weise auf die Strafhärteeinstellungen auszuwirken.¹⁷⁷

Weiterhin ist der medienkritische Ansatz vielversprechend, weil mit dem Aspekt der Kriminalitätswahrnehmung weitere Faktoren wie z. B. die Kriminalitätsfurcht verbunden sind. Dies ist ein guter theoretischer Ausgangspunkt für weitere Forschungen.¹⁷⁸

Begibt man sich mit *David Garland* auf die sozialstrukturelle Ebene, fragt sich, ob sich sein Ansatz auf (kontinental-)europäische Gesellschaften übertragen lässt. Zwar will *David Garland* die Allgemeingültigkeit seiner These nicht als absolut verstanden wissen.¹⁷⁹ Jedoch lässt sich (wohl) schlussfolgern, dass die individuelle Punitivität in Europa als Folge des „Kriminalitätskomplexes“¹⁸⁰ – je nach gesellschaftlichen Besonderheiten in unterschiedlichem Maße – auf lange Sicht angestiegen sein muss oder

168 Vgl. *Christian Pfeiffer u. a.*, in: *MschKrim* 2004, S. 415 (416, 426).

169 Vgl. *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, *Public Attitudes Towards Sanctioning*, in: *Albrecht/Kury* (Hg.), *Research on Crime and Criminal Justice at the Max Planck Institute – Summaries*, 1998, S. 41 (41).

170 Vgl. *Christian Schwarzenegger*, *Die Einstellungen der Bevölkerung zur Kriminalität und Verbrechenskontrolle. Ergebnisse einer repräsentativen Befragung der Zürcher Kantonsbevölkerung im internationalen Vergleich*, 1992, S. 29.

171 *Marcel Alexander Niggli*, in: *Stapferhaus Lenzburg* (Hg.), *Strafen*, 2004, S. 185 (196).

172 Vgl. *Seipel u. a.*, *Probleme der empirischen Autoritarismusforschung*, in: *Rippl u. a.* (Hg.), *Autoritarismus*, 2000, S. 261 (263).

173 Vgl. *Christian Schwarzenegger*, *Einstellungen der Bevölkerung*, 1992, S. 23/24; vgl. *Renate Köcher*, *Demoskopie 2003–2009*, 2009, S. 426–430.

174 *Harald Kania*, *Kriminalitätsvorstellungen*, Diss. Freiburg i. Br. 2004, S. 20/21, <http://www.mpicc.de/ww/de/pub/forschung/forschungsarbeit/kriminologie/archiv/kriminalitaetsvorstellungen.htm> (04.03.2010).

175 *Michael Windzio u. a.*, *Kriminalitätswahrnehmung*, 2007, S. 26, <http://www.wedit.kfn.de/versions/kfn/assets/fb103.pdf>; vgl. auch *Christian Pfeiffer u. a.*, in: *MschKrim* 2004, S. 415 (422–425).

176 *Christian Pfeiffer u. a.*, in: *MschKrim* 2004, S. 415 (417–420); *Helmut Kury/Joachim Obergfell-Fuchs*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 119 (127); *Michael Windzio u. a.*, *Kriminalitätswahrnehmung*, 2007, S. 65, <http://www.wedit.kfn.de/versions/kfn/assets/fb103.pdf>; *Jacqueline M. Gray*, *What shapes public opinion of the criminal justice system?*, in: *Wood/Gannon* (Hg.), *Public Opinion*, 2009, S. 49 (59); vgl. auch *Julian V. Roberts u. a.*, *Penal Populism*, 2003, S. 76.

177 *Michael Windzio u. a.*, *Kriminalitätswahrnehmung*, 2007, S. 63, <http://www.wedit.kfn.de/versions/kfn/assets/fb103.pdf>.

178 Vgl. *Christian Pfeiffer u. a.*, in: *MschKrim* 2004, S. 415 (433).

179 *David Garland*, in: *Hess u. a.* (Hg.), *Kontrollkulturen*, 2007, S. 231 (231/232); vgl. auch *Stephan Quensel*, *Lösen staatliche Akteure ein ‚High-Crime-Problem‘? Einige methodische Fragen zu Garlands ‚Culture of Control‘*, in: *Hess u. a.*, *Kontrollkulturen*, 2007, S. 187 (190/191).

180 *David Garland*, *Kultur der Kontrolle*, 2008, S. 296–300.

noch ansteigen wird.¹⁸¹ Ohne dieses punitive gesellschaftliche Klima ist eine entsprechende Kriminalpolitik nicht möglich.¹⁸² Macht man die Probe aufs Exempel, gerät man z. B. im Fall von Spanien in Erklärungsnot, sofern man davon ausgeht, dass die Daten (zumindest tendenziell) die Wirklichkeit abbilden. Einerseits ist in Spanien die individuelle Punitivität langfristig stark gesunken.¹⁸³ Andererseits stieg die Gefangenenrate¹⁸⁴ bei einer wahrscheinlich nahezu konstanten Kriminalitätsbelastung¹⁸⁵ an (und damit wohl auch die justizielle Punitivität). Die Übertragbarkeit des Konzepts der „Kultur der Kontrolle“ auf Europa erscheint zumindest sehr zweifelhaft.

181 Vgl. *Karl-Heinz Reuband*, Steigende Repressionsneigung im Zeitalter der „Postmoderne“? Das Sanktionsverlangen der Bundesbürger 1989 und 2002 im Vergleich, in: NK 2003, S. 100 (100).

182 *David Garland*, Kultur der Kontrolle, 2008, S. 257/258, 298/299.

183 Siehe Aufgabe 3, A. I. 2. (Abbildung 3); vgl. auch *Alfonso Serrano-Maíllo/Helmut Kury*, Insecurity Feelings and Punitivity: Relationship in a National Sample of Adolescents and Young Adults in Spain, in: Kury (Hg.), *Fear of Crime – Punitivity. New Developments in Theory and Research*, 2008, S. 321 (332).

184 Siehe Aufgabe 3, A. II. 1. (Abbildung 4).

185 *Marcelo F. Aebi u. a.*, Sourcebook, 2006, S. 37, http://www.europeansourcebook.org/esb3_Full.pdf.

Zusammenfassung und Ausblick

Zunächst wurde der vielschichtige Begriff der Punitivität in seinen verschiedenen Dimensionen beschrieben. Daran schloss sich ein Überblick über die Methoden zur empirischen Erfassung von Punitivität an.

Die Darstellung der wichtigsten Forschungsergebnisse zur Entwicklung der individuellen Punitivität in Deutschland hat gezeigt, dass eine fundierte Bewertung aufgrund zahlreicher methodischer Mängel der Studien bisher nicht möglich ist. Die Ergebnisse zur justiziellen und legislativen Punitivität deuten dagegen auf einen leichten langfristigen Anstieg hin. Auch im europäischen Vergleich scheint die Entwicklung der Punitivität in Deutschland eher moderat zu verlaufen.

Entgegen mancher Befürchtung¹⁸⁶ scheint es in Deutschland eine „punitive Wende“ im US-amerikanischen Sinne nicht zu geben.

Angesichts des geringen gesicherten Wissens in Bezug auf die Punitivität in der Bevölkerung sollte hier ein Schwerpunkt weiterer Forschung liegen.

186 *Fritz Sack*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 155 (167/168).

Olaf Muthorst*

Schriftlichkeit statt Schriftform

BGB §§ 126, 550 Ein konkludent geschlossener Mietvertrag wahrt die Schriftform, wenn der Vertragsinhalt schriftlich vorliegt.

Ein Mietvertrag genügt auch dann der Schriftform des § 550 BGB, wenn die Vertragsbedingungen schriftlich vorliegen und der Mietvertrag später konkludent geschlossen wird.

BGH, Urteil vom 24.02.2010 – XII ZR 120/06, NJW 2010, 1518

Zum Sachverhalt

V errichtete Gewerberäume, die er schon vor Fertigstellung an den M vermieten wollte. Am 16.3.1992 unterzeichnete V eine Vertragsurkunde, die die Bedingungen des abzuschließenden Mietvertrages enthielt. Danach

sollte die Mietzeit mit der Übernahme des fertiggestellten Mietobjekts beginnen und 15 Jahre dauern. Die Vertragsurkunde wurde dem M übersandt, wobei V eine Annahmefrist einräumte. Ob dem V rechtzeitig eine Annahmeerklärung des M zuzuging, ist unklar. Jedenfalls aber wurden M die Gewerberäume am 9.11.1993 unter Bezugnahme auf „den Mietvertrag vom 16.3.1992“ übergeben. Später kam es zwischen V und M zum Streit darüber, ob ein Mietverhältnis auf 15 Jahre geschlossen war oder nicht. M klagte auf Feststellung.

Problemaufriss

Ein Vertrag kommt durch Angebot und Annahmestande (§§ 145 ff. BGB). Diese Willenserklärungen müssen grundsätzlich in keiner bestimmten Form abgegeben werden, d. h. sie können etwa privatschriftlich, notariell

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

beurkundet oder durch schlüssiges Verhalten (konklu- dent) abgegeben werden. Das ergibt sich aus § 125 BGB. Danach ist es ein Nichtigkeitsgrund, wenn ein Rechts- geschäft eine durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorge- schriebene Form nicht einhält. Umgekehrt: Wo keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, herrscht Formfrei- heit.¹

Das Gesetz verlangt in verschiedenen Fällen eine be- stimmte Form (z. B. in §§ 311b I, 518 I, 766 BGB). Sol- che Vorschriften dienen vor allem dazu, die besondere Tragweite einer Erklärung zu verdeutlichen (Warnfunk- tion), sicherzustellen, dass bei Abgabe der Erklärung bestimmte Informationen vorliegen (Beratungsfunk- tion), dass der Inhalt der Erklärung leicht nachweisbar (Beweisfunktion) oder für Dritte leicht ermittelbar ist (Informationsfunktion).²

Nicht immer macht das Gesetz von der Einhaltung der Form die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängig. In manchen Fällen lässt das Gesetz den Parteien die Wahl, es knüpft aber an das Rechtsgeschäft verschiedene Rechtsfolgen, je nachdem, für welche Form sich die Par- teien entschieden haben. Zu diesen Vorschriften gehört § 550 S. 1 BGB. Danach gilt ein Mietvertrag³, der für län- gere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, für unbestim- me Zeit, wenn er nicht in schriftlicher Form geschlossen wird. Wird also die Schriftform eingehalten, gilt der Mietvertrag für die vereinbarte Dauer. Er kann nur au- ßerordentlich gekündigt werden (§ 542 II Nr. 1 BGB).⁴ Wird die Schriftform nicht eingehalten, gilt der Mietver- trag auf unbestimmte Zeit. Er kann nach den gesetzli- chen Vorschriften gekündigt werden (§ 542 I BGB), d. h. nicht nur außerordentlich, sondern auch ordentlich. Die Parteien sind also deutlich stärker gebunden, wenn der Mietvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen wird. Geht diese Zeit über ein Jahr hinaus, verlangt das Gesetz da- her die strengere Form: Schriftform statt Formfreiheit.

Was Schriftform bedeutet, regelt das Gesetz in § 126 BGB. Danach genügt ein Vertrag der Schriftform dann, wenn die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet wird (II 1) oder wenn mehrere Vertragsurkunden erstellt werden und jede Partei die der Gegenseite unterzeich- net (II 2).

Vor diesem Hintergrund war zweifelhaft, ob der Miet- vertrag hier auf 15 Jahre geschlossen war oder nicht. Zwar gab es die Urkunde vom 16.3.1992, in der alle Ver-

tragsbedingungen dokumentiert waren. Ob das in dieser Urkunde verkörperte Angebot rechtzeitig (§ 147 II BGB) angenommen worden war, ließ sich aber nicht aufklären. Zweifelfrei zustande gekommen war der Mietvertrag hingegen konklu- dent durch die Übergabe des Mietob- jekts an M, wobei auf die Urkunde vom 16.3.1992 und damit auf deren Vertragsbedingungen Bezug genom- men worden war. War damit die Schriftform gewahrt?

Zur Entscheidung

Der BGH sieht die Schriftform als gewahrt an. Er ge- langt zu diesem Ergebnis in zwei Schritten: Erstens ver- lange § 550 BGB, dass die Vertragsbedingungen schrift- lich niedergelegt sind. Das bedeute aber nicht, dass aus der Urkunde die rechtzeitige Annahme des Vertragsan- gebots ersichtlich sein müsse. Denn § 550 BGB solle in erster Linie dem Schutz eines späteren Grundstückser- werbers dienen. Er solle die Vertragsbedingungen, an die er nach § 566 BGB gebunden ist, schriftlich vorfinden. Ob der Vertrag überhaupt wirksam zustande gekommen ist, könne man der Urkunde ohnehin nicht entnehmen. Die Schriftform könne also gewahrt sein, obwohl sich die rechtzeitige Annahme nicht aus der Urkunde ergibt.⁵ Zweitens sei die Schriftform des § 550 BGB auch dann gewahrt, wenn der Mietvertrag konklu- dent geschlossen werde und dabei auf schriftlich niedergelegte Vertrags- bedingungen Bezug genommen werde. Auch das folge aus dem Sinn und Zweck des § 550 BGB, dem Grund- stückserwerber Gewissheit über die Vertragsbedingun- gen, nicht über das Zustandekommen des Vertrages zu verschaffen. Schriftlich fixierte Vertragsbedingungen („äußere Form“) würden auch genügen, Mieter und Ver- mieter die Bedeutung einer langfristigen Bindung vor Augen zu führen.⁶ Damit entscheidet der BGH eine län- ger geführte Diskussion im Sinne eines teleologisch re- striktiv ausgelegten Schriftformerfordernisses.

Die Entscheidung überzeugt im Ergebnis, in den Grün- den aber nur teilweise. Dass das Informationsinteresse eines künftigen Grundstückserwerbers bei § 550 BGB im Vordergrund stehen soll⁷, vermag nicht recht zu überzeu-

⁵ BGH vom 24.02.2010, NJW 2010, 1518 (1518 f.).

⁶ BGH vom 24.02.2010, NJW 2010, 1518 (1519 f.); zust. *Adrian Birn- bach/Kai Gassert*, Mietvertrag – Wahrung der Schriftform durch spä- teren Einzug?, in: MDR 2010, S. 727 (729); *Marcel J. Eupen*, Schriftlich- keit statt Schriftform bei verspäteter Annahme eines Mietvertragsan- gebots, in: NZM 2010, S. 389; *M. Krüger*, Anm., in: EWiR 2010, S. 525; *Christian C. W. Pleister/Florian Ehrlich*, Anm., in: ZMR 2010, S. 595 (596); *Carlos Robles y Zepf/Andreas Piepers*, Das Schriftformerfor- dernis bei langfristigen Mietverträgen – Probleme aus der Praxis, in: ZfIR 2010, S. 569 (574); *Philipp Schweitzer*, Anm., in: ZfIR 2010, S. 321 (322); vgl. auch *Hans-Jürgen Bieber*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2008, § 550 Rn. 10; *Florian Jacoby*, Die gesetzliche Schriftform bei Abschluss und Änderung von Gewerberaummietverträgen, in: NZM 2011, S. 1.

⁷ So aber st. Rspr.; BGH vom 19.03.1969, BGHZ 52, 25 (28); vgl. *Ina Ebert*, in: Hk-BGB, 6. Aufl. 2009, § 550 Rn. 1; *Hans-Jürgen Bieber*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2008, § 550 Rn. 1.

¹ *Dorothee Einsele*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 125 Rn. 1.

² *Heinrich Dörner*, in: Hk-BGB, 6. Aufl. 2009, § 125 Rn. 2; *Dorothee Einsele*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 125 Rn. 8 ff.; *Jürgen Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 125 Rn. 1 ff.

³ Über Wohnraum; gemäß § 578 BGB auch über andere Räume und Grundstücke; gemäß § 581 II BGB auch bei Pacht.

⁴ Etwa im Fall der §§ 540 I 2, 544, 1, 554 III 2 BGB; weitere vgl. *Walter Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 542 Rn. 11.

gen.⁸ Der Erwerber mag sich vom Veräußerer Garantien geben lassen, auf die er ohnehin angewiesen ist (man stelle sich vor, der Veräußerer präsentiert einen unbefristeten Vertrag, obwohl in Wahrheit ein Zeitvertrag formgültig geschlossen wurde). Des Schutzes durch § 550 BGB bedürfen hingegen Mieter und Vermieter: Beide müssen davor bewahrt werden, sich übereilt für lange Zeit zu schwer nachweisbaren Konditionen zu binden. *Insoweit* hat § 550 BGB eine Funktion wie viele andere Formvorschriften auch. Dass schon schriftlich fixierte Vertragsbedingungen diesen Schutz bewirken können,

ist sicherlich zutreffend. Im Allgemeinen sind die Anforderungen an Schriftform aber durchaus strenger: Nicht der Inhalt des Rechtsgeschäfts muss schriftlich dokumentiert werden, sondern das Rechtsgeschäft muss in der Urkunde enthalten sein.⁹ Dass der Formverstoß bei § 550 BGB nicht Nichtigkeit, sondern einen Vertrag mit anderem Inhalt zur Folge hat, ist kein systematisches Argument für eine Modifizierung dessen, was Schriftform voraussetzt. Was der BGH für § 550 BGB verlangt, ist nicht Schriftform des Vertrages, sondern Schriftlichkeit der Vertragsklauseln.

⁸ S. auch BGH vom 24.09.1997, BGHZ 136, 357 (370); BGH vom 07.05.2008, BGHZ 176, 301 (304 ff., Tz. 13–17); Ulrich Herrmann, in: BeckOK, BGB, 18. Ed. 2010, § 550 Rn. 2; Arndt Teichmann, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 550 Rn. 1; Volker Emmerich, in: Staudinger, BGB, Neub. 2006, § 550 Rn. 3.

⁹ Vgl. BGH vom 07.05.2008, BGHZ 176, 301 (306, Tz 18); BGH vom 28.10.1993, NJW-RR 1994, 280 (281); Jürgen Ellenberger, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 126 Rn. 2 ff.

Olaf Muthorst*

Vorkaufsfall trotz Vertragsaufhebung

BGB §§ 463, 465 Ein Vorkaufsrecht kann auch nach Vertragsaufhebung noch ausgeübt werden.

Ein Vorkaufsrecht kann ausgeübt werden, wenn ein Kaufvertrag wirksam zustande gekommen ist; eine spätere Aufhebung beseitigt den Vorkaufsfall i. S. v. § 463 BGB nicht.

BGH, Urteil vom 01.10.2010 – V ZR 173/09, NJW 2010, 3774

Zum Sachverhalt

V verkaufte seiner Freundin D durch Vertrag vom 13.7.2007 ein Grundstück, an dem der B ein Vorkaufsrecht hatte. Im Kaufvertrag behielt sich V das Recht zum Rücktritt vor, wenn nicht bis 1.8. eine Verzichtserklärung des B vorliege. Am 2.8. vereinbarten V und D, den Kaufvertrag aufzuheben. Am 13.8. übte B das Vorkaufsrecht aus. Später verlangte er von V Übereignung und Übergabe des Grundstücks Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung.

Problemaufriss

B verlangt Erfüllung eines Kaufvertrages (vgl. § 433 I BGB). Ein Vertrag kommt durch Angebot und Annahme zustande (§§ 145 ff. BGB). Ein solcher Konsens liegt

zwischen V und B allerdings nicht vor. B hat aber ein Vorkaufsrecht. Dafür gelten die §§ 463 ff. BGB.

Ein Vorkaufsrecht kann durch Gesetz entstehen (z. B. §§ 577, 2034 BGB) oder durch Vertrag zwischen Vorkaufsverpflichtetem und Vorkaufsberechtigtem. Es erklärt sich aus seiner Rechtsfolge: Wird das Vorkaufsrecht ausgeübt, kommt ein Kauf zustande zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten (§ 464 II BGB). Gemäß § 463 BGB kann der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den betreffenden Gegenstand geschlossen hat (sogenannter Vorkaufsfall). Der mit dem Dritten vereinbarte Vertragsinhalt ist dann auch für den Verkauf an den Berechtigten maßgebend (§ 464 II BGB).

Auch wenn ein Vorkaufsrecht besteht, muss der Verpflichtete den Gegenstand also nicht verkaufen (das ist der Unterschied zum Ankaufs- oder Wiederkaufsrecht).¹ Hat er aber verkauft, muss er hinnehmen, dass der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausübt und sich damit als Käufer aufdrängt. Der Vorkaufsverpflichtete kann das Vorkaufsrecht nicht dadurch aushöhlen, dass er den Kaufvertrag von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig macht oder sich ein Rücktrittsrecht bei Aus-

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

¹ Zur Rechtsnatur: Christian Berger, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 463 Rn. 13.

übung des Vorkaufsrechts einräumen lässt. Derartige Vereinbarungen sind gegenüber dem Berechtigten gemäß § 465 BGB unwirksam, d. h. der Verpflichtete kann nicht geltend machen, dass sie Teil des Kaufvertrages seien, der im Verhältnis zum Berechtigten gemäß § 464 II BGB gilt.

Die Frage war also, ob B nach wirksamer Ausübung eines Vorkaufsrechts einen durchsetzbaren Anspruch gegen V hatte. Ein Vorkaufsfall lag vor: V hatte mit D einen Kaufvertrag geschlossen. Sein Rücktrittsrecht hatte V nicht ausgeübt. Das hätte den Vorkaufsfall auch nicht entfallen lassen („einen Kaufvertrag ... geschlossen“ hatte V ja trotzdem). Die Umwandlung des Kaufvertrages in ein Rückgewährschuldverhältnis hätte V gegenüber B gemäß § 465 BGB nicht geltend machen können. Dass das Rücktrittsrecht nicht von der Ausübung des Vorkaufsrechts, sondern vom Nichtvorliegen einer Verzichtserklärung bis 1.8. abhing (anders als es der Wortlaut des § 465 BGB verlangt), ist nur ein regelungstechnischer Umweg zum im Wesentlichen gleichen Ergebnis.

Zweifelhaft war aber, welche Auswirkungen der zwischen V und D geschlossene Aufhebungsvertrag auf das Rechtsverhältnis zu B hatte.

Zur Entscheidung

Der BGH meint: keine. Zwar falle der Aufhebungsvertrag nicht unter § 465 BGB, weil sich der Verpflichtete (V) und der Dritte (D) von dem Kaufvertrag am 2.8. lösen wollten – unabhängig von der späteren Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Berechtigten am 13.8. Aus dem Abschluss des Kaufvertrages zwischen V und D erwachse dem Berechtigten (B) aber ein Gestaltungsrecht, das „in seinem rechtlichen Fortbestand grundsätzlich unabhängig von dem rechtlichen Schicksal des Kaufverhältnisses zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten“ sei.² Das bedeutet zweierlei: Der Aufhebungsvertrag lässt den einmal eingetretenen Vorkaufsfall nicht entfallen, so dass der Berechtigte das Vorkaufsrecht trotz des Aufhebungsvertrages noch ausüben konnte. Das entspricht dem Wortlaut von § 463 BGB „sobald ... einen Kaufvertrag ... geschlossen hat“. Ferner hat dann, wenn der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausübt, die Vertragsaufhebung zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten keinen Einfluss auf das Schuldverhältnis zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten. Für dieses Verhältnis sind nach § 464 II BGB vielmehr nur diejenigen Bestimmungen maßgebend, die „der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat“, unabhängig davon, ob sie im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts noch wirksam sind.

Beide Punkte sind aber nicht unproblematisch. Dass der Vorkaufsverpflichtete dem Berechtigten den Aufhebungsvertrag nicht entgegenhalten kann, verträgt sich schlecht damit, dass eine Vertragsänderung, die zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten vereinbart wird, bevor der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hat, sehr wohl für den Berechtigten maßgebend ist.³ Hätte V also mit D statt der Vertragsaufhebung einen höheren Kaufpreis vereinbart (und D im Gegenzug ein Rücktrittsrecht eingeräumt), so hätte B das Vorkaufsrecht nur zu dem neuen, höheren Kaufpreis ausüben können.

Auch dass der Aufhebungsvertrag den Vorkaufsfall nicht entfallen lässt, müsste man genauer begründen. Vertreten worden ist diese Ansicht – freilich ohne Begründung – bereits vom Reichsgericht.⁴ Der BGH stützt sich auf eine frühere Entscheidung, in der es um ein Rücktrittsrecht des Dritten ging. Wenn der Dritte vom Kaufvertrag zurücktrete, ändere das nichts daran, dass der Berechtigte das Vorkaufsrecht noch ausüben könne.⁵ Das ist sicherlich dann sachgerecht, wenn der Dritte ein Rücktrittsrecht – wie im damaligen Fall – allein im eigenen Interesse ausübt. Dann spricht nichts dafür, dass der Vorkaufsverpflichtete nicht dem Berechtigten sollte verpflichtet sein können, falls dieser am Kauf interessiert ist. Der Rücktritt des Dritten im eigenen Interesse lässt den Vorkaufsfall also nicht entfallen. Es ist aber nicht zwingend, dass ein Aufhebungsvertrag den Vorkaufsfall ebenso wenig entfallen lässt. Ein Aufhebungsvertrag wird typischerweise deshalb geschlossen, weil beide Seiten nicht mehr an einer Veräußerung interessiert sind. Dass in diesem Fall der Berechtigte sich trotzdem noch als Käufer soll aufdrängen dürfen, erscheint von Missbrauchsfällen abgesehen nicht unbedingt als ausgewogene Interessenbewertung.

³ RG vom 07.07.1927, RGZ 118, 5 (7); BGH vom 11.07.1969, NJW 1969, 1959 (1960); Walter Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 464 Rn. 6. Kritisch Florian Faust, in: BeckOK, BGB, 18. Ed. 2010, § 463 Rn. 32 m. w. N.

⁴ RG vom 24.02.1923, RGZ 106, 320 (323f.); RG vom 07.07.1927, RGZ 118, 5 (8). Dem folgend etwa Florian Faust, in: BeckOK, BGB, 18. Ed. 2010, § 463 Rn. 32; Harm Peter Westermann, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2008, § 463 Rn. 15; Johannes Wertenbruch, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 463 Rn. 78; Peter Mader, in: Staudinger, BGB, Neub. 2004, § 463 Rn. 28.

⁵ BGH vom 11.02.1977, BGHZ 67, 395 (397f.) = NJW 1977, 762 (762f.).

² BGH vom 01.10.2010, NJW 2010, 3774 (3775, Rn. 20).

Olaf Muthorst*

Löschungsbewilligung schon vor Eintragung

BGB § 888 Ein Anspruch aus § 888 I BGB besteht schon vor Eintragung des Vormerkungsberechtigten.

Der Vormerkungsberechtigte kann die Zustimmung zur Löschung einer vormerkungswidrigen Eintragung schon verlangen, bevor der vormerkungsgesicherte Anspruch erfüllt und ihm ein Recht an dem Grundstück eingeräumt ist.

BGH, Urteil vom 02.07.2010 – V ZR 240/09, NJW 2010, 3367

Zum Sachverhalt

V verkaufte ein Grundstück an K. Im Mai 2006 wurde zugunsten des K eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Im Oktober betrieb die B die Zwangsvollstreckung in das verkaufte Grundstück und ließ sich eine Zwangssicherungshypothek eintragen. Obwohl K noch nicht als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen war, verlangte K von B, die Löschung der Zwangssicherungshypothek zu bewilligen.

Problemaufriss

K hat gegen V einen Anspruch auf lastenfreie Übereignung des Grundstücks. Zur Sicherung dieses Anspruchs besteht eine Vormerkung gemäß § 883 BGB.

Eine Vormerkung dient der Sicherung eines auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Anspruchs.¹ Ist eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen, so ist eine spätere Verfügung insoweit unwirksam, als sie den gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 833 II 1 BGB, sog. Sicherungswirkung der Vormerkung). Übereignet V das Grundstück vertragswidrig an einen Dritten, kann er danach den Anspruch des K nicht mehr erfüllen (§ 275 I BGB). Ist vor der Übereignung an den Dritten aber zugunsten des K eine Vormerkung eingetragen, ist die Übereignung gegenüber K unwirksam – gegen K kann V den Eigentumsverlust nicht geltend machen. Nichts anderes gilt für eine dem Anspruch des K widersprechende Belastung des Grundstücks. Wird das Grundstück zugunsten eines Dritten mit einem Recht belastet, kann V den Anspruch auf lastenfreie Übereignung an K eigentlich nicht erfüllen (§ 275 I BGB). Ist der Anspruch des K auf lastenfreies Eigentum aber durch eine Vormerkung gesichert, gilt für spätere Belastungen ebenfalls § 883 II BGB, die Belastung ist dem K ge-

genüber also unwirksam. Die praktische Bedeutung der Vormerkung liegt darin, Risiken bei Grundstücksgeschäften zu minimieren: Hat der Erwerber eine Vormerkung, braucht er Eingriffe des Veräußerers nicht mehr zu fürchten und kann die Gegenleistung erbringen. Umgekehrt gibt der Veräußerer nicht sein Eigentum aus der Hand, bevor er nicht die Gegenleistung erhalten hat.

Die relative Unwirksamkeit gegenüber dem Vormerkungsberechtigten ändert jedoch nichts daran, dass der Dritte laut Grundbuch und gegenüber jedem anderen Rechtsinhaber ist. Der Vormerkungsberechtigte ist deshalb auf die Mitwirkung des Dritten angewiesen, wenn er die Rechtsposition einnehmen will, auf die er den gesicherten Anspruch hat: Der Dritte muss der Löschung seines Rechts zustimmen. Darauf hat der Vormerkungsberechtigte gemäß § 888 I BGB einen Anspruch. Dem Dritten ist das zumutbar, weil die Vormerkung bereits aus dem Grundbuch ersichtlich war.

Damit steht fest, dass K von B verlangen kann, der Löschung der Zwangssicherungshypothek zuzustimmen, denn die Vormerkung des K war früher eingetragen. Die Frage war aber, ob K diesen Anspruch auch schon geltend machen konnte, bevor er als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen war.

Zur Entscheidung

Der BGH hat das bejaht: Der Anspruch aus § 888 I BGB „kann geltend gemacht werden, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch entstanden und fällig ist, also gegenüber dem Anspruchsgegner durchgesetzt werden könnte.“² K muss also nicht erst abwarten, bis er als Eigentümer eines belasteten Grundstücks in das Grundbuch eingetragen ist, um dann die Löschung der vormerkungswidrigen Belastung durch die Zwangssicherungshypothek zu betreiben. Dieses Ergebnis, das der BGH in Übereinstimmung mit seiner früheren Rechtsprechung³ gegen die von einigen Gerichten⁴ und Autor/innen⁵ vertretene Ansicht vertritt, überzeugt zwar nicht deshalb, weil andernfalls die Reichweite des § 888 I BGB davon

² BGH vom 02.07.2010, NJW 2010, 3367 (Rn. 5).

³ BGH vom 31.10.1980, NJW 1981, 446 (447); BGH vom 30.01.1987, BGHZ 99, 385 (388) = NJW 1987, 1631.

⁴ Etwa OLG Zweibrücken vom 27.04.2006, NJW-RR 2007, 87; OLG Dresden vom 21.01.1999, NJW-RR 1999, 1177.

⁵ Etwa Peter Bassenge, in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 888 Rn. 5; Hartmut Schöner/Kurt Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1529.

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

¹ Fritz Baur/Rolf Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 20 Rn. 61.

abhänge, ob die vormerkungswidrige Verfügung in einer Belastung oder in einer Veräußerung besteht. Im letzten Fall kann der Vormerkungsberechtigte erst eingetragen werden, nachdem der Dritte den Anspruch aus § 888 I BGB erfüllt hat. Dann, meint der BGH,⁶ kann es auch im ersten Fall nicht darauf ankommen, ob der Vormerkungsberechtigte bereits eingetragen ist. Aber denkbar wäre es, dass § 888 I BGB unterschiedlich weit geht, je nach Inhalt der vormerkungswidrigen Verfügung. Überzeugend ist aber, dass der Vormerkungsberechtigte stets gegen seinen Schuldner (den Veräußerer) und den Dritten parallel vorgehen können muss, denn nur durch beider Zusammenwirken kann sein Anspruch erfüllt werden. Es gibt keinen Grund, weshalb der Dritte den Vormerkungsberechtigten sollte darauf verweisen können, er müsse sich erst die Buchposition des Eigentümers verschaffen.⁷

Diese Lösung wirft aber ein Folgeproblem auf: Was, wenn der Vormerkungsberechtigte gar nicht Eigentü-

mer des Grundstücks wird, etwa weil er die geschuldete Gegenleistung nicht erbringt, der Veräußerer daher vom Vertrag zurücktritt und der gesicherte Anspruch damit erlischt? Wegen ihrer Akzessorietät (vgl. § 883 I 1 BGB: „zur Sicherung des Anspruchs“) erlischt dann auch die Vormerkung. In diesem Fall erweist sich, dass dem Dritten das bis dahin vormerkungswidrige Recht uneingeschränkt zusteht. Der BGH trägt dieser Komplikation auf der Ebene des Anspruchsinhalts Rechnung: Der Dritte schuldet Zustimmung nicht zur Löschung schlechthin, sondern nur zur Löschung im Zuge der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer.⁸ Das ergebe sich aus dem Inhalt des gesicherten Anspruchs. Mit anderen Worten: Die Löschung ist nur bei Eigentumserwerb des Vormerkungsberechtigten erforderlich, um wie es § 888 I BGB verlangt, den gesicherten Anspruch zu verwirklichen, und nur mit diesem Inhalt kann die Zustimmung zur ihr verlangt werden.⁹

⁸ BGH vom 02.07.2010, NJW 2010, 3367 (3368, Rn. 10).

⁹ Kritisch *Christian Kessler*, Das Missverständnis um die Rechtsnatur der Zustimmung nach § 888 I BGB, in: NJW 2010, S. 3341 (3341 f.). Auf ein weiteres Folgeproblem, das hier nicht besprochen werden kann, macht *Maximilian Zimmer* aufmerksam, in: JZ 2010, S. 1015 (1017).

⁶ BGH vom 02.07.2010, NJW 2010, 3367 (3367 f., Rn. 7).

⁷ BGH vom 02.07.2010, NJW 2010, 3367 (3368, Rn. 15).

Olaf Muthorst*

Rücktritt des Unterlassungs-Nebentäters

StGB § 24 Für den Rücktritt des Nebentäters durch Unterlassen ist § 24 I StGB maßgebend.

Wer an einer Tat als Nebentäter durch Unterlassen beteiligt ist, kann vom Versuch nach § 24 I StGB zurücktreten, wenn der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Für den Rücktritt genügt daher beim unbeendeten Versuch Aufgeben der Tatausführung (Alt. 1).

BGH, Urteil vom 19.05.2010 – 2 StR 278/09, NStZ 2010, 690

Zum Sachverhalt

A und B wollten dem O eine Lektion erteilen. Nachdem sie sich der Mithilfe von C und D versichert hatten, lockten sie den O zum Tatort und zwangen ihn, sich auszuziehen. A und B fesselten den O, übergossen ihn mit Benzin und zündeten ihn an. C und D sahen zu. O gelang es, sich zu befreien und den größten Teil der Flammen zu löschen. Nun sprangen C und D hinzu und löschten die letzten Flammen. O zog sich auf Geheiß des A wieder an,

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

man fuhr in die Stadt zurück und A verlangte von O die Zusicherung, von nun an 400 € pro Woche als Schutzgeld zu zahlen. Für seine Rettung könne sich O bei C und D bedanken, er – A – hätte ihn brennen lassen. O bleibt durch die Verbrennungsnarben dauerhaft entstellt.

Problemaufriss

Auf der Hand liegt, dass sich die Angeklagten wegen schwerer Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung und Freiheitsberaubung schuldig gemacht haben. Klar ist auch, dass A und B mit zumindest bedingtem Tötungsvorsatz handelten, als sie O anzündeten. Denn A und B wollten, dass O in Brand geriet, hielten seinen Tod für möglich und nahmen ihn billigend in Kauf. Sie gingen dabei über den ursprünglichen Plan hinaus: Mit C und D war nur abgesprochen worden, dass dem O „ein Denkkzettel“ erteilt werden sollte. Deshalb waren C und D nicht als Mittäter (§ 25 II StGB) zu bestrafen, sondern jeweils als Nebentäter. Darunter versteht man Täter, die unabhängig vom Haupttäter dasselbe Rechtsgut angrei-

fen.¹ Während nämlich A und B durch das Anzünden zur Tötung des O ansetzten (also die Tötung versuchen, § 22 I StGB), unterließen C und D es, das Leben des O durch Eingreifen zu retten. Dazu wären sie aber verpflichtet gewesen, weil sie den O mit in den Wald gelockt und ihn damit A und B ausgeliefert hatten: Sie waren Garanten aus rechtswidrigem Vorverhalten (Ingerenz)² und begingen deshalb eine versuchte Tötung durch Unterlassen (§ 13 StGB), als sie beim Anzünden zusahen.

Die Frage war aber, ob A, B, C und D vom Versuch strafbefreiend zurückgetreten sind, als C und D die Flammen löschten und man den O in die Stadt zurückbrachte. Das richtet sich nach § 24 StGB. Gemäß § 24 I 1 StGB wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt (Alt. 1) oder deren Vollendung verhindert (Alt. 2). Das Gesetz honoriert die Umkehrleistung von Täter/innen – aus Gründen des Opferschutzes, der Strafzwecke oder der minderen Gefährlichkeit dieser Täter/innen.³ An einer solchen Umkehrleistung fehlt es freilich, wenn der/die Täter/in den Versuch im Moment des Rücktritts (Rücktrittshorizont, im Unterschied zum ursprünglichen Tatplan) für derart fehlgeschlagen hält, dass ihm/ihr die Tatbestandsverwirklichung nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne wesentliche Zäsur möglich erscheint. Der/die Täter/in müsste sich erst zu einem ganz neuen Anlauf entschließen, um den Tatbestand noch zu verwirklichen.⁴ Hält der/die Täter/in hingegen den Versuch nicht für fehlgeschlagen, den tatbestandlichen Erfolg also noch für erreichbar, tritt grundsätzlich Straflosigkeit ein bei freiwilligem Nicht-weiter-Ausführen der Tat (§ 24 I 1 Alt. 1 StGB). Dazu muss freilich überhaupt noch etwas auszuführen sein (sogenannter unbeendeter Versuch). Ist nach der Vorstellung des/der Täters/in bereits alles Erforderliche getan, um den Tatbestand zu verwirklichen (sogenannter beendeter Versuch)⁵, liegt im Nichts-weiter-Tun keine aner kennenswerte Umkehrleistung. Der/die Täter/in muss jetzt vielmehr die Vollendung verhindern (§ 24 I 1 Alt. 2 StGB), also zu Gegenmaßnahmen greifen. Bloßes Nicht-weiter-Ausführen genügt grundsätzlich auch dann nicht, wenn an einer Tat mehrere beteiligt sind (§ 24 II StGB). Denn jede/r Einzelne trägt Verantwortung nicht nur für den eigenen Tatbeitrag, sondern für die Tat als Ganze. Deshalb genügt es nicht, wenn der Tatbeitrag zwar zurückgenommen, aber nicht zugleich

die Vollendung der Tat verhindert oder sich darum zumindest ernsthaft bemüht wird.⁶

Zur Entscheidung

Zu entscheiden war also zunächst: War der Versuch nach der Vorstellung der Täter fehlgeschlagen, als C und D die Flammen löschten und man O in die Stadt zurückbrachte? Der BGH gibt darauf eine differenzierte Antwort: Aus der Sicht von C und D lag keineswegs ein Fehlschlag vor, als sie die letzten Flammen löschten. Es habe für sie keinen Grund zu der Annahme gegeben, der ursprünglich in Kauf genommene Taterfolg sei nicht mehr – im Zusammenwirken mit A und B – erreichbar: Man hätte ohne Zäsur den O erneut fesseln und anzünden können.⁷ Dass das für das eigentliche Ziel von C und D – ein „Denkzettel“ für O – nicht nötig war, ändert daran nichts.⁸ Anders war hingegen bei A und B zu entscheiden: Aus ihrer Sicht war der Versuch, O zu töten, mit dem Dazwischentreten von C und D fehlgeschlagen. Mit neuen Tatmitteln hätten sie einen ganz neuen Tatplan entwickeln und umsetzen und unter Umständen mit Widerstand von C und D rechnen müssen.⁹

Damit ist ein strafbefreiender Rücktritt von A und B abgelehnt. Hinsichtlich C und D war weiter zu prüfen, ob die Anforderungen an das Rücktrittsverhalten nach § 24 I oder II StGB zu bestimmen waren. Der BGH wendet § 24 I StGB an, da C und D jeweils Nebentäter seien.¹⁰ Das ist im Ergebnis konsequent, bedarf aber einer näheren Erklärung. Schließlich sind C und D jeweils nicht allein, sondern mit A und B am Tatort. Sie handeln aber rechtlich gesehen nicht mit A und B zusammen (sonst wären sie nicht Neben-, sondern Mittäter), sondern ihr jeweiliger Angriff auf das Rechtsgut ist von dem des A und B unabhängig. Zwar mag es richtig sein, dass O in der Hand von zwei Mit- und zwei Nebentätern ebenso in Gefahr ist, wie er es bei vier Mittätern wäre.¹¹ Diese Gefahr ist aber, da es zur Mittäterschaft nicht kam, nicht real geworden, sondern eine theoretische Möglichkeit geblieben. Auf sie können keine nach § 24 II StGB erschwerten Rücktrittsvoraussetzungen gestützt werden.

Mithin ist § 24 I StGB maßgebend, so dass nur noch zu entscheiden war, ob es sich aus Sicht von C und D um einen beendeten oder einen unbeendeten Versuch gehandelt hatte, als sie die letzten Flammen löschten. Der BGH

1 BGH vom 22.01.1953, BGHZ 4, 20 (21); *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 25 Rn. 8; *Wolfgang Joecks*, in: Studienkommentar StGB, 9. Aufl. 2010, § 25 Rn. 1; *Uwe Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993, S. 183.

2 Vgl. *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 13 Rn. 13; *Christoph Sowada*, Die Garantstellung aus vorangegangenen Tun (Ingerenz), in: Jura 2003, S. 236 ff.

3 *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 24 Rn. 2.

4 BGH vom 22.08.1985, BGHSt 33, 295 (296 f.); BGH vom 19.05.1993, BGHSt 39, 221 (227 f.); *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 24 Rn. 10.

5 *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 24 Rn. 3 ff.

6 *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 24 Rn. 26; *Rainer Zaczyk*, in: NK-StGB, 3. Aufl. 2010, § 24 Rn. 94.

7 Vgl. BGH vom 07.02.1986, NSTZ 1986, 264 (265) – *Benzinguss-Fall*.

8 Vgl. zu den hoch umstrittenen „Denkzettel“-Fällen BGH vom 19.05.1993, BGHSt 39, 221 (227 f.); *Ingo Bott*, Die sogenannten „Denkzettelkonstellationen“: Der Rücktritt vom Versuch trotz des Erreichens eines außertatbestandlichen Ziels, in: Jura 2008, S. 753 (755 f.).

9 BGH vom 19.05.2010, NSTZ 2010, 690 (691, Rn. 4).

10 BGH vom 19.05.2010, NSTZ 2010, 690 (691, Rn. 6).

11 Vgl. *Matthias Jahn*, Anm. zu BGH vom 19.05.2010, in: JuS 2011, S. 78 (79).

nimmt einen unbeendeten Versuch an und argumentiert, nach dem Löschen der Flammen und bei der Rückfahrt in die Stadt habe es für C und D nicht so ausgesehen, als würde O infolge der Verbrennungen bald sterben. Diese Begründung erscheint nicht tragfähig. Abgestellt werden müsste schließlich auf den Zeitpunkt *vor* dem Löschen der Flammen. Zu diesem Zeitpunkt war es nach ihrer Vorstellung ebenso wenig wie zuvor notwendig, tätig zu werden, um den tatbestandlichen Erfolg zu erzielen. Vielmehr gingen C und D offenbar davon aus, ohne ihr Eingreifen werde O an den von A und B zugefügten Verbrennungen sterben. Von einem solchen Versuch

durch Unterlassen kann der Täter deshalb nur dadurch zurücktreten, dass er die Vollendung der Tat verhindert. Der Versuch des Unterlassungsdelikts ist also stets wie ein beendeter Versuch zu behandeln.¹² Deshalb stützt sich der BGH zu Recht hilfsweise darauf, die Rückfahrt in die Stadt habe zur Erfolgsverhinderung beigetragen, so dass auch bei Annahme eines beendeten Versuchs ein strafbefreiender Rücktritt vorliege.

¹² BGH vom 20.12.2002, BGHSt 48, 147 (149); *Kristian Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 24 Rn. 22a; *Rainer Zaczyk*, in: *NK-StGB*, 3. Aufl. 2010, § 24 Rn. 47.

Ulrike Lembke*

Gerechtfertigte Sterbehilfe durch aktiven Behandlungsabbruch

StGB §§ 212, 216 Unter Berücksichtigung von §§ 1901 a, 1901 b BGB kann auch die Sterbehilfe durch aktiven Behandlungsabbruch durch Einwilligung gerechtfertigt sein.

1. Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901 a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen.

2. Ein gerechtfertigter Behandlungsabbruch kann sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Handeln vorgenommen werden.

3. Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, können nicht durch Einwilligung gerechtfertigt werden.

BGH, Urteil vom 25.06.2010 – 2 StR 454/09, NJW 2010, 2963–2968.

Der Sachverhalt

Der Angeklagte, ein Fachanwalt für Medizinrecht (insbesondere Palliativmedizin) beriet eine Mandantin, welche die künstliche Ernährung ihrer seit fünf Jahren ohne Aussicht auf Besserung im Wachkoma liegenden Mutter beenden wollte. Die Mutter war nicht mehr ansprechbar und auf vierzig Kilogramm abgemagert. Ihr

linker Arm hatte amputiert werden müssen und sie wurde in einem Heim gepflegt. Vor ihrer Erkrankung hatte sie klargestellt, dass sie keine künstliche Ernährung oder Beatmung wünsche, sie wolle nicht an „Schläuche“ angeschlossen werden. Nachdem die Mandantin zur Betreuerin ihrer Mutter bestellt worden war, bemühte sie sich zwei Jahre lang um die Einstellung der künstlichen Ernährung, die vom Heimpersonal jedoch – selbst bei ärztlicher Anweisung – verweigert wurde. Eine mit der Heimleitung gefundene einverständliche Lösung wurde von der Geschäftsführung des Gesamtunternehmens überraschend widerrufen und die schon abgebrochene künstliche Ernährung wieder aufgenommen. Daraufhin riet der Angeklagte seiner Mandantin, den Schlauch der PEG-Sonde durchzuschneiden, mit der die künstliche Ernährung erfolgte. Die Mandantin folgte diesem Rat. Die künstliche Ernährung wurde nach Einlieferung in ein Krankenhaus wieder aufgenommen.

Die Entscheidung

In einem Grundsatzurteil¹ hob der BGH die Verurteilung wegen versuchten Totschlags auf und entschied, dass auch eine Sterbehilfe durch aktiven Behandlungsabbruch gerechtfertigt sein kann, wenn sie dem Patientenwillen entspricht und einem tödlichen Krankheits-

¹ Vgl. die Besprechungen von *Karsten Gaede*, Durchbruch ohne Dammbruch, in: *NJW* 2010, S. 2925–2928; *Gudrun Doering-Striening*, Das Negativtatest bei Behandlungsabbruch i. S. d. § 1904 II BGB, in: *FamFR* 2010, S. 341–343; *Michael Kubiciel*, Zur Strafbarkeit der passiven Sterbehilfe, in: *ZJS* 2010, S. 656–661.

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

prozess seinen Lauf lässt. Zuvor war für die Strafbarkeit von Sterbehilfe oft ausschlaggebend, ob sie durch Handeln oder Unterlassen erfolgte, denn es waren drei Felder zu unterscheiden: die erlaubte passive Sterbehilfe durch Unterlassen, die erlaubte indirekte Sterbehilfe durch die Nebenwirkungen schmerzlindernder Medikamente und die verbotene aktive Sterbehilfe durch gezielte schmerzlose Tötung oder Beschleunigung des Todesintritts.² Die Fokussierung auf die Handlungsform führte zu erheblicher Rechtsunsicherheit,³ während nun klargestellt ist, dass auch der aktive Behandlungsabbruch als passive Sterbehilfe straflos bleibt. Zudem war die Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen und in Strafsachen beim Thema Sterbehilfe zunehmend auseinander gegangen. Schließlich blieben die zivilrechtlichen Neuregelungen durch das Patientenverfügungsgesetz 2009 nicht ohne Auswirkung⁴; der BGH betonte zwar die Eigenständigkeit des Strafrechts, legte aber auch Wert auf die Einheit der Rechtsordnung und die Rechtssicherheit.

Patientenwille und Behandlungsabbruch

Die Entscheidung des BGH beendet nicht nur erhebliche Rechtsunsicherheiten im Bereich der Tötungsdelikte. Sie gibt vor allem den Blick frei für die zentrale Frage im Zusammenhang mit dem Thema Sterbehilfe: die Frage nach dem Willen des/der Patient/in. Dies wird auch in der Folgeentscheidung des BGH vom 10.11.2010⁵ deutlich: Der Angeklagte hatte die Zufuhr lebenswichtiger Medikamente für seine Schwiegermutter unterbrochen, deren Zustand ernst, aber nicht hoffnungslos war. Der BGH bestätigte die Verurteilung wegen versuchten Totschlags und ging noch einmal auf die strengen Beweisforderungen an die Feststellung des Patientenwillens und die Bedeutung von §§ 1901a, 1901b BGB⁶ ein. Gemäß § 1901a BGB sind nur Betreuer/innen bzw. Bevollmächtigte befugt, den in einer Patientenverfügung geäußerten Willen zu ermitteln und ggf. durchzusetzen. Die Entscheidung über einen Behandlungsabbruch setzt ferner zwingend das Zusammenwirken mit den behandelnden Ärzt/innen und die Berücksichtigung von deren medizinischer Einschätzung voraus (vgl. auch § 1904 BGB). Der Angeklagte war weder befugt nach § 1901a BGB, noch

hatte er sich mit den behandelnden Ärzt/innen ins Einvernehmen gesetzt, wie § 1901b BGB es erfordert. Vor allem aber war sein Vorgehen von der Patientenverfügung seiner Schwiegermutter gar nicht gedeckt, deren verschriftlichten Willen der Angeklagte schlichtweg nicht zur Kenntnis nehmen wollte.

Die Abgrenzung der gerechtfertigten Sterbehilfe zur strafbaren Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB kann dagegen gerade nicht auf den Willen der getöteten Person abstellen. Hierfür ist vielmehr entscheidend, ob ein Behandlungsabbruch vorlag, also einem Krankheitsprozess sein Lauf gelassen und letztlich der/die Patient/in dem Sterben überlassen wurde. Jenseits einer solchen notwendigen medizinischen Behandlung kann die gezielte Tötung eines anderen Menschen auch nicht durch dessen Einwilligung gerechtfertigt werden. Für diesen Bereich bleiben daher die Abgrenzungsprobleme zwischen strafbarer Tötung auf Verlangen und strafloser Beihilfe zur Selbsttötung bestehen.⁷ Das Feld der Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch hat der BGH dagegen klarer abgesteckt.

² Vgl. *Thomas Fischer*, StGB-Kommentar, 56. Aufl. 2009, Vor § 211, Rn. 15 ff.

³ Zur Abgrenzung verschiedener Formen der Sterbehilfe, der Tötung auf Verlangen und der Beihilfe zur Selbsttötung vgl. *Sylke Edith Geißendörfer*, Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts, 2009; *Ralph Ingelfinger*, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, in: JZ 2006, S. 821–831; *Harro Otto*, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, in: NJW 2006, S. 2217–2222. Rechtsvergleichend zur Sterbehilfe: *Christina Dörfler*, Sterbehilfe im Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Schutz des Lebens, in: StudZR 2009, S. 217–240.

⁴ Vgl. dazu *Katharina Reus*, Die neue gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und die Strafbarkeit des Arztes, in: JZ 2010, S. 80–84.

⁵ BGH vom 10.11.2010, NJW 2011, 161–163.

⁶ Vgl. Patientenverfügungsgesetz vom 29.07.2009, BGBl. I 2009, S. 2286.

⁷ Vgl. dazu *Kristian Kühl*, Beteiligung an Selbsttötung und verlangte Fremdtötung, in: Jura 2010, S. 81–86.

Ulrike Lembke*

Menschenrechtswidrige Abschiebungen nach Griechenland

Art. 3 und 13 EMRK Das griechische Asylsystem verstößt gegen Art. 3 und 13 EMRK, weshalb auch die Überstellung von Asylbewerber/innen nach Griechenland ohne einen wirksamen Rechtsbehelf hiergegen ihrerseits Art. 3 und 13 EMRK verletzt.

1. Die Lebens- und Haftbedingungen für Asylbewerber/innen in Griechenland verstoßen gegen das Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung aus Art. 3 EMRK, das griechische Asylverfahren verletzt auf Grund seiner Mängel das Recht auf wirksame Beschwerde aus Art. 13 EMRK.

2. Die Überstellung von Asylbewerber/innen nach Griechenland, welche sie dem dortigen mangelhaften Asylsystem mit seinen Risiken sowie den dortigen Lebens- und Haftbedingungen aussetzt, verstößt ihrerseits gegen Art. 3 EMRK. Fehlt es an einem wirksamen Rechtsbehelf gegen die Überstellung, liegt auch ein Verstoß gegen Art. 13 EMRK vor.

EGMR, Urteil vom 21.01.2011 – Nr. 30696/09 – M. S. S. v. Belgium and Greece.

Sachverhalt und Entscheidung

Die Große Kammer des EGMR hat auf die Beschwerde eines Asylsuchenden aus Afghanistan entschieden, dass dessen Abschiebung von Belgien nach Griechenland ihn in seinen Menschenrechten verletzt hat. Nach seiner Ankunft in Griechenland wurde der Asylsuchende ohne Angabe von Gründen in einem Haftzentrum untergebracht, wo er mit 20 Personen eine Zelle teilte, in der er auf dem Boden schlafen musste, wenig zu essen bekam und von Polizist/innen geschlagen wurde. Nach seiner Freilassung lebte er weit über ein Jahr ohne jegliche materielle Unterstützung auf der Straße. Eine Unterkunft wurde ihm nie angeboten, da in Griechenland für zehntausende Flüchtlinge nur ca. 1000 Plätze in Aufnahmezentren zur Verfügung stehen. Dies wertete der EGMR als Verstoß gegen das Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung aus Art. 3 EMRK.¹ Auch sein Asylantrag wurde nicht bearbeitet. Das Asylverfahren in Griechenland ist geprägt von unzureichenden Informationen, fehlender Kommunikation, ungeeignetem Personal, Mangel an Dolmetscher/innen, fehlender Rechtshilfe, einer verschwindend geringen Erfolgsrate² und Zwangsabschie-

bungen in lebensbedrohliche Herkunftssituationen, was in der Gesamtschau gegen das Recht auf wirksame Beschwerde aus Art. 13 EMRK verstößt. Da diese Verhältnisse in Europa allgemein bekannt waren und die belgischen Behörden nicht davon ausgehen konnten, dass der Beschwerdeführer in Griechenland konventionsgemäß behandelt werden würde, haben sie mit seiner Überstellung – gegen die er nur in einem beschränkten und aussichtslosen Eilverfahren vorgehen konnte – selbst gegen Art. 3 und 13 EMRK verstoßen. Das UNHCR hatte seit 2008 wiederholt Kritik am griechischen Asylsystem geäußert und dazu aufgefordert, sog. Dublin-Transfers nach Griechenland einzustellen.

Dublin II und § 34 a II AsylVfG

Die Dublin II-Verordnung legt die Kriterien dafür fest, welcher europäische Staat für die Prüfung eines Asylantrages zuständig ist. Neben zuvor erteilten Visa oder Aufenthaltstiteln spielt eine entscheidende Rolle, über welchen Staat die Asylsuchenden nach Europa eingereist sind – weshalb gerade Griechenland besonders viele Neuanträge verzeichnet –, aber auch Schutzbedürftigkeit oder familiäre Gründe können relevant sein. Durch eine Gesetzesänderung im Jahr 2007 wurden sämtliche Überstellungen nach der Dublin II-Verordnung der Regelung in § 34 a II AsylVfG unterstellt. Danach ist vorläufiger Rechtsschutz bei Abschiebungen in Dublin II- oder sog. sichere Drittstaaten gesetzlich gänzlich ausgeschlossen. Dass dieser generelle Rechtsschutzausschluss mit europäischem Recht nicht vereinbar ist,³ dürfte nun wohl abschließend geklärt sein: Wenn schon das beschränkte belgische Eilantragsverfahren bei Überstellungen auf Grund seiner mangelnden Effektivität als Konventionsverstoß gerügt wird, wie würde der EGMR wohl den vollständigen Ausschluss von Eilrechtsschutz nach § 34 a II AsylVfG bewerten? Belgien wurde nach Art. 41 EMRK zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 24.900 Euro verurteilt.

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

¹ Noch 2008 hatte der EGMR die Überstellung eines Asylsuchenden nach Griechenland als konventionsgemäß angesehen und eine Verletzung von Art. 3 EMRK durch den überstellenden Staat verneint, EGMR vom 02.12.2008 – Nr. 32733/07 – K. R. S. v. United Kingdom.

² Die Erfolgsrate beträgt weniger als 0,1 % im Vergleich zu 36,2 % in

den fünf anderen EU-Ländern mit den höchsten Antragszahlen.

³ Statt vieler Ruth Weinzierl, Der Asylkompromiss 1993 auf dem Prüfstand. Gutachten zur Vereinbarkeit der deutschen Regelungen über sichere EU-Staaten und sichere Drittstaaten mit der EMRK, dem EU-Recht und dem deutschen Grundgesetz, 2009, S. 20 ff., mwN.

Deutscher Überstellungsstopp nach Griechenland

Das Bundesinnenministerium hat am 19.01.2011 entschieden, dass mit sofortiger Wirkung für die Dauer eines Jahres keine Überstellungen von Asylsuchenden nach Griechenland mehr durchgeführt werden.⁴ Damit hat die Bundesregierung nicht nur auf die drohende Entscheidung des EGMR reagiert, sondern ist vor allem einer Verurteilung durch das BVerfG zuvorgekommen. Vor dem BVerfG hatte ein irakischer Staatsangehöriger Verfassungsbeschwerde erhoben, dessen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen eine drohende Abschiebung nach Griechenland vom OVG Münster unter Hinweis auf § 34a II AsylVfG abgewiesen worden war.⁵ Das BVerfG erließ eine einstweilige Anordnung nach

⁴ Im Jahr 2009 erfolgten 200 Überstellungen von Deutschland nach Griechenland, im Jahr 2010 nur noch 55. Schon seit 2008 werden keine Minderjährigen mehr nach Griechenland überstellt. Norwegen, Dänemark und die Niederlande haben die Überstellungen vollständig gestoppt.

⁵ OVG Münster vom 31.08.2009 – 9 B 1198/09.A.

§ 32 BVerfGG, mit der es die Überstellung des Beschwerdeführers vorläufig untersagte und die es zweimal verlängerte.⁶ Nach der mündlichen Verhandlung am 28.10.2010 legte es dem Bundesinnenministerium nahe, von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen (also den Beschwerdeführer nicht nach Griechenland zu überstellen, sondern selbst das Asylverfahren durchzuführen) – eine Anregung, der das Ministerium rasch folgte.

Gesichtswahrend hat das Bundesinnenministerium betont, dass Griechenland weiterhin als sicherer Drittstaat angesehen wird und dass die Befristung des Abschiebungsstopps auf ein Jahr Griechenland nur Gelegenheit geben soll, einige Mängel seines Asylsystems abzustellen. Befristete Aussetzungen menschenrechtswidriger Abschiebungen nach Griechenland, die Beschwerden vor dem BVerfG oder dem EGMR den Boden entziehen sollen, werden das deutsche Asylverfahrensrecht aber nicht dauerhaft vor Veränderungen bewahren können.

⁶ BVerfG vom 08.09.2009, NVwZ 2009, 1281; BVerfG vom 25.02.2010 und 17.08.2010 – 2 BvR 2015/09.

Ulrike Lembke*

Durchsuchung von Geschäftsräumen eines Rundfunksenders

Art. 5 I 2 GG Zur Bedeutung der Rundfunkfreiheit, insbesondere des davon umfassten Redaktionsgeheimnisses, für die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Durchsuchung von Redaktionsräumen und der Sicherstellung und Ablichtung von redaktionellen Unterlagen.

BVerfG, Beschlüsse vom 10.12.2010 – 1 BvR 1739/04 und 1 BvR 2020/04.

Der Sachverhalt

Beschwerdeführer war ein lokaler Rundfunksender in Hamburg (Freies Sender Kombinat – FSK). Im Rahmen einer im Oktober 2003 ausgestrahlten Sendung zu Polizeiübergriffen wurden die Mitschnitte von zwei Telefongesprächen eingespielt, die zwischen einem Pressesprecher der Polizei und einem FSK-Mitarbeiter geführt worden waren. Da die Aufzeichnung dieser Telefongespräche nicht vereinbart worden war, leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nach § 201 I StGB ein, in dessen Rahmen auch die Durchsuchung der Geschäftsräume des FSK angeordnet wurde.

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

Ziel war das Auffinden von Beweismitteln, insbesondere des Tonträgers mit den Telefongesprächen, sowie von Unterlagen, die Aufschluss über die Identität des Anrufers und der weiteren Verantwortlichen geben könnten. Bei der Durchsuchung wurden Grundflächenskizzen und Lichtbilder von allen Redaktionsräumen angefertigt sowie diverse Redaktionsunterlagen sichergestellt, von denen die Staatsanwaltschaft vor ihrer Rückgabe an den FSK teilweise Kopien fertigte. Der gesuchte Anrufer gab sich während der Durchsuchung zu erkennen und wurde später wegen Verstoß gegen § 201 I StGB zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen á 18 Euro verurteilt. Von der Strafverfolgung weiterer Beteiligten wurde abgesehen.

Die Rechtsbehelfe des FSK gegen die Anordnung der Durchsuchung und ihre Durchführung sowie die Mitnahme und Ablichtung seiner Redaktionsunterlagen blieben vor dem Amtsgericht und Landgericht Hamburg ohne Erfolg.

Die Entscheidung

Das BVerfG hat die angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen wegen Verletzung der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 I 2 GG im Wesentlichen aufgehoben. Dabei gab es seinen Zweifeln Ausdruck, ob die Bedeutung der Rundfunkfreiheit und insbesondere des von ihr umfassten Redaktionsgeheimnisses den beteiligten Instanzen der Strafverfolgung überhaupt hinreichend bekannt sei. Dies soll Grund genug sein, eine Entscheidung vorzustellen, die überwiegend als Zusammenfassung gefestigter Rechtsprechung gelesen werden kann.

Die Rundfunkfreiheit ist nicht nur ein subjektives Recht auf Freiheit von staatlichem Zwang.¹ Sie gewährt überdies den institutionellen Schutz des Rundfunks, der von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht oder Meinung reicht.² Unverzichtbare Voraussetzung der Funktionsfähigkeit eines unabhängigen Rundfunks ist nach ständiger Rechtsprechung³ des BVerfG die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit. Das Redaktionsgeheimnis soll verhindern, dass staatliche Institutionen sich Wissen über redaktionelle Vorgänge verschaffen und so die Institution eines eigenständigen Rundfunks gefährden. Das Redaktionsgeheimnis umfasst gerade auch organisationsbezogene Unterlagen eines Rundfunkbetreibers, aus denen sich redaktionelle Arbeitsabläufe, redaktionelle Projekte oder auch die Identität von Mitarbeiter/innen einer Redaktion ergeben können. Die Durchsuchung der Redaktionsräume einschließlich deren Dokumentation sowie die Sicherstellung bzw. Beschlagnahme von redaktionellen Datenträgern und Unterlagen stellten folglich Eingriffe in die Rundfunkfreiheit dar.

Spannender erschien die Frage, ob diese Eingriffe verfassungsrechtlich gerechtfertigt waren. Das BVerfG hat diese Frage klar verneint. Zwar seien die Regelungen über die Durchsuchung sowie die Sicherstellung und Beschlagnahme von Beweisgegenständen in §§ 94, 97, 103, 105 StPO allgemeine Gesetze iSv Art. 5 II GG⁴ und verfassungsrechtlich auch insoweit nicht zu beanstanden, als sie die genannten Maßnahmen grundsätzlich auch in Bezug auf Redaktionsräume zulassen.⁵ Doch müsse

stets (auch wenn wie hier keine pressenspezifischen Beschlagnahmeverbote nach § 97 V 2, II 3 StPO vorlägen) eine sehr sorgfältige Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden, welche die Bedeutung der beeinträchtigten Rundfunkfreiheit bei einer Abwägung mit dem konkreten Strafverfolgungsinteresse (Wechselwirkungslehre) hinreichend beachte.

Bezüglich der Dokumentation der Redaktionsräume des FSK konnte das BVerfG schon die Erforderlichkeit der Maßnahmen nicht erkennen, da jede Relevanz für das Ermittlungsverfahren fehle. Die Durchsuchung als solche und die Mitnahme von Unterlagen seien zwar geeignet und erforderlich gewesen, um die zu verfolgende Straftat aufzuklären. Bei der Prüfung der Angemessenheit hätten die Hamburger Gerichte aber einerseits das Strafverfolgungsinteresse nur abstrakt bestimmt und ihm andererseits nur die tatsächlichen Behinderungen der Sendetätigkeit gegenübergestellt. Die möglichen Auswirkungen der Maßnahmen auf das Rundfunkunternehmen insgesamt seien nicht berücksichtigt worden, so insbesondere die Störung des Vertrauensverhältnisses zu seinen Informant/innen und die mögliche Einschüchterung seiner Mitarbeiter/innen. Obiter dictum thematisierte das BVerfG noch, ob die beschlagnahmehersetzende⁶ Ablichtung der redaktionellen Unterlagen nicht auch einer richterlichen Anordnung bedurft hätte.

¹ Vgl. BVerfG vom 01.10.1987, BVerfGE 77, 65 (74); BVerfG vom 25.01.1984, BVerfGE 66, 116 (133). Überblick zu den Medienfreiheiten: *Bernd Geier*, Grundlagen rechtsstaatlicher Demokratie im Bereich der Medien, in: Jura 2004, S. 182–188.

² Vgl. BVerfG vom 01.10.1987, BVerfGE 77, 65 (74 ff.); BVerfG vom 06.10.1959, BVerfGE 10, 118 (121).

³ Vgl. nur BVerfG vom 27.02.2007, BVerfGE 117, 244 (258); BVerfG vom 12.02.2003, BVerfGE 107, 299 (330); BVerfG vom 14.07.1999, BVerfGE 100, 313 (365); BVerfG vom 01.10.1987, BVerfGE 77, 65 (75); BVerfG vom 25.01.1984, BVerfGE 66, 116 (133 ff.).

⁴ Skeptisch *Achim Bertuleit/Dirk Herkströter*, Medienfreiheit und Beschlagnahmeverbot, in: KJ 1988, S. 318–328.

⁵ Vgl. BVerfG vom 27.02.2007, BVerfGE 117, 244 (261); BVerfG vom 12.02.2003, BVerfGE 107, 299 (331 f.); BVerfG vom 01.10.1987, BVerfGE 77, 65 (75).

⁶ Vgl. dazu BVerfG vom 11.07.2008, NJW 2009, 281 (282); BGH vom 09.01.1989, BGHR StPO § 94 Verhältnismäßigkeit 1.

Ulrike Lembke*

Rundfunkgebührenpflicht für internetfähige PC

§§ 1 und 2 Rundfunkgebührenstaatsvertrag Internetfähige Personalcomputer sind unabhängig von ihrer konkreten Verwendung rundfunkgebührenpflichtig.

1. Internetfähige PC sind Rundfunkempfangsgeräte i. S. v. § 1 I 1 RfGebStV.

2. Der die Gebührenpflichtigkeit auslösende Tatbestand des Bereithaltens eines Rundfunkempfangsgerätes in § 2 II RfGebStV knüpft nicht an die tatsächliche Verwendung, sondern nur die grundsätzliche Eignung des Gerätes an, welche bereits gegeben ist, wenn mit dem Gerät ohne besonderen technischen Aufwand Rundfunkdarbietungen empfangen werden können.

3. Die Erhebung von Rundfunkgebühren für internetfähige PC verstößt weder gegen die Informationsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG noch die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG noch den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 I GG.

BVerwG, Urteile vom 27.10.2010 – 6 C 12/09, 6 C 17/09 und 6 C 21/09.

Die Sachverhalte

Ein Mathematikstudent und zwei Rechtsanwälte, die zu Studiums- oder Berufszwecken Personalcomputer mit Internetzugang nutzten, wurden zur Zahlung von Rundfunkgebühren für diese Geräte gemäß §§ 1 und 2 des Rundfunkgebührenstaatsvertrages (RfGebStV) herangezogen. Sie alle verweigerten die Zahlung von Rundfunkgebühren, da sie ihre Personalcomputer ausschließlich für das Studium oder zu beruflichen Zwecken nutzten und niemals zum Empfang von Rundfunksendungen (Radio, Livestream etc.) verwendeten.

Die Entscheidung

Das BVerwG hat entschieden, dass internetfähige Personalcomputer als Rundfunkempfangsgeräte iSv § 1 I 1 RfGebStV unabhängig von ihrer tatsächlichen Verwendung gebührenpflichtig gemäß § 2 II RfGebStV sind.¹ Die Kläger konnten sich nicht darauf berufen, dass sie

ihre PC zum Rundfunkempfang weder verwendeten noch verwenden wollten, da es für die Gebührenpflichtigkeit nicht auf die Nutzungsgewohnheiten,² sondern nur die Eignung des Geräts zum Rundfunkempfang ankommt.

Die gesicherte Finanzierung als unverzichtbare Voraussetzung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks³ hat die Rechtsprechung von jeher beflügelt, einen sehr lockeren Zusammenhang zwischen Nutzung und Gebührenpflicht für ausreichend zu erachten. Dass Gebühren für den öffentlichen Rundfunk auch zahlen muss, wer nur Privatsender nutzt, mochte angesichts dessen noch angehen, da es ohne öffentlichen keinen privaten Rundfunk gäbe. Dass der reine Besitz eines offensichtlich (Anwaltskanzlei) zu anderen Zwecken angeschafften, multifunktionalen Gerätes, das technisch auch in der Lage wäre, Rundfunk zu empfangen, wenn es online genutzt wird, den Tatbestand von § 2 II RfGebStV⁴ erfüllen soll, liegt dagegen nicht auf der Hand. Auch das BVerwG bemerkt, dass PC-Besitzer/innen durch die nachträgliche Verbreitung von Rundfunkprogrammen über Livestream mit der Situation konfrontiert sind, mit einem zu üblichen Arbeitszwecken angeschafften PC plötzlich im Rechtssinn ein „Rundfunkempfangsgerät“ zu besitzen. Sein Mitgefühl mit diesen PC-Besitzer/innen wird aber umgehend vom Finanzierungsgedanken verdrängt.

Die verfassungsrechtlich begründete Finanzierungsfunktion der Rundfunkgebühren für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten rechtfertigt auch die Eingriffe in die Informationsfreiheit aus Art. 5 I GG oder in die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG, die in der Anknüpfung der Gebührenpflicht an die Berufs- oder Informationszwecken dienende Nutzung eines internetfähigen PC bzw. dessen bloßen Besitz liegen können. Die Eingriffe sind ferner verhältnismäßig, da eine kontrollierte Registrierung kein gleich wirksames Mittel der Gebührenerhebung darstellen würde und die typisierende Befreiungsvorschrift in § 5 III RfGebStV die Angemes-

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

¹ Vgl. die Besprechung von Michael Betzinger/Sebastian Müller, in: NVwZ 2010, S. 1131–1134; grundlegend zur Problematik André Fiebig, Gerätebezogene Rundfunkgebührenpflicht und Medienkonvergenz, 2008; zum österreichischen System vgl. Michael Truppe, Rundfunkgebühren und Programmtegel im digitalen Fernsehzeitalter, in: Medien und Recht 2008, S. 323–331.

² So schon BVerfG vom 22.02.1994, BVerfGE 90, 60 (90 f.).

³ Vgl. statt vieler BVerfG vom 11.09.2007, BVerfGE 119, 181 (214), mwN. Grundlegend dazu Annette W. Reuters, Die Rundfunkgebühr auf dem Prüfstand der Finanzverfassung, 2009; Annette Smith, Das System der deutschen Rundfunkgebühr, 2010.

⁴ Für eine teleologische Reduktion André Fiebig, Gerätebezogene Rundfunkgebührenpflicht, 2008, S. 325 ff.

senheit wahre.⁵ Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 I GG sei nicht verletzt, da die technischen Unterschiede zwischen herkömmlichen Rundfunkgeräten und internetfähigen PC für die Gebührenpflicht nicht relevant seien, sondern allein die Eignung zum Empfang von Rundfunksendungen.

Das BVerwG gibt allerdings zu bedenken, dass auch für Rundfunkgebühren der aus Art. 3 I GG folgende abga-

benrechtliche Grundsatz der Belastungsgleichheit gilt.⁶ Nur wenn die Rundfunkanstalten die Gebührenpflichtigkeit von internetfähigen PC gegenüber allen Inhaber/innen tatsächlich durchsetzen können, kann die gesetzliche Gebührengrundlage verfassungsrechtlich Bestand haben. Zu einer diesbezüglichen Überprüfung der Rundfunkgebührenstaatsverträge wird es wohl nicht mehr kommen: Ab Januar 2013 soll die Gerätegebühr durch eine einheitliche Haushaltsabgabe ersetzt werden.

⁵ Zustimmung *Herrmann Eicher/Axel Schneider*, Die Rundfunkgebührenpflicht in Zeiten der Medienkonvergenz, in: NVwZ 2009, S. 741–747; die Erforderlichkeit verneint *Siegfried Jutzi*, Informationsfreiheit und Rundfunkgebührenpflicht, in: NVwZ 2008, S. 603 (605 ff.).

⁶ Vgl. BVerfG vom 09.03.2004, BVerfGE 110, 94 (112).

Ulrike Lembke*

Sorgerecht für Väter nichtehelicher Kinder

Art. 6 II GG Der generelle Ausschluss des Vaters eines nichtehelichen Kindes von der Sorgetragung für sein Kind ohne Möglichkeit einer gerichtlichen Einzelfallüberprüfung verletzt sein Elternrecht aus Art. 6 II GG.

1. §§ 1626a I Nr. 1, 1672 I BGB sind mit Art. 6 II GG unvereinbar.

2. Bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung sind §§ 1626a I Nr. 1, 1672 I BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils unter vorrangiger Berücksichtigung des Kindeswohls entweder beiden Eltern die gemeinsame Sorge oder, wenn dies nicht in Betracht kommt, dem Vater auch das alleinige Sorgerecht übertragen kann.

BVerfG, Beschluss vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09, NJW 2010, 3008–3015.

Die Entscheidung

Das BVerfG hat entschieden, dass der Vater eines nichtehelichen Kindes nicht gegen seinen Willen und ohne gerichtliche Überprüfung von der Sorgetragung für das Kind ausgeschlossen werden darf. Die elterliche Sorge für ein nichteheliches Kind wird mit der Geburt des Kindes zunächst der Mutter zugewiesen. Wollte auch der Vater die elterliche Sorge für sein nichteheliches Kind übernehmen, war die Einräumung eines gemeinsamen oder anteiligen Sorgerechts nach §§ 1626a I Nr. 1, 1672 I BGB von der Zustimmung der Mutter abhängig. Für den

Fall, dass die Mutter ihre Zustimmung verweigerte, war keine gerichtliche Überprüfung vorgesehen. Angesichts dessen könnte die Entscheidung des BVerfG kaum klarer und nachvollziehbarer sein. Aus heutiger Sicht ist es selbstverständlich, dass die gerichtlich nicht überprüfbare Vorenthaltung des Sorgerechts für ein sorgereifes Elternteil unverhältnismäßig in das Elternrecht aus Art. 6 II GG eingreift. Trotzdem hat die Entscheidung des BVerfG nicht unerhebliches Aufsehen erregt und zu längeren Anmerkungen¹ Anlass gegeben. Warum ist diese Entscheidung so überraschend und juristisch interessant?

Zum Hintergrund der Entscheidung

Das Überraschungsmoment der Entscheidung könnte darin begründet liegen, dass das BVerfG noch 2003 die fraglichen Regelungen für verfassungsgemäß gehalten hat,² indem es argumentierte, die Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechts durch die Mutter beruhe regelmäßig auf schwerwiegenden Kindeswohlerwägungen. Allerdings ließ es schon damals die Möglichkeit einer

¹ Vgl. nur *Christine Lambrecht*, Neuregelung der Sorge für nicht verheiratete Eltern, in: DRiZ 2010, S. 318; *Horst Luthin*, Zur Verletzung des Elternrechts des Vaters, in: FamRZ 2010, S. 1410–1412; *Lore Maria Peschel-Gutzeit*, Die Sorgerechtsstellung des nicht mit der Mutter des Kindes verheirateten Vaters, in: NJW 2010, S. 2990–2992; *Thomas Rauscher*, Anmerkung zu einem Beschluss des BVerfG vom 21.07.2010, in: JZ 2010, S. 1010–1013; *Michael Zimmermann*, Das Sorgerecht des Vaters für sein nichteheliches Kind, in: FamFR 2010, S. 413–416.

² BVerfG vom 29.01.2003, BVerfGE 107, 150 ff.

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

anderen Bewertung offen, sollte sich diese Annahme als unzutreffend erweisen, und verpflichtete den Gesetzgeber zur sorgfältigen Beobachtung der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Dass schon erste nicht-repräsentative Umfragen die Annahme des BVerfGerschütterten, kamkaum unerwartet. Wenig überraschend war auch die Entscheidung des EGMR vom 03.12.2009, welche die Entscheidung des BVerfG inhaltlich vorwegnahm.³ Der einzige relevante Unterschied zwischen den Entscheidungen des EGMR und des BVerfG lag darin, dass der EGMR auch auf die (nahe liegende) Verletzung des Gleichheitsgebotes einging, während das BVerfG die weitere Prüfung von Art. 3 I, II GG und Art. 6 V GG in einem Satz ablehnte. Dogmatisch spannend ist dies nicht – §§ 1626a I Nr. 1, 1672 I BGB waren natürlich auch mit Art. 3 II GG unvereinbar – und es war auch nicht dieser Umstand, der die Kommentator/innen beflügelte hat. Die Bedeutung der Entscheidung des BVerfG liegt in ihrer Vorgeschichte. Das bundesdeutsche Sorgerecht war über Jahrzehnte ein willkommenes Mittel der Diskriminierung nichtehelicher Kinder und ihrer Eltern.⁴

Ursprünglich galt der Vater als nicht verwandt mit seinem nichtehelichen Kind und konnte sich daher auch nicht auf das Elternrecht aus Art. 6 II GG berufen.⁵ Der Mutter oblagen zwar die Sorgepflichten, die korrespondierenden Sorgerechte (wesentliche Entscheidungen zum Kindeswohl, Vermögensverwaltung) standen ihr aber nicht zu (§ 1707 BGB a. F.). Erst mit dem Nichtehelichen-gesetz von 1969 wurde die Verwandtschaft zwischen Vätern und nichtehelichen Kindern anerkannt und ihnen ein Umgangsrecht eröffnet sowie den Müttern das volle Sorgerecht eingeräumt. Ein gemeinsames Sorgerecht für die Eltern nichtehelicher Kinder schloss der Gesetzgeber jedoch weiterhin aus, um jede mögliche „Begünstigung von Konkubinat⁶“ zu verhindern. Hatte die Mutter das Sorgerecht, konnte der Vater höchstens ein Umgangsrecht erhalten; erkannte der Vater das Kind an, wurde das Sorgerecht der Mutter aufgehoben; adoptierte der Vater sein nichteheliches Kind, erlosch dessen Verwandtschaft zur Mutter. Wollten die Eltern eines nichtehelichen Kindes das gemeinsame Sorgerecht für das Kind erhalten, gab es nur einen Weg: die Eheschließung. Das Sorgerecht als Druckmittel gegen heiratsunwillige El-

tern wollte sich der Gesetzgeber auch nicht durch völkerrechtliche Verpflichtungen aus der Hand schlagen lassen. Als die Bundesrepublik 1990 die Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen unterzeichnete, geschah dies ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Möglichkeit abweichender (diskriminierender) sorge- und erbrechtlicher Regelungen für nichteheliche Kinder.⁷

Das BVerfG hatte dem Vater eines nichtehelichen Kindes das Elternrecht aus Art. 6 II GG zunächst vollständig vorenthalten⁸ und ihm später nur bei Zusammenleben der Eltern oder anderweitiger Bewährung als Vater zugestanden⁹. Noch 1981 versagte es unverheiratet zusammenlebenden Eltern das verzweifelt erwünschte gemeinsame Sorgerecht¹⁰ – eine Entscheidung, die es 1991 in allen wesentlichen Punkten revidierte¹¹. Erst 1995 hob das BVerfG den Zusammenhang von Ehe und Elternrecht explizit auf und erklärte, dass der persönliche Gewährleistungsgehalt von Art. 6 II GG *generell* auch die leiblichen Eltern eines nichtehelichen Kindes erfasst.¹² Ein retardierendes Moment war die Billigung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes,¹³ soweit es den Sorgerechtsantrag des Vaters eines nichtehelichen Kindes durch Verweigerung effektiven Rechtsschutzes auf eine Privatsphäre jenseits des Rechtsstaats verwies, mit der Entscheidung des BVerfG von 2003.¹⁴ Durch Druck von europäischer Ebene, deren Freiheitsverständnis auch den Verzicht auf Eheschließung erfasst,¹⁵ und auf Grund einer größeren Aufmerksamkeit für gesellschaftliche Entwicklungen, wonach unverheiratete Eltern inzwischen eine häufig vorkommende von vielen möglichen Familienformen darstellen,¹⁶ hat die jahrzehntelange Instrumentalisierung des Sorgerechts zur Disziplinierung und Diskriminierung nichtehelicher Kinder und ihrer Eltern durch Beschluss des BVerfG vom 21.07.2010 ein Ende gefunden. Und eben das macht die Entscheidung so bemerkenswert.

7 Convention on the Rights of the Child (CRC), Resolution 44/25 der Generalversammlung vom 20.11.1989, Unterzeichnung: 26.01.1990; Ratifikation: BGBl. II 1992, S. 121. Am 15.12.2010 nahm die Bundesrepublik ihre Vorbehalte wirksam zurück, vgl. die UN Treaty Collection IV/11, Endnote 30, abrufbar unter <http://treaties.un.org> (21.03.2011).

8 BVerfG vom 29.07.1968, BVerfGE 24, 119 (135).

9 BVerfG vom 24.03.1981, BVerfGE 56, 363 (384); BVerfG vom 30.11.1988, BVerfGE 79, 203 (210); BVerfG vom 07.05.1991, BVerfGE 84, 168 (179).

10 BVerfG vom 24.03.1981, BVerfGE 56, 363 (384).

11 BVerfG vom 07.05.1991, BVerfGE 84, 168 (181 ff.).

12 BVerfG vom 07.03.1995, BVerfGE 92, 158 (176).

13 Gesetz vom 16.12.1997, BGBl. I, S. 2942.

14 BVerfG vom 29.01.2003, BVerfGE 107, 150 ff.

15 Wer sich die jahrzehntelange Instrumentalisierung des Sorgerechts zur Disziplinierung unverheirateter Eltern vor Augen hält, kann in aktuellen Debatten um Zwangsheirat vielleicht leichter den notwendigen Verzicht auf kulturelle Überlegenheitsgefühle üben.

16 Inzwischen werden 1/3 aller Neugeborenen in Deutschland außerhalb einer Ehe geboren. Die Diskussion um elterliche Rechte öffnet sich nun für andere von der Ehe abweichende Familienformen, vgl. den Beitrag zu Adoptions- und Elternrechten gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften in diesem Heft, S. 19–22.

3 EGMR vom 03.12.2009, FamRZ 2010, 103 (Zaunegger). – Der deutsche Ersatzrichter Schmitt hielt in seinem Sondervotum tapfer an der Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003 fest; aufmerksame Beobachter/innen hatten schon länger gewarnt, dass der EGMR die Regelungen in §§ 1626a I, 1672 I BGB für unvereinbar mit Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK erklären werde, vgl. nur Michael Coester, Nichteheliche Elternschaft und Sorgerecht, in: FamRZ 2007, S. 1137 (1145); Nina Dethloff, Kindschaftsrecht des 21. Jahrhunderts, in: ZKJ 2009, S. 141 (142), m. w. N.

4 Es geht daher am Kern der Sache vorbei, wenn die Entscheidung auf einen längst überfälligen Abbau „mutterrechtlicher“ Privilegien reduziert wird, in diese Richtung aber u. a. Thomas Rauscher, Anmerkung, in: JZ 2010, S. 1010 (1010 ff.).

5 Vgl. BVerfG vom 29.07.1968, BVerfGE 24, 119 (135).

6 BT-Drucks. V/2370, S. 75.

Marina Wellenhofer: Familienrecht

Von Bettina Heiderhoff*

Das Buch Familienrecht von Marina Wellenhofer ist erstmalig 2009 in der Reihe Lernbücher Jura des C. H. Beck-Verlages erschienen. Das Lehrbuch befindet sich auf dem Gesetzesstand vom 01.09.2009, und damit derzeit auf dem aktuellen Gesetzesstand, was für familienrechtliche Werke beinahe schon eine Besonderheit ist, da sich diese Materie so schnell verändert. Das Buch hat wenig wirkliche Konkurrenz auf dem Markt, zu nennen ist vor allem der Klassiker von Dieter Schwab. Von diesem extrem dichten und sehr klassischen, grundsoliden und ebenfalls sehr gut nutzbarem Werk hebt es sich in seiner Darstellungsweise deutlich ab.

Beim Aufbau geht Wellenhofer klassisch vor. Die Erörterung der Grundlagen des Familienrechts und der Rechtstatsachen (Kapitel 1) erfolgt bereits sehr übersichtlich und ausbildungsorientiert. Schon hier gibt es einen Katalog von Wiederholungsfragen zur Selbstkontrolle. Auch im eigentlichen Hauptteil bleibt Wellenhofer im klassischen Aufbau. Die inhaltliche Darstellung beginnt daher mit dem Verlöbnis, es folgen Eheschließung und Ehefrau (Kapitel 2) sowie Abschnitte zur ehelichen Gemeinschaft (Kapitel 3) und zum Zugewinnausgleich (Kapitel 4), zur Scheidung und den Scheidungsfolgen (Kapitel 5). Hierbei werden viele Graphiken zur Veranschaulichung der Strukturen verwendet. Besonders ungewöhnlich und hilfreich ist es, dass lange, problemreiche Fälle mit kompletten Musterlösungen enthalten sind.

Nach der schwerpunktmäßigen Behandlung der Ehe wird auf eingetragene Lebenspartnerschaften und nichteheliche Lebensgemeinschaften (Kapitel 6) eingegangen. Hierbei werden die Rechtsfragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sehr ausführlich dargestellt, was eine sehr prüfungsbetonte und für familienrechtliche Lehrbücher in diesem Maße noch nicht etablierte Vorgehensweise ist. Denn die sich stellenden Rechtsfragen sind eigentlich dem allgemeinen und besonderen Schuldrecht und dem Sachenrecht zuzuordnen. Dort wird man sie allerdings kaum je in konzentrierter Form abgehandelt finden. Auch hier gibt es einen Beispielfall mit einer Musterlösung, die allerdings – was der Autorin nicht vorgeworfen werden kann – durch eine Änderung der Rechtsprechung des BGH derzeit nicht ganz auf dem neuesten Stand ist.

* Professorin für Bürgerliches Recht mit Schwerpunkt Familien- und Erbrecht sowie für Europäisches Privatrecht an der Universität Hamburg. Besprechung von *Marina Wellenhofer*, Familienrecht – München: C. H. Beck 2009, XXXII, 363 S., kart., Euro 24,90. ISBN: 978-3-406-59400-7.

Das Kindschaftsrecht (Kapitel 7) ist entsprechend seiner geringeren Klausurrelevanz etwas kürzer dargestellt. Besonders schön ist hier der Überblick zur Bedeutung des Alters des Kindes für Rechtsfragen aus allen Rechtsbereichen. Abschließend werden noch die fürsorgerechtlichen Rechtsinstitute Vormundschaft, Pflegschaft und Betreuung (Kapitel 8) vorgestellt.

Das Buch ist ausgesprochen ausbildungsorientiert. Es ist leicht lesbar – schon wenn man es öffnet, freut man sich über die Übersichtlichkeit. Es stellt zunächst immer die elementaren Aspekte und Grundstrukturen der Materie dar, so dass ein umfassendes Begreifen des Familienrechts sehr erleichtert wird. Hervorgehoben seien die chronologische Übersicht zur Entwicklung des Familienrechts (§ 1 Rn. 4), der Überblick zum Verfahrensrecht, wobei auch auf das Verhältnis des neuen FamFG zur ZPO eingegangen wird (§ 1 Rn. 6f.), und das gesonderte Kapitel zur Grundrechtsrelevanz im Familienrecht (§ 2).

Frau Wellenhofer greift auch moderne Themen auf. So enthält das Buch z. B. einen Abschnitt zu anonymer Geburt und Babyklappe (§ 31 Rn. 52). Und auch das brisante Thema des Umgangsrechts des nur leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters wird nicht ausgespart (§ 34 Rn. 16ff.). Durchaus kritisch wird dargelegt, dass die Anwendung der zwar verfassungsgemäßen Neuregelung des § 1685 II BGB für den nur biologischen Vater zu schwer zu akzeptierenden Ergebnissen führen kann, da sein Elternrecht gegenüber dem Schutz der Sozialfamilie zurückstehen muss.

Besonders positiv ist, dass innerhalb der Darstellung des familienrechtlichen Stoffes sehr häufig Verbindungen zum Schuld- und Sachenrecht (insbesondere § 12) aber auch zum Prozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (z. B. § 12 Rn. 8f.) gezogen werden. Dies gilt besonders vor dem Hintergrund, dass das Familienrecht im Examen meist nicht alleiniges Klausurthema ist, sondern Probleme des Familienrechts in „normale“ zivilrechtliche Aufgabenstellungen eingebettet werden. Insgesamt gibt Frau Wellenhofer an vielen Stellen nützliche Hinweise zur Examensrelevanz einzelner Bereiche des Familienrechts. In § 1 Rn. 11 sind sogar Auszüge aus den Prüfungsordnungen der einzelnen Bundesländer abgedruckt.

Das Lehrbuch erleichtert das Erfassen des Stoffes durch zahlreiche, farblich abgesetzte Beispiele, Kästen mit Prüfungsvoraussetzungen, Übersichten und Checklisten. Wichtiges wird zudem prägnant in Merksätzen hervorgehoben. Am Ende jedes Kapitels findet sich ein Wiederholungsabschnitt mit Kontrollfragen (die ganz am Ende des Buches beantwortet werden!). Bei den Übungsfällen ist die vorgesehene Bearbeitungszeit mit angegeben, so dass die Studierenden, wenn sie denn mögen, wirklich realistisch üben können.

Das Lehrbuch zum Familienrecht von Marina Wellenhofer ist sehr zu empfehlen! Es bleibt zu wünschen, dass es, anderes als manch anderes familienrechtliches Werk, noch in vielen weiteren Auflagen erscheinen wird. Im Familienrecht können schon wenige Jahre alte Bücher nicht mehr sinnvoll benutzt werden.

Dirk Looschelders: Schuldrecht Allgemeiner Teil

Von Birthe Schekahn*

Das Lehrbuch von Dirk Looschelders zum Allgemeinen Teil des Schuldrechts aus der „Academia Iuris“-Reihe von (jetzt:) Vahlen, das erstmalig nach der Schuldrechtsreform erschien, ist seit 2010 mittlerweile in der 8. Auflage erhältlich. Es befindet sich auf dem Stand von Ende Juni 2010 und bezieht die am 11.06.2010 in Kraft getretenen Änderungen der §§ 312 ff., 355 ff. BGB bereits mit ein.

Das Werk besticht durch seine einfach verständliche, präzise Sprache. Zudem fällt beim Aufschlagen des Buches sofort dessen Übersichtlichkeit auf. Es werden viele Absätze verwendet, die das Lesen erleichtern. Dasselbe gilt für die vielen Hervorhebungen in Fett- und Kursivschrift. Hinweise, insbesondere zur Vertiefung, aber auch zu Rechtsvergleichung, Terminologie und weiterführender Literatur, finden sich in grau abgesetzten Kästen. Die vielen Beispiele sind ebenfalls grau abgesetzt. Immer wieder werden auch Schaubilder verwendet.

Looschelders beginnt sein Werk mit einer Darstellung der Grundlagen (1. Teil). Anschließend werden in systematisch logischer Reihenfolge die Entstehung (2. Teil), der Inhalt (3. Teil) und das Erlöschen (4. Teil) von Schuldverhältnissen behandelt. Daran schließt ein Abschnitt zu den Leistungsstörungen (5. Teil) an, der schon auf Grund seiner Länge den Schwerpunkt des Lehrbuchs darstellt. Nach einer Passage zur Rückabwicklung von Verträgen (6. Teil) werden abschließend noch das Schadensrecht (7. Teil) und die Mehrpersonenverhältnisse (8. Teil) erörtert.

Erfreulicherweise werden grundlegende Begriffe nicht einfach vorausgesetzt, sondern ausführlich erklärt. Die-

ses Vorgehen erleichtert das Lernen gerade für Studierende in den Anfangssemestern, in denen der Allgemeine Teil des Schuldrechts zum ersten Mal behandelt wird. Aber auch in der Examensvorbereitung kann es sehr hilfreich sein, schnell die Definition eines an anderer Stelle als selbstverständlich vorausgesetzten Begriffs nachschlagen zu können. In diesem Zusammenhang wird auch der Einfluss des EU-Rechts auf das deutsche Schuldrecht erörtert.

Es überzeugt, dass das allgemeine Leistungsstörungenrecht das Kernstück des Buches bildet. Dieses spielt nicht nur im Allgemeinen, sondern auch im Besonderen Teil des Schuldrechts eine herausragende Rolle. Letzterer regelt die Gewährleistungsrechte Rücktritt und Schadensersatz im Kauf- und Werkvertragsrecht nicht eigenständig, sondern bedient sich über die Verteilernormen § 437 BGB bzw. § 634 BGB der Einfachheit halber im allgemeinen Schuldrecht und enthält selbst nur Modifizierungen.

Hilfreich sind auch die vielen Vertiefungshinweise, die oftmals gezielt bereits bekannte Verständnisprobleme aufgreifen, Verknüpfungen zu anderen Rechtsbereichen herstellen oder auch auf Intentionen des Gesetzgebers hinweisen. Gerade letztere sind den Studierenden zwar häufig nicht bekannt, sind aber manchmal die Ursache von Meinungsstreitigkeiten.

Die eingestreuten Hinweise zur Rechtsvergleichung verdeutlichen den Studierenden, wie ein Rechtsinstitut in anderen Rechtsordnungen behandelt wird, um Vorzüge und Nachteile des deutschen Rechts besser verstehen zu können.

Gelungen ist, dass nur sehr kurz auf das alte Recht eingegangen wird (z. B. Rn. 444–446 i. R. d. Leistungsstörungenrechts). Zwar findet sich zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ein eigener Unterpunkt im 1. Teil, in diesem werden aber nur knapp historische Entwicklung des Schuldrechts sowie Ursachen und Fortgang der Reform dargestellt (Rn. 45–47). In anderen Lehrbüchern finden sich zum Teil unklare Ausführungen zur Rechtslage vor der großen Schuldrechtsreform aus dem Jahr 2002. Für die Studierenden kann das sehr verwirrend sein. Denn sie konzentrieren sich darauf, das allgemeine Schuldrecht erstmals zu erlernen. Dafür ist einzig die aktuell geltende Rechtslage relevant. Zudem stiften gar nicht oder schlecht erklärte Einwürfe zum alten Recht mehr Verwirrung, als dass sie hilfreich sind.

Auf die inhaltliche Darstellung folgt ein Anhang zur Fallbearbeitung. Dieser ist thematisch in vier Unterpunkte aufgeteilt: Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, Schadensersatz wegen anfänglicher Unmöglichkeit, Leistungs- und Gegenleistungspflicht und Rücktritt.

* Wiss. Mitarbeiterin an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg (Lehrstuhl Prof. Dr. Bettina Heiderhoff). Besprechung von Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8., neu bearb. Auflage – München: Vahlen 2010, XLII, 460 S., kart., Euro 26,00. ISBN: 978-3-8006-4144-4.

Innerhalb des jeweiligen Abschnitts erfolgen zunächst allgemeine Hinweise und anschließend mindestens eine ausformulierte Falllösung im Gutachtenstil. An Schaubildern werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Voraussetzungen einzelner Ansprüche verdeutlicht.

Besonders positiv hervorzuheben ist noch, dass das Entscheidungsregister nicht mehr wie in früheren Auflagen (bis einschließlich 5. Auflage) nach Gerichten sortiert, sondern nach Themenbereichen gegliedert ist. Diese entsprechen dem Aufbau des Buches. Hinzu kommt, dass alle Entscheidungen zusätzlich mit Namen bzw. prägnanten Schlagwörtern versehen sind. Dies vereinfacht das Auffinden einer bestimmten Entscheidung sehr und beschleunigt so das Lernen. Und welche/r Studierende kennt nicht das Problem, dass ein/e Professor/in oder ein/e Kommiliton/in wie beiläufig den Namen eines Urteils verwendet und damit suggeriert, dieses müsse allgemein bekannt sein, obwohl dies bei ihm selbst gerade nicht der Fall ist?! Auch hier schafft das Buch Abhilfe.

Im Vergleich zur Voraufgabe wurden in der 8. Auflage einige Überschriften gestrafft bzw. präzisiert. Zum Beispiel spricht die 7. Auflage noch von „Sachwalterhaftung“, wohingegen die 8. Auflage die Formulierung „Haftung von Sachverständigen und anderen Experten“ verwendet. Zudem wurden z. T. neue Überschriften eingefügt. So enthält die neueste Auflage in § 26 III 3 einen eigenen Gliederungspunkt zum Bezugspunkt des Vertretenmüssens, der in der Voraufgabe noch fehlt. In § 29 wurde der Aufbau dahingehend verändert, dass die Gliederungspunkte jetzt mehr den Anspruchsvoraussetzungen des Anspruchs aus §§ 280, 281 BGB entsprechen.

Insgesamt ist das Lehrbuch sowohl für Studierende der Anfangssemester als auch für Examenskandidat/innen (für diese vor allem als Nachschlagewerk und zur Wiederauffrischung) uneingeschränkt zu empfehlen.

Kristian Kühl: Strafrecht Allgemeiner Teil

Von Florian Jeßberger*

Wer die allgemeinen Lehren des Strafrechts studieren möchte, hat es nicht leicht. Die Schwierigkeiten beginnen, dies wird oft und gerne betont, mit der Auswahl ei-

nes geeigneten Lehrbuches. Bereits die schiere Zahl der verfügbaren Werke lässt so manchen, zumal Studienanfänger/innen, verzweifeln. Und selbst die Reihe der wirklich empfehlenswerten Lehrbücher ist lang und umfasst Werke höchst unterschiedlichen Zuschnitts – darunter „Klassiker“ wie die Bücher von *Wessels/Beulke*, *Roxin* und *Jescheck/Weigend*, neuere „Kassenschlager“ wie die Bände von *Heinrich*, *Kindhäuser* oder *Rengier* und „originelle“, ein eigenes System entwickelnde Bearbeitungen wie diejenigen von *Jakobs* und *Köhler*.

Was tun? Der übliche (und berechtigte) „Tipp“ der Dozent/innen lautet: Selberlesen und feststellen, welches Werk und welche/r Autor/in einem „liegt“. Denn: Die Entscheidung darüber, welches Lehrbuch die Studierenden beim Erlernen der ja weitgehend kanonisierten Lehrinhalte begleitet, ist vor allem auch: Geschmackssache. Insofern will dieser kurze Text nicht mehr als eine Anregung sein; die Anregung nämlich, bei der dringend anzurathenden Tour d’Horizon durch das Ausbildungsschrifttum auf keinen Fall das inzwischen in 6. Auflage vorliegende Lehrbuch von *Kristian Kühl* zu vergessen.

Kühl, Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie in Tübingen und Verfasser eines führenden Kurzkommentars zum Strafgesetzbuch („Lackner“), geht es darum, die Leser/innen „zur Bearbeitung von strafrechtlichen Übungsarbeiten mit Problemen des Allgemeinen Teils zu befähigen“. Während man über die Frage, ob sich hierin der Anspruch strafjuristischer Ausbildung erschöpfen sollte, sicher streiten kann (und in diesen Zeiten wohl auch streiten muss), so ist doch *nicht* zu bestreiten, dass ein überwiegender und im Laufe des Studiums zunehmender Teil der Studierenden in ihrem Lernbemühen von dem recht schlichten Bestreben geleitet ist, das praktische Handwerkszeug zur erfolgreichen Bearbeitung von Übungsfällen zu erwerben, vulgo: die Klausuren mit einer möglichst guten Note zu bestehen. Insofern wird der Anspruch des hier vorgestellten Lehrbuchs mit den Erwartungen und Bedürfnissen vieler Leserinnen und Leser korrespondieren. Gegenstand und Format des Lehrbuches sind gänzlich an diesem übergreifenden Ziel und Anspruch der Darstellung ausgerichtet.

So unternimmt *Kühl* es nicht, das (strafrechtliche) Rad neu zu erfinden: Die Grundlage der Darstellung bildet durchgängig, wie der Autor es selbst formuliert, das „überkommene[n] bzw. herrschende[n] System[s]“ des Strafrechts. Mit Blick auf das Anliegen des Autors konsequent ist es ferner, dass nur die unmittelbar klausurrelevanten Kernbereiche des Allgemeinen Teils erörtert werden, neben den Merkmalen des vorsätzlichen Begehungsdeliktes also vor allem die Irrtumslehre, die Strafbarkeit von Unterlassen und fahrlässigem Verhalten, Täterschaft und Teilnahme sowie Versuch und Rücktritt. Wie in den meisten anderen Lehrbüchern wird

* Professor für Strafrecht, insbesondere Internationales Strafrecht, an der Universität Hamburg. Besprechung von *Kristian Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München: Vahlen 2008, XXXVII, 813 S., Euro 29,90. ISBN 978-3-8006-3572-6. – Nach Auskunft des Verlages befindet sich die 7. Auflage derzeit in Vorbereitung; ihr Erscheinen sei noch für das zweite Halbjahr 2011 vorgesehen.

auf die Darstellung der Rechtsfolgen (Dritter Abschnitt des StGB) mit Ausnahme der Konkurrenzen verzichtet; nicht behandelt wird auch der zeitliche und örtliche Geltungsbereich des Strafgesetzbuches (Erster Abschnitt des StGB). Anders als viele andere Lehrbuchautoren verzichtet *Kühl* aber – mit Blick auf das oben formulierte Ziel des Buches durchaus konsequent – darüber hinaus auch auf die selbstständige Erörterung der dem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches i. e. S. vorgelagerten Grundfragen, die (neben der Dogmatik des vorsätzlichen Begehungsdeliktes) typischerweise Gegenstand der Anfängervorlesung im Strafrecht sind, etwa der Aufgaben und Zwecke des Strafrechts, der verfassungsrechtlichen und historischen Bezüge des Strafgesetzbuches oder der Bezüge des materiellen Strafrechts zum Prozess- und Gerichtsverfassungsrecht. Ein Umstand, der freilich weniger gegen das Kühl'sche Lehrbuch als vielmehr dafür spricht, sich mit den genannten Grundfragen begleitend zur Vorlesung anhand eines gesonderten Lehrwerkes (besonders empfehlenswert: *Wolfgang Naucke*, Strafrecht. Eine Einführung, Luchterhand, 10. Auflage 2002) zu befassen.

Strikte Prüfungsorientierung einerseits, Verankerung im überkommenen System andererseits: Wem es also um nicht weniger, aber auch nicht um mehr geht, der findet „im Kühl“ einen vorzüglichen Begleiter, der nur selten eine Antwort schuldig bleibt: in Struktur und Sprache stets klar und verständlich, gründlich und präzise in den dargestellten Inhalten und Positionen, die Rechtsfragen anhand kurzer Beispielfälle entwickelnd. Als Lern- und (Durch-)Lesebuch mit über 800 Seiten ein rechter „Wälzer“, liest „der Kühl“ sich flüssiger und eingängiger als so manches schlankere Konkurrenzwerk. Das Erlernete anzuwenden und zu erproben, ermöglichen die zahlreichen Nachweise zu klausurmäßig aufbereiteten Übungsfällen. Vor allem aber: *Kühl* läßt die Leserin und den Leser an der Entwicklung seiner Begründungen teilhaben; *Kühl* proklamiert keine Merksätze, sondern entwirft Gedankengänge und vollzieht sie gemeinsam mit den Leser/innen nach. Ihm geht es darum, worum es stets gehen sollte: Begreifen statt schlicht Wissen. Schließlich wird die und der Studierende dankbar für die zahlreichen methodischen Hinweise sein. Beispielhaft hervorgehoben seien die Hinweise zum Umgang mit Konkurrenzfragen in Übungsarbeiten (§ 21 Rdn. 69-86). Nicht zuletzt ermöglicht die Fülle von Nachweisen aus Rechtsprechung und Schrifttum, teilweise im Text, teilweise in einem (etwas ausufernden) Fußnotenapparat, das gezielte Vertiefen einzelner Fragen.

Fazit: „Der Kühl“ ist das Richtige für anspruchsvolle Pragmatiker/innen, für diejenigen also, die willens und in der Lage sind, sich auf hohem gedanklichen Niveau mit der Dogmatik des Allgemeinen Teils zu befassen – dabei aber immer auch den unmittelbar prüfungsrelevanten Stoff im Auge behalten möchten. Sicher ist: Wer

„den Kühl“ liest und begreift, ist für die erfolgreiche Bewältigung der AT-bezogenen Prüfungsteile der strafrechtlichen Klausuren – vom 1. Semester bis ins Staatsexamen – bestens gerüstet.

Bodo Pieroth/Bernhard Schlink: Grundrechte/Staatsrecht II

Lothar Michael/Martin Morlok: Grundrechte

Von Marion Albers*

Das Lehrbuch von Bodo Pieroth und Bernhard Schlink ist ein etabliertes Standardwerk, das nunmehr in der 26. Auflage erschienen ist. Jede Neuauflage wird sorgfältig überarbeitet und greift aktuelle Entwicklungen sowie neue zentrale Entscheidungen im Verfassungsrecht auf. Am Ende jedes Kapitels finden sich Hinweise auf weiterführende Literatur, die sich ebenfalls durch Aktualität auszeichnen. Dem Buch ist außerdem eine CD-ROM mit den wesentlichen Entscheidungen des BVerfG beigelegt. Beim Lernen kann man also die einschlägigen Leitentscheidungen ohne großen Aufwand sofort nachlesen, was angesichts der prägenden Bedeutung dieser Entscheidungen das Verständnis der Grundrechtsdogmatik fördert, bestimmte Probleme mit Blick auf die entschiedenen Fälle veranschaulicht und das Wissen insgesamt vertieft.

Das Buch beginnt mit einer Einführung, die kurz das Arbeiten mit dem Buch erläutert und eine knappe Übersicht über wesentliche Fallkonstellationen in Grundrechtsklausuren gibt. Danach ist es in einen Ersten Teil, der Allgemeine Grundrechtslehren vermittelt, und einen Zweiten Teil, der die einzelnen Grundrechte behandelt, untergliedert. Der Dritte Teil behandelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen und den Einstieg in die Prüfung der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde.

Bei den Allgemeinen Lehren konzentriert sich das Buch nach knappen Ausführungen zur Geschichte und zum Begriff der Grundrechte sowie zum Verhältnis zur EMRK, zu den Unionsgrundrechten und zu den Grundrechten der Landesverfassungen auf die Grund-

* Professorin für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht, Rechtstheorie an der Universität Hamburg. Besprechung von *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Grundrechte. Staatsrecht II, 26., neubearb. Auflage – Heidelberg u. a.: C. F. Müller 2010, XVIII, 333 S., kart., CD-ROM, Euro 21,95. ISBN: 978-3-8114-9749-8, und *Lothar Michael/Martin Morlok*, Grundrechte, 2. Auflage – Baden-Baden: Nomos 2010, 515 S., brosch., Euro 23,00. ISBN: 978-3-8329-5434-5.

rechtsfunktionen, die Grundrechtsberechtigung und -bindung, auf die Erläuterung der Eingriffsabwehr mit ihrer Struktur von Schutzbereich, Eingriff und Verfassungsmäßigkeit von Eingriffen (in der Terminologie von Pieroth/Schlink: verfassungsrechtliche Rechtfertigung) sowie auf Kollisionen und Konkurrenzen. Die Ausführungen sind auf die wesentlichen Aspekte zugeschnitten. In diesem Rahmen werden die Punkte, im Hinblick auf die es Streit oder unterschiedliche Ansichten gibt, ausgewiesen und hinsichtlich der unterschiedlichen Perspektiven erläutert. Besonders hilfreich ist im Übrigen, dass die abstrakte Dogmatik häufig mit Beispielen aus dem Alltagsleben oder aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verdeutlicht wird. Dadurch wird sie Studienanfänger/innen gut verständlich. Der Erste Teil endet mit Aufbauschemata zur Verletzung von Freiheitsgrundrechten durch staatliche Eingriffe und zum grundrechtlichen Anspruch auf Schutz. Zu Recht wird dabei darauf hingewiesen, dass diese Schemata als Stützen bei der Prüfung von Fallaufgaben dienen und nicht blind reproduziert werden dürfen, sondern fallgerecht eingesetzt werden müssen.

Der Zweite Teil des Lehrbuchs erörtert die Grundrechte nicht, wie manche anderen Lehrbücher, in systematischer Bündelung (etwa nach „Kommunikationsgrundrechten“ oder „Wirtschaftsgrundrechten“), sondern strikt der Reihe nach. Diese Form der Darstellung hat den Vorteil, dass der Gewährleistungsinhalt des jeweiligen Grundrechts unbefangen und nicht sogleich durch die Brille einer vorprägenden Systematisierung erschlossen werden kann, auch wenn sich im Gegenzug die inhaltlichen Zusammenhänge zwischen bestimmten Grundrechten oder deren regelmäßiges Zusammentreffen in klassischen Klausurfällen erst im Nachhinein erschließen. Eine gute Veranschaulichung der jeweiligen Gewährleistung wird auch hier dadurch erreicht, dass die Erläuterung der Grundrechte immer mit einem einprägsamen Beispielfall, und zwar meist einem aktuellen Fall aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, beginnt, der am Ende in einer Skizze gelöst wird.

Zum Abschluss werden die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde ebenfalls sehr anschaulich erläutert.

Insgesamt handelt es sich um ein empfehlenswertes Lehrbuch für alle, die zumindest die wesentlichen Grundzüge und Probleme im Bereich der Grundrechte und damit den unverzichtbaren Prüfungsstoff lernen wollen. Das Buch zeichnet sich durch eine sehr klare Strukturierung und durch die Reduktion auf das Wesentliche bei gleichzeitig hoher Anschaulichkeit aus. Diese Vorteile verweisen zugleich auf die Nachteile: Probleme und Hintergründe, die man für ein vertieftes Verständnis und für einen souveränen Umgang mit Grundrechten kennen

sollte, kommen zu kurz. Für das Wissen in den Anfänger/innen-Klausuren reicht das Buch jedoch aus; für die Hausarbeiten reicht es nicht, aber hier muss man ohnehin weitere Bücher, Aufsätze und Entscheidungen verarbeiten.

Wer an vertiefterem Wissen interessiert ist, kann auf das Lehrbuch von Lothar Michael und Martin Morlok zurückgreifen. Das Buch ist in neun Teile (Grundrechtsgeltung und Interpretation, Grundrechte im Mehrebenensystem, Schutzbereiche der Freiheitsrechte, Grundrechtsberechtigung, Grundrechtsbindung, Zurechnung der Grundrechtsbeeinträchtigung, Rechtfertigung von Freiheitsbeschränkungen, Gleichheitsrechte, Geltendmachung und Durchsetzung der Grundrechte) gegliedert. Es schließt mit umfangreichen Schemata zu allen relevanten Fallkonstellationen. Dazu gilt auch hier, dass die Schemata fallgerecht eingesetzt und ggf. modifiziert werden müssen. Im Anhang enthält das Buch außerdem wesentliche Definitionen, die allerdings sehr verkürzt und deswegen bestenfalls als Merkpösten zwecks Erinnerung an weiterreichende Kenntnisse zu verwenden sind.

Das Lehrbuch ist ausdrücklich für Anfänger/innen und für Fortgeschrittene gedacht. Die Autoren geben zu Beginn der Kapitel gelegentlich Hinweise, dass bestimmte Teile auf Fortgeschrittene zugeschnitten sind. In vielen der Ausführungen ist dies jedoch nicht trennbar, so dass das Lehrbuch insgesamt deutlich anspruchsvoller, im Gegenzug aber auch schwerer verständlich ist als das von Pieroth/Schlink. Der Anschaulichkeit dienen zahlreiche Fälle mit aktuellen und neuen Fragen, die allerdings nicht skizzenartig gelöst, sondern mit Blick auf ihre wesentlichen Probleme an den jeweiligen Stellen im Text erläutert werden. Das Buch gibt in Fußnoten weiterführende Literatur- und Rechtsprechungshinweise und arbeitet außerdem mit Wiederholungs- und Verständnisfragen.

Die Untergliederung in neun Teile weicht bewusst von der gängigen Aufteilung in Allgemeine Lehren einerseits und einzelne Grundrechte andererseits ab, damit die Verschränkung von allgemeiner und bereichsspezifischer Dogmatik verdeutlicht wird. Dadurch gelingt an vielen Stellen eine differenzierte und vertiefende Erläuterung, die die Komplexität der Grundrechtsdogmatik vermittelt, im Detail allerdings juristische Grundkenntnisse bereits voraussetzt. Das Buch legt zudem besonderen Wert auf die Vermittlung der europäischen Bezüge, wie sie im Staatsexamen mittlerweile im Pflichtstoff verlangt werden. Auch Anfänger/innen können anschaulichere Teile etwa im Bereich der Schutzbereiche der Freiheitsrechte aber gut mit den notwendigen Vertiefungen nachlesen. Beispiele sind die Ausführungen zur Garantie der Menschenwürde oder zum Recht auf Leben und Gesundheit, bei denen die von Michael/Morlok aufge-

griffenen modernen Probleme etwa hinsichtlich des Beginns und Endes des Lebens oder auch die europäischen Bezüge sehr gut verständlich sind.

Mit dem gewählten Aufbau ist das Lehrbuch allerdings im Gegenzug in seiner Strukturierung weniger übersichtlich als das von Piero/Schlink. Zusätzlich muss man beachten, dass die anspruchsvollere Darstellung unvermeidbar damit einhergeht, dass des Öfteren eigenständige dogmatische Grundpositionen einfließen, die Michael/Morlok selbst einnehmen (deutlich etwa im Teil „Zurechnung der Grundrechtsbeeinträchtigung“). Das setzt ein kritisches Mitvollziehen voraus, wird freilich

jeweils gut ausgewiesen und ebenso vertiefend erläutert wie viele andere Fragen aus der theoretischen und dogmatischen Diskussion.

Trotz dieser Empfehlungen gilt, dass man sich die verschiedenen Lehrbücher anschauen und mit dem Buch arbeiten sollte, mit dem man selbst am besten zurechtkommt. Angemessenes Wissen für die Einstiegs Klausuren vermitteln die meisten Lehrbücher, und zugleich reicht zur Bearbeitung von Hausarbeiten keines von ihnen aus. Für das Examenswissen sollte man ein vertiefendes Buch durchgearbeitet haben und mit den grundlegenden europäischen Bezügen vertraut sein.

Interview mit Dr. Henning Voscherau

„Menschen mögen und anständig bleiben“

Herr Dr. Henning Voscherau hat in den 1960er Jahren sein Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg absolviert. Von 1988 bis 1997 lenkte er als Bürgermeister die Geschicke unserer Stadt und ist seit rund vierzig Jahren als Notar in Hamburg tätig. „Als Notar kann man unparteilich Gutes tun“, sagt der Jurist. Im Interview sprach Herr Dr. Henning Voscherau über seine Erinnerungen an das Studium und seine beruflichen Erfahrungen als Notar und Politiker.

Wie sind Sie zum Studium der Rechtswissenschaften gekommen und war Ihnen schon früh klar, dass Sie einmal Jura studieren wollten?

Als Jugendlicher war mir klar, dass ich Schauspieler werden wollte. Das hat mein Vater, der selbst Schauspieler war, klug zu verhindern gewusst, indem er mich aufforderte: „Junge, erst lernst du was Anständiges.“ Anständig war in meinen Augen das Studium der Volkswirtschaftslehre. Unter anderem hörte ich die Vorlesungen des Bürgerlichen Rechts für Wirtschaftswissenschaftler, welche mich so überzeugten, dass ich nach zwei Semestern auf die Juristerei umgesattelt habe. Das Jurastudium habe ich nach sieben Semestern abgeschlossen und die Volkswirtschaftslehre nebenbei weiter studiert.

Warum haben Sie sich entschieden, an der Universität Hamburg zu studieren?

Mein Vater starb früh, was meine Familie in finanzielle Schwierigkeiten brachte. Daher gab es für mich keine andere Möglichkeit, als zu Hause wohnen zu bleiben und hier zu studieren. Alles andere hätten wir nicht bezahlen können.

Wie haben Sie ihr Studium an der Universität Hamburg in Erinnerung?

Das Studium der Juristerei in Hamburg Anfang der 1960er Jahre habe ich sehr positiv in Erinnerung. Es fand statt im alten Rechtshaus, Ecke Rothenbaumchaussee – Moorweidenstraße gegenüber von dem heutigen Elysée Hotel. Wir hatten eine glanzvolle Fakultät mit wirklich herausragenden Professoren, und die Zahl der Studierenden war nicht so überlaufen groß. Der einzige Wermutstropfen war, dass es nur ganz wenige Mädchen gab. Und die, die es gab, waren meistens ziemlich blaustrümpfig. Wenn wir uns nach dem anderen Geschlecht sehnten, mussten wir in die Cafeteria des Pädagogischen Instituts gehen. Dort waren lauter hübsche Lehrerinnen und Studentinnen. Im Übrigen war das Studium jedenfalls für diejenigen schön, denen es finanziell besser ging

als mir. Die hatten damals ein Käfer-Cabrio und fuhren das ganze Sommersemester über an den Timmendorfer Strand.

Warum haben Sie den Beruf des Notars ergriffen?

Ich wollte Beamter werden, denn nach dem Schicksal meiner Eltern war es mein bestimmender Gedanke, etwas Sicheres zu haben. Daher habe ich im November '71 die Aufnahmeprüfung für den allgemeinen höheren Verwaltungsdienst der Freien und Hansestadt Hamburg gemacht und einige Wochen vor dem Zweiten Juristischen Staatsexamen bestanden. Bei diesem sogenannten Gabeltest wurde geprüft, ob man was im Kopf hat, ob man einen anständigen Charakter hat und ob man mit Messer und Gabel umgehen kann, daher der Name. Der Senat hat dann meine Einstellung als Regierungsassessor, heute heißt das Regierungsrat zur Anstellung, beschlossen. Daraufhin wandte ich mich an den zuständigen Referenten im Personalamt und erkundigte mich nach der Aushändigung meiner Ernennungsurkunde. Ich wollte möglichst schnell meinen Dienst antreten, da inzwischen auch meine Mutter gestorben war, sodass ich geradezu vor dem Nichts stand und das Geld dringend brauchte. Der Referent teilte mir dann mit, dass ich als Leiter des Bürgermeisterbüros unter dem frisch gewählten Bürgermeister Peter Schulz eingesetzt werden sollte. Das war aber nicht das, was ich mir vorgestellt hatte. Ich wollte hieb- und stichfest ausgebildeter allgemeiner und vor allem parteifreier Beamter des höheren Verwaltungsdienstes werden. Obwohl ich in der SPD war, wollte ich kein Verfilzungsbeamter mit einem unsichtbaren roten Punkt auf der Personalakte sein. Aus reinem Trotz habe ich abgelehnt. Das war ganz spontan, das kam von ganz tief innen, ich wusste: Das will ich nicht. Und dann bin ich stehenden Fußes zu einem Notar nach Wandsbek gefahren, bei dem ich schon während der Referendariatszeit einen Monat tätig war. Dieser war schwer kriegsgeschädigt, hatte nur einen Arm und nur ein Bein und brauchte wirklich objektiv Unterstützung durch einen jungen Kollegen. Daher war er von meiner Idee, mich als Assessor einzustellen, begeistert und behielt mich auch gleich da. Noch am selben Tag schrieb seine Sekretärin an die Justizbehörde und die Notarkammer und in null-Komma-nichts war ich angestellter Assessor und Antragsteller auf Ernennung zum Notarassessor. Im Januar '72 wurde ich antragsgemäß zum Notarassessor ernannt – ein Wunder, weil ich alle ständischen Voraussetzungen, die damals noch zählten, gar nicht erfüllte. Meine Ernennung zum Notar erfolgte schließlich im Januar '74.

Wie viel von dem im Studium Erlernen begegnet Notar/innen auch tatsächlich im Berufsleben wieder?

Natürlich begegnet einem sehr viel wieder. Man hat wenig zu tun mit Strafrecht, durchaus aber mit Verwaltungsrecht, zum Beispiel mit Bauplanungsrecht. Dann hat man natürlich mit dem gesamten Inhalt des BGB zu

tun, wobei sich vor allem das Familienrecht naturgemäß mit der Zeit sehr stark gewandelt hat. Man hat unablässig mit dem HGB zu tun, besonders mit dem Recht der OHG und der KG sowie mit dem GmbH-Gesetz, dem Aktiengesetz und dem Umwandlungsgesetz. Bezogen auf diese Rechtsgebiete befasst man sich durchaus auch mit Steuerrecht. Die Vorlesung zum Steuerrecht hörte ich damals bei Klaus Tipke, ein relativ bekannter Mann, der auch Kurzlehrbücher geschrieben hat. Im Nachhinein habe ich wirklich bewundernd verstanden, was es bedeutet, wenn eine gute Fakultät einem das Handwerkszeug und abstraktes juristisches Denken beibringt.

Auf der Internetseite Ihres Notariats schreiben Sie: „Ein guter Notar kann beiden Seiten zuhören, ihre übereinstimmenden und ihre kollidierenden Interessen lokalisieren, kann zukünftige Konflikte voraussehen und hat für all das einen präzisen Lösungsvorschlag. Der Notar gleicht aus und baut vor. Ein schöner Beruf, der Menschen helfen kann.“ Würden Sie sagen, dass die Vermittlung zwischen Konfliktparteien und die Erarbeitung einer gemeinsamen Lösung den Beruf des Notars von anderen juristischen Berufen unterscheidet und den besonderen Reiz dieser Tätigkeit ausmacht?

Ja, das würde ich so sagen. Anwälte, jedenfalls forensisch tätige Anwälte, haben ja im Wesentlichen mit kaputten Fällen der Vergangenheit zu tun. Gerichte entscheiden streitige Fälle der Vergangenheit, abgeschlossene Sachverhalte. Anders ist dies beim Notar sowie bei denjenigen Anwälten, die sich vor allem betreuend, beratend, also zukunftsbezogen betätigen. Aber die sind immer noch einseitige Parteivertreter, während wir ausgleichende überparteiliche Juristen sind. Das sind gegensätzliche Denkweisen. In der vorbeugenden Rechtspflege haben Sie die Möglichkeit, sich entwickelnde Sachverhalte so zu gestalten, dass Streit entweder nicht aufkommen kann, jedenfalls nicht über die Vereinbarungen, und wenn er aufkommt, weiß jeder, woran er ist. Diese Zukunftsgestaltung erfordert ein hohes Maß an Analysefähigkeit bezüglich der Menschen, des Sachstands und der Interessen oder Interessenkollisionsgefahr, außerdem prognostische Fantasie und anschließend die Erarbeitung eines fairen, vermittelnden Lösungsvorschlags. Und das ist ein wunderbares Konstrukt. Als Notar kann man unparteilich Gutes tun und der Beruf gefällt mir sehr gut. Viele Leute sagen ja, der Beruf sei so langweilig und so spröde und so papiertrocken. Das stimmt überhaupt nicht. Das wäre nur so, wenn man unablässig ausschließlich Vertragsentwürfe Fremder vorlesen würde, ohne sich Gedanken darüber zu machen, ob sie gut oder schlecht sind. Man darf sich den Notar aber nicht nur als Vorlesungsmaschine vorstellen, das erschöpft das Berufsbild des Notars nicht.

Beobachten sie Veränderungen im Berufsbild des Notars und wenn ja, wie bewerten sie diese?

Zwei moderne Entwicklungen missfallen mir wirklich ganz stark. Nämlich zum einen die Abkehr von der Abstraktion der Gesetzgebung eines Gottlieb Planck, der das BGB erschaffen hat, hin zu einem wirren kasuistischen Gesetzesmüll, wie er heute üblich ist und hauptsächlich als angloamerikanischer Einfluss auf die europäische Rechtsebene und auch die deutsche Rechtsordnung schwappt. Das missfällt mir sehr und führt übrigens auch zu diesen ständigen müllhaften Änderungen von Müll. Ja, Müll zieht Müll nach sich.

Und der zweite Punkt, parallel dazu, ist die Eroberung der Welt durch das amerikanische Rechtssystem und die amerikanische Anwaltsdenke. Dies können Sie vor allem in den Großsozietäten beobachten, die anwaltliche Vertragsentwürfe produzieren, die der deutschen Rechtsordnung gar nicht gemäß sind. Auch dann, wenn man es mit einer deutschen Vertragspartei und einer deutschen Gegenpartei und einem deutschen Vertragsgegenstand und einer Sache, die eindeutig und ausschließlich in der deutschen Rechtsordnung angesiedelt ist, zu tun hat. Man bekommt einen 40 oder 60 Seiten langen angloamerikanischen Vertragsentwurf in übersetzter amerikanischer Rechtsbegrifflichkeit, der mit einer Übersicht anfängt, die ein Notar auch erstmal vorlesen muss. Dann geht es weiter mit zwei oder drei Seiten Definitionen. „Verkäufer ist diejenige Vertragspartei, die den Vertragsgegenstand zu verkaufen beabsichtigt.“ Unglaublich wichtig. „Käufer ist diejenige Partei ...“ und so weiter. „Kaufpreis ...“, was ist wohl ein Kaufpreis? Was ist ein Übergabetag? Was ist ein Grundstück? Also, da wird man doch verrückt. Dahinter steckt natürlich die archaische Tradition der früheren englischen und amerikanischen Rechtsschreiber, die nach Länge bezahlt wurden. Diese Sachen kann man in acht Seiten absolut präzise in einen deutschen Vertrag gießen, stattdessen bekommt man 40 Seiten Müll von irgendeiner Großkanzlei.

Ich möchte gar nicht verkennen, dass der Globus heute juristisch so strukturiert ist und dass man grenzübergreifend in der Lage sein muss, sich dieser Denke und dieser Schreibe zu bemächtigen. Das müssen Sie unbedingt auch in Ihrem Studium beachten. Aber man muss von einer hochkarätigen Kanzlei verlangen, dass sie den Schalter umwerfen kann. Wenn ein Mietshaus in Barmbek von Herrn Müller an Frau Maier verkauft wird, muss eine Großkanzlei in der Lage sein, zu verstehen, dass hier ein ganz schlichter, auf dem Abstraktionsniveau des deutschen BGB mit dem Abstraktionsprinzip zwischen Schuld- und Sachenrecht gebotener Vertragsentwurf erstellt werden muss. Abgesehen davon kostet es Sie nur unnötig Geld, so einen Vertrag erstellen zu lassen. Beim Notar, bei dem der Vertrag am Ende sowieso beurkundet werden muss, ist der Entwurf eine unentgeltliche Nebentätigkeit.

Das sind so Veränderungen, die ich für grob falsch halte.

Auch Politiker/innen müssen kollidierende Interessen in Einklang bringen und eine für alle Parteien zufrieden stellende Lösung erarbeiten. Würden Sie daher sagen, dass die Fähigkeiten, die Sie sich während Ihrer juristischen Ausbildung und Ihrer beruflichen Tätigkeit angeeignet haben, Ihnen gerade auch im Rahmen Ihrer politischen Laufbahn weiter helfen und Sie so erfolgreich machen?

Ja, das glaube ich durchaus. Die Fähigkeit, im Zielkonflikt und in der Interessenkollision diejenige Stelle zu lokalisieren, bei der sich die widerstreitenden Kreise überschneiden, und dann zielbewusst in der Sache darauf zuzugehen und gleichzeitig die Aufmerksamkeit für die vorhandenen Streitpunkte nicht zu klein zu schreiben, das ist eine große Hilfe in der Politik.

Gibt es etwas, dass Sie aus Ihrer politischen Tätigkeit vermissen?

Ach ja, natürlich. Wissen Sie, wer einmal so konkret die Geschichte eines Gemeinwesens gestaltet hat und sich seine Entrüstbarkeit gegenüber Missständen erhalten hat und wer dann den Reflex spürt, jetzt in die Speichen zu greifen, der vermisst natürlich die Speichen und die Zügel. Man denkt, da müsste jetzt das und das getan werden, gebremst werden, beschleunigt werden, verändert werden, und hier müsste diesem und jenem geholfen werden, sei es einem Mitmenschen oder einem Unternehmen, und es wäre eigentlich sogar dringlich – aber man kann nicht. Man kann nur telefonieren. Und es ist nicht so, dass Nachfolger besonders viel Lust haben, jeden dritten Tag um zehn nach neun einen Anruf eines Vorgängers zu bekommen, der ihnen sagt, was sie jetzt tun sollten. Das finden die gar nicht lustig. Also lässt man es.

Würden Sie sagen, dass Ihnen die Tätigkeit als Bürgermeister besser gefallen hat als die Tätigkeit als Notar?

Nein, das würde ich so nicht sagen. Ich war vorher sehr gerne Notar und ich bin jetzt sehr gerne Notar. Die Phase der, sagen wir mal fachlich vorsichtigen Unsicherheit, die einen vor Fehlern schützt, war nach einem halben Jahr vorbei. Dann saß ich fachlich wieder fest im Sattel, und es hatte sich gar nicht so viel verändert. Ich war auch sehr gerne Bürgermeister und mit den Geschicken der Freien und Hansestadt Hamburg und ihren Bewohnerinnen und Bewohnern ziemlich intensiv verheiratet. Die Bürgermeisterzeit war eine Bereicherung meines Lebens als Notar. Im November 2011 hätte ich mein 40jähriges Notariatsjubiläum, davon war ich fast zehn Jahre Bürgermeister. Das ist eine Bereicherung des Erfahrungshorizonts, der Leistungsbilanz und der Lebensbilanz. Ich war das beides gern und was ich wirklich vermissen werde,

AUFSÄTZE
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSSPRECHUNG
REZENSIONEN

ist, dass ich ab 1. September 2011 weder Bürgermeister noch Notar sein darf.

Wenn Sie noch einmal am Anfang ihres Studiums stünden, würden Sie etwas anders machen und wenn ja, was?

Ja, ich würde etwas anders machen. Ich würde auch das Studium der Volkswirtschaftslehre abschließen. Obwohl ich sieben Fachsemester Volkswirtschaftslehre studiert habe, habe ich dieses Studium aus finanziellen Gründen nicht abgeschlossen. Es war schon mühsam genug, ohne Einkommen die juristische Dissertation über die Bühne zu bringen und nicht sofort ins Referendariat zu springen. Das Referendargehalt belief sich damals übrigens auf 364 Deutsche Mark im Monat. Es war schon hart, das durchzustehen. Als ich die Dissertation einigermaßen fertig hatte, da musste ich Referendar werden. Ich hätte vielleicht noch zwei oder drei Semester Volkswirtschaftslehre dranhängen und dann das Examen machen müssen. Das ging nicht, und daher würde ich heute wahrscheinlich ein Darlehen aufnehmen. Darauf wäre ich damals gar nicht gekommen. Das Examen der Volkswirtschaftslehre hat mir eigentlich lebenslang gefehlt.

Wie schätzen Sie die Berufs- und Karrierechancen der heutigen Absolvent/innen ein?

Ich schätze die Berufs- und Karrierechancen gut ein, genauso gut wie damals und viel besser als in der Zwischenzeit. Das hat auch demographische Ursachen. Wir waren damals – ich bin Jahrgang '41 – eine geburtenstarke Generation, die trotzdem überall mit Kusshand sofort genommen wurde, weil die Generation vor uns, die Generation der Väter, im Krieg so zusammengeschossen wurde und dezimiert worden war. Es fehlten einfach Millionen Männer in der Arbeitswelt, die irgendwo bei Stalingrad oder sonstwo unter der Erde lagen. Die Pensionierungswelle der noch Älteren und der Davongekommenen riss noch zusätzliche Löcher. Das bedeutete, dass alle uns haben wollten. Außerdem gab es ja das damalige Wirtschaftswunder. In der Zwischenzeit haben sich

die Umstände streckenweise dann ja sehr verschlechtert. Aber jetzt kommen Sie in eine Situation, in der diese unglaublich starken Jahrgänge der Nachkriegszeit, also vor dem sogenannten Pillenknick, alle ihren Job freimachen müssen. Und da öffnet sich wieder ein großes Spielfeld. Insgesamt ist natürlich immer alles abhängig davon, wie die Wirtschaft geht. Im Augenblick geht sie scheinbar wieder etwas besser, ich glaube aber nicht daran, dass die Krise unterhalb des Teppichbodens wirklich überwunden ist. Aber das ist ein anderes Thema.

Ich würde sagen, Sie haben sehr gute Chancen und ich bin auch sehr glücklich über diese jetzige Generation. Sie ist eine intelligente, fröhliche, unverkrampfte Generation, die auch Freude am Leben hat, aber die diese destruktiven Kräfte, die eine jede junge Generation, wenn sie will, auch an den Tag legen kann, nicht aufweist. Ich war noch nie ein Anhänger der These, es müsse alles kaputt gemacht werden, damit etwas Besseres daraus entstehen kann. Also ich bin mit dieser Generation sehr einverstanden, manche sagen allerdings, sie sei inzwischen etwas zu brav, aber das kann ich nicht beurteilen. Ich war auch brav. Ich war fleißig, interessiert, diszipliniert, höflich, einigermaßen wohlherzogen, sehr sportlich und hatte unglaublich viel Spaß mit meinen Sportkameraden, aber wir haben eben keine Häuser besetzt oder angezündet.

Haben Sie einen Ratschlag, den Sie den Studierenden der Rechtswissenschaften mit auf den Weg geben würden, für ihr Studium oder ihr Berufsleben?

Für das Studium würde ich dazu raten, von Anfang an einigermaßen stetig zu arbeiten und kein Glücksritter zu sein, der vier Semester verschlampt und dann irgendwie unsystematisch alles aufholen muss. Wer von Anfang an stetig arbeitet, merkt dabei auch, ob er wirklich dazu neigt und für die Juristerei taugt oder ob er es lieber lassen sollte. Und für das Berufsleben: Menschen mögen und seinen Anstand bewahren.

Die Fragen stellten: Sebastian Böse, Inken Matthies

Impressum

HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN 2191-6543

1. Jahrgang – Heft 1 – April 2011

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

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

Redaktion und Lektorat

Sebastian Böse
Daniel Glage
Julian Kanschik
Swantje Klintworth
Sophie Knebel
Ulrike Lembke
Olaf Muthorst
Sina Nienhaus
Dana-Sophia Valentiner

E-Mail: redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Finanzen und Anzeigen

Christopher Heinze
Kamil Swietlik
Christian Trentmann

E-Mail: anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de

Verantwortlich für Anzeigen: Christian Trentmann.

Vertrieb und PR

Isabell Freiling
Inken Matthies
Inga Kristin Rickert
Assal Honey Salehi

E-Mail: vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de

Internet

Robin Christopher Schoss
Pavel Usvatov
Inga Kristin Rickert

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 21030 eingetragen.

Einzelvertretungsberechtigt sind:
Erste Vorsitzende: Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke (V. i. S. d. P.)
Zweiter Vorsitzender: Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst

Layout/Satz

die computerfabrik, Kleinhohenheim 1, 70599 Stuttgart
Valentin Funk, Claudia Wittorf, Ulrich Böckmann

Druck

Repro Lüdke, Schlüterstraße 50–52, 20146 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.

A series of horizontal blue lines for taking notes.

AUFSÄTZE

KLAUSUREN

HAUSARBEITEN

RECHTSPRECHUNG

REZENSIONEN



AUFsätze
KLAUSUREN
HAUSARBEITEN
RECHTSSPRECHUNG
REZENSIONEN

Blank lined area for notes.

REÜTER + KLÖCKNER

B U C H H A N D L U N G

Fremdsprachen

Jura

Pädagogik

Psychologie

Philosophie

Direktimport

Schlüterstr. 44 · 20146 Hamburg · Tel. 040/41 47 95 - 0 · Fax 040/41 47 95 - 25
info@reuterbuch.de · www.reuterbuch.de

HANSEATISCH JURISTISCH

HAMBURGER
RECHTSNOTIZEN

WISSEN, WAS RECHT IST.

Preis: 4,50 € – ISSN 2191-6543