

# HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

## AUS DEM INHALT

### AUFSÄTZE

**Martina Benecke**  
Gewährleistungsrecht

**Martin Heger**  
Der Fall Julian Assange

**Gerhard Strate**  
Oliver Wendell Holmes Jr.

### STUDIUM

**Christoph Leister**  
Klausur VerwR AT

**Vanessa K. Schramm**  
Examenshausarbeit  
Law & Economics

### IM INTERVIEW

**Jana Schiedek**

2  
2011

# VORSPRUNG

Vorsprung erarbeitet man sich auf den ersten Metern – im Sport wie im Beruf. Starten Sie durch, testen Sie unser Referendarprogramm und erleben Sie Jura auf höchstem Niveau in Theorie und Praxis. Durch zahlreiche Aus- und Fortbildungsveranstaltungen sowie die Examensvorbereitungskurse in Kooperation mit **KAISERSEMINARE** verschaffen Sie sich den entscheidenden Vorsprung für einen exzellenten beruflichen Start.

Für unsere Frankfurter, Hamburger und Münchener Teams suchen wir **Referendare/Referendarinnen**.

Auf Ihre Bewerbung freuen sich

Lisa Sönnichsen, [lisa.soennichsen@lw.com](mailto:lisa.soennichsen@lw.com), 069.6062.6000

Norma-Isabel Baus, [norma-isabel.baus@lw.com](mailto:norma-isabel.baus@lw.com), 040.4140.30

Nicole Beyersdorfer, [nicole.beyersdorfer@lw.com](mailto:nicole.beyersdorfer@lw.com), 089.2080.3.8000

[www.lw.com/zukunft](http://www.lw.com/zukunft)

# Inhaltsverzeichnis

Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke/Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst	
Editorial . . . . .	101

## Aufsätze

Prof. Dr. Martina Benecke	
Gewährleistungsrecht unter neuen Vorzeichen – das Urteil des EuGH vom 16.6.2011. . . . .	102
Prof. Dr. Martin Heger	
Der Fall Julian Assange . . . . .	105
Staatsanwalt Dr. Michael Duchstein	
Der verschuldete, anfängliche, unbehebbarer Sachmangel. . . . .	115
Stud. iur. Patric Urbaneck	
Unternehmerischer Ehrschutz? . . . . .	121
Prof. Dr. Reinhard Merkel	
Plagiate und Wissenschaft. Ein Dialog . . . . .	126
Rechtsanwalt Dr. Gerhard Strate	
Vorbilder: Oliver Wendell Holmes Jr. . . . .	129

## Klausuren

Stud. iur. Julian Kanschik	
Fortgeschrittenenklausur im Zivilrecht: Der gutgläubige Hypothekenerwerb . . . . .	133
Stud. iur. Andre Erichsen	
Klausur Strafrecht III: Vermögensdelikte . . . . .	138
Stud. iur. Christoph Leister	
Klausur Allgemeines Verwaltungsrecht: Fortsetzungsfeststellungsklage nach Wohnungsdurchsuchung. . . . .	141

## Hausarbeiten

Stud. iur. Vanessa K. Schramm	
Die Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen aus rechtsökonomischer Sicht – Die Ablehnung der U.S.-amerikanischen Fraud-on-the-Market-Doctrine durch den BGH. . . . .	148
Stud. iur. S. Ashkan Rahmani	
Sozialethische Einschränkung des Abwehrrechts in Fällen der Notwehrprovokation: Vorschlag einer „objektiv-subjektiven Neutralisationsmethode“ . . . . .	159

## Rechtsprechung

Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst

BGH vom 11.05.2011: Handeln unter fremdem eBay-Konto .....	173
BGH vom 13.04.2011: Erfüllungsort der Nacherfüllung .....	174
BGH vom 07.04.2011: Zum Aufrechnungsverbot in AGB .....	176

Jun.-Prof. Dr. Maria von Tippelskirch

BGH vom 15.03.2011: Hausverlosung im Internet als besonders schwerer Betrug .....	178
BGH vom 07.07.2009: Mord mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen .....	179
OLG Köln vom 11.12.2009: Strafvereitelung durch Unterlassen .....	182

Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke

EGMR vom 21.07.2011: Kündigung wegen Whistleblowing .....	184
BVerfG vom 07.09.2010: Maßnahmen zur Griechenland-Hilfe und zum Euro-Rettungsschirm verfassungsgemäß .....	186
BVerwG vom 24.03.2011: Folgekostenvereinbarungen in städtebaulichen Verträgen .....	188

## Rezensionen

Wiss. Mit. Jan Hövermann/Stud. iur. Malte Kröger

Dirk Olzen/Rolf Wank: Zivilrechtliche Klausurenlehre .....	189
--	-----

## Interview

Interview mit Justizsenatorin Jana Schiedek

„Horizont erweitern“ .....	192
----------------------------	-----

# HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

Herausgegeben durch den Hamburger Rechtsnotizen e. V. – [www.hamburger-rechtsnotizen.de](http://www.hamburger-rechtsnotizen.de)

# HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

Liebe Leserin, lieber Leser,

vor einem halben Jahr waren an dieser Stelle gute Wünsche zum Start der Fakultätszeitschrift zu lesen. Nun freuen wir uns, zum Semesterbeginn die zweite Ausgabe vorlegen zu können, die vielleicht unter das Motto der Vielfalt gestellt werden könnte.

Inhalt des Heftes sind in bewährter Weise Klausuren, Seminar- und Hausarbeiten aus unserer Fakultät sowie Rezensionen. Darüber hinaus haben wir auf verbreiteten Wunsch den Aufsatzteil gestärkt. Neben Gastbeiträgen aus Berlin und Augsburg, die in ganz unterschiedlicher Weise zeigen, in welchem fundamentalen Wandlungsprozess sich das nationale Recht durch internationale Einflüsse befindet, haben wir auch den wissenschaftlichen Nachwuchs berücksichtigt und konnten überdies ungewöhnlichen Formaten Raum geben, so einem Essay über einen großen amerikanischen Juristen und einem Dialog über die Plagiatsproblematik.

Man hört oft, am Jurastudium reizten die vielfältigen Möglichkeiten, die sich beruflich anschließen. Unser Heft zeigt, dass auch die vielfältigen Zugänge zur Rechtswissenschaft ihren Reiz haben. In diesem Sinne wünschen wir Ihnen eine interessante Lektüre.

Ihre

*Ulrike Lembke & Olaf Muthorst*

PS: Auch Heft 3 ist schon in Arbeit und wird sich mit dem Thema „Menschenrechte“ befassen. Die Redaktion freut sich auf Beiträge hierzu.

Martina Benecke\*

## Gewährleistungsrecht unter neuen Vorzeichen – das Urteil des EuGH vom 16.6.2011

Dass Urteile des EuGH als „Paukenschlag“<sup>1</sup> oder „radikal“<sup>2</sup> bezeichnet werden, ist schon beinahe normal geworden. Das Urteil vom 16.6.2011 in den verbundenen Rechtssachen *Weber* und *Putz*<sup>3</sup> hat diese Attribute aber mehr als verdient, da es grundlegend das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts, möglicherweise sogar das allgemeine Schuld- und Schadensrecht beeinflusst. Die betroffenen Fälle sind ebenso praxis- wie klausurrelevant.

### I. Fallkonstellation und Vorgeschichte

Der Fall *Weber* zeigt die Problematik exemplarisch. Ein Verbraucher hatte bei der Gebr. Weber GmbH Bodenfliesen für knapp 1.400 € gekauft. Als ca. 2/3 der Fliesen verlegt waren, stellte er mit bloßem Auge erkennbare Schleifspuren fest, die unstreitig einen Mangel darstellen, den der Verkäufer ebenfalls unstreitig nicht verschuldet hatte. Der Mangel war jedoch nur durch Ausbau der bereits verlegten Fliesen und Einbau neuer behebbbar. Die dadurch entstehenden Kosten in Höhe von knapp 6.000 € machte der Käufer gerichtlich geltend. In dritter Instanz legte der BGH den Fall nach Art. 267 AEUV dem EuGH vor.<sup>4</sup>

Bei dem Fall *Putz* lag der Sachverhalt parallel; nur dass es hier um eine Spülmaschine ging, deren Mangelhaftigkeit sich ebenfalls erst nach dem Einbau herausstellte. Die Vorlage erfolgte bereits in erster Instanz durch das AG Schorndorf.<sup>5</sup> Die Vorlagefragen erfassten zwei Aspekte des Falles: Erstens die Frage, ob der Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes im Sinne der in §§ 433 ff. BGB umgesetzten Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VerbrGKRL) nur die Nachlieferung erfasst oder auch den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfreien Sache(n) bzw. die dafür entstehenden Kosten. Zweitens stellte sich dem BGH die Frage, ob die Verpflichtung zur Nachlieferung einschließlich des Aus- und Einbaus durch absolute Verhältnismäßigkeit begrenzt werden kann, die sich aus dem Verhältnis des

Werts des Verbrauchsguts im vertragsgemäßen Zustand zu den Kosten der Gewährleistung ergibt.

Zur ersten Frage besteht bislang ein Meinungsstreit. Die wohl überwiegende Meinung einschließlich des BGH ging davon aus, dass weder der Ausbau noch der Einbau von der Nachbesserungspflicht nach § 439 I BGB erfasst sei.<sup>6</sup> Die verbreitete Gegenauffassung fasste zwar den Ausbau noch unter die Gewährleistung, den Einbau des mangelfreien Guts dagegen nicht.<sup>7</sup> Vereinzelt vertreten wurde auch, dass sowohl Ein- als auch Ausbau der mangelhaften Kaufsache geschuldet seien.<sup>8</sup> Für die bislang herrschende Auffassung spricht der Wortlaut des § 439 I BGB und vor allem die Abgrenzung zwischen Gewährleistung und Schadensersatz. Wie die Differenzhypothese des § 249 I BGB zeigt, ist die Herstellung des Zustandes, der ohne den Mangel bestehen würde, ein Element des Schadensersatzes, also nur bei Vertretenmüssen geschuldet. Auch der Generalanwalt, an dessen Anträge sich der EuGH in der Regel hält, hatte in beiden Rechtsstreitigkeiten eine entsprechende Pflicht abgelehnt.<sup>9</sup>

Hinsichtlich der zweiten Frage ist der Wortlaut von § 439 III BGB eindeutig. Die Norm erfasst als Unterfall des Schikaneverbotes zunächst die relative Unzumutbarkeit, die sich auf das Verhältnis zwischen den beiden Arten der Nacherfüllung bezieht. Es geht also darum, ob sich der Gewährleistungsanspruch beispielsweise auf die Nachlieferung beschränkt, wenn die Nachbesserung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Demgegenüber geht es hier um die absolute Unzumutbarkeit, die sich entweder auf beide Arten der Nacherfüllung bezieht oder – wie im Fall *Weber* – auf Fälle, in denen nur

6 BGH vom 15.07.2008, BGHZ 177, 224–236 – *Parkettstäbefall*; *Stefan Greiner*, Aktuelle Entwicklungen zum Umfang der kaufrechtlichen Nacherfüllung (§ 439 Abs. 1 BGB) – die Rechtssache Gebr. Weber vor dem EuGH, ZGS 2010, S. 353–361; *Stephan Lorenz*, Die Reichweite der kaufrechtlichen Nacherfüllungspflicht durch Neulieferung, NJW 2009, S. 1633–1637; *Frank Skamel*, Nacherfüllung und Schadensersatz beim Einbau mangelhafter Sachen, NJW 2008, S. 2820–2822; *Hannes Unberath/Johannes Cziupka*, Anm. zu BGH vom 14.01.2009, JZ 2009, S. 313–316.

7 *Walter Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 439 Rn. 11 m.w.N. zum Streitstand; *David Schneider/Christoph Katerndahl*, Ein- und Ausbaurkosten mangelhafter Kaufsachen im unternehmerischen Rechtsverkehr, NJW 2007, S. 2215–2220; *Ingo Saenger*, in: HK-BGB, 6. Aufl. 2009, § 439 Rn. 3; *Carl-Heinz Witt*, Ausbau und Einbau im Rahmen der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung, ZGS 2008, S. 369–374; wohl auch *Christian Berger*, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 439 Rn. 20.

8 OLG Karlsruhe vom 02.09.2004, ZGS 2004, 432–434.

9 Schlussanträge von GA *Mazák* vom 18.05.2010 zu Rs. 87/09 (*Putz*) und zu Rs. C-65/09 (*Weber*).

\* Frau Prof. Dr. Martina Benecke ist Inhaberin der Professur für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Universität Augsburg.

1 *Stephan Lorenz*, Ein- und Ausbaupflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, NJW 2011, S. 2241–2245.

2 *Hans Schulte-Nölke*, Der EuGH gestaltet das Kaufrecht radikal um, ZGS 2011, S. 289.

3 EuGH vom 16.06.2011, NJW 2011, 2269–2274 – *Weber/Putz*.

4 BGH vom 14.01.2009, NJW 2009, 1660–1663.

5 AG Schorndorf vom 25.09.2009, ZGS 2009, 525–527.

eine Art der Nacherfüllung möglich ist. § 439 III BGB will nach seinem Satz 3 beide Fälle erfassen. Die Europarechtskonformität der Einbeziehung der absoluten Unzumutbarkeit wurde indes bereits vor dem vorliegenden Urteil angezweifelt.<sup>10</sup> Der Generalanwalt hatte den Einwand der absoluten Unmöglichkeit dagegen für zulässig gehalten.

## II. Das Urteil des EuGH

Der EuGH ging dennoch überraschend von einer Pflicht zum Ausbau der mangelhaften Sache und zum Einbau der mangelfreien Sache aus. Er begründete das denkbar knapp damit, Verkäufer/innen hafteten den Käufer/innen nach Art. 3 Abs. 1 VerbrGKRL für jede Vertragswidrigkeit. Die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts müsse für Verbraucher/innen unentgeltlich sein und habe nach Art. Abs. 3 VerbrGKRL „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher“ zu erfolgen. Schon rabulistisch sind die Hinweise auf den Begriff „Ersatzlieferung“, der impliziere, das vertragswidrige Verbrauchsgut müsse „tatsächlich ‚ersetzt‘“ werden, sowie auf das Ziel der Richtlinie, ein „hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten“<sup>11</sup>.

Zu der Möglichkeit für Verkäufer/innen, die Übernahme unverhältnismäßiger Kosten für den Ausbau bzw. den Einbau abzulehnen, kommt im zweiten Leitsatz der Entscheidung eine merkwürdige Differenzierung zum Ausdruck – wieder entgegen der Anträge des Generalanwalts. Danach ist es nicht möglich, den Ein- bzw. Ausbau abzulehnen, wenn der Aufwand bezogen auf den Wert des Kaufgutes und die Bedeutung der Vertragswidrigkeit unverhältnismäßig wäre. Möglich soll es aber sein, den Anspruch von Verbraucher/innen in einem solchen Fall auf die Übernahme eines angemessenen Betrages zu begrenzen. Danach ist § 439 III BGB europarechtswidrig.

Das Urteil des EuGH hat vor allem wegen seiner knappen Begründung in ersten Reaktionen deutliche und berechtigte Kritik auf sich gezogen.<sup>12</sup> Die Hauptkritikpunkte können kurz dahingehend zusammengefasst werden, dass die verschuldensunabhängige Pflicht zum Aus- und Einbau die Grenzen zwischen Gewährleistung und Schadensersatz ohne Not verwischt und damit das gesamte Kaufrecht zugunsten von Käufer/innen umgestaltet. Mit den Ausführungen zur Unverhältnismäßigkeit erfindet der EuGH eine Kostenteilung, für die die Richtlinie keine Anhaltspunkte gibt. Damit ist sicherlich noch nicht das letzte Wort über diese Entscheidung gesagt, die möglicherweise eine Änderung der VerbrGKRL und sicherlich eine Änderung des deutschen Kaufrechts zur Folge

haben sollte.<sup>13</sup> Hier soll jedoch im Vordergrund die Frage stehen, wie vor einer möglichen gesetzlichen Klarstellung in Klausurfällen zu verfahren ist.

## III. Folgen für die Falllösung und offene Fragen

Die Entscheidung wird sicherlich auch praktische Folgen für Wirtschaft und Verbraucher/innen, insbesondere die Baumarktbranche haben, da Verkäufer/innen nun ein erheblich größeres Kostenrisiko tragen. Ob sich das lediglich auf die Preise auswirkt und damit im Ergebnis wenig verbraucherfreundlich ist<sup>14</sup> oder ob die Möglichkeit von Verkäufer/innen, bei ihren Lieferant/innen Regress zu nehmen, einen „gewünschten [...] Qualitätsdruck“<sup>15</sup> ausüben wird, bleibt abzuwarten.

### 1. Ausbau der fehlerhaften und Einbau der fehlerfreien Sache bzw. dadurch entstehende Kosten als Gewährleistungspflicht

Für die Klausurlösung ist vor allem von Interesse, wie vor einer ausdrücklichen Gesetzesänderung mit der neuen Rechtsprechung umzugehen ist. Das hängt davon ab, ob sich § 439 BGB, insbesondere Absatz 1, europarechtskonform auslegen lässt. Im Ergebnis ist diese Frage zu bejahen. So lässt nicht nur die Rechtsprechung des EuGH wenig Raum für eine Fortgeltung europarechtswidrigen deutschen Rechts. Spätestens in der *Quelle*-Entscheidung hat sich der BGH dem angeschlossen, indem er die Rechtsfigur einer „richtlinienkonformen Rechtsfortbildung“ entwickelt hat, die auch bei – scheinbar – eindeutigem Gesetzeswortlaut de facto eine horizontale Drittwirkung von Richtlinien ermöglicht.<sup>16</sup> Dagegen ist der Wortlaut des § 439 BGB nicht einmal als eindeutig zu bezeichnen. Das zeigt sich schon daran, dass auch nach bisheriger Rechtslage der Ausbau verbreitet und der Einbau zumindest von einigen als verschuldensunabhängige Gewährleistungspflicht angesehen wurde.<sup>17</sup>

#### a) Anspruch auf Aus- und Einbau

In der Klausur ist daher unter Hinweis auf das Europarecht die neue Rechtslage zu prüfen. Anders als nach bisher herrschender Meinung folgt der Anspruch von Käufer/innen auf Aus- und Einbau oder die entsprechenden Kosten also bereits aus dem Nacherfüllungsanspruch. Bei Verschulden der Verkäufer/innen ist er außerdem nach § 437 Nr. 3 BGB als Schadensersatz möglich. Daraus folgt ein bemerkenswerter Wertungswiderspruch. Im *Weber*-Fall liegt Mitverschulden nach § 254 II BGB nahe, da der Käufer laut Sachverhalt  $\frac{2}{3}$  der Fliesen verlegen ließ, bevor er den Mangel bemerkte, der „mit blo-

<sup>13</sup> Stephan Lorenz, NJW 2011, S. 2241 (2244).

<sup>14</sup> So Stephan Lorenz, NJW 2011, S. 2241 (2243).

<sup>15</sup> So Hans Schulte-Nölke, ZGS 2011, S. 289.

<sup>16</sup> BGH vom 26.11.2008, NJW 2009, 427 (427 f.); dem für das Arbeitsrecht folgend BAG vom 24.03.2009, AP BUrLG § 7 Nr. 39, Rn. 57 ff. (Zitat Rn. 60).

<sup>17</sup> Oben I.

<sup>10</sup> Dazu unten III. 2.

<sup>11</sup> EuGH vom 16.06.2011, NJW 2011, 2269 (2272) – *Weber/Putz*.

<sup>12</sup> Stephan Lorenz, NJW 2011, S. 2241 (2243 f.); Hans Schulte-Nölke, ZGS 2011, S. 289.

ßem Auge zu erkennen“ war. Im Rahmen des Schadensersatzes könnte das berücksichtigt werden, beim bloßen Nacherfüllungsanspruch nicht. Es liegt daher nahe, § 254 II BGB analog anzuwenden, um diese Regelungslücke zu schließen.<sup>18</sup>

## b) Weitere Fragen

Noch Stoff für zahllose wissenschaftliche Abhandlungen werden die offenen Fragen bilden, die sich aus der neuen Rechtslage ergeben. Für Klausurbearbeiter/innen hat das den Vorteil, dass nach Herausarbeiten der Problematik nahezu jede Lösung als vertretbar angesehen werden muss. So ist bereits der Anwendungsbereich der neuen Rechtsprechung fraglich. Europarechtlich zwingend ist sie nur im Verhältnis Unternehmen-Verbraucher/innen, so dass vor dem Hintergrund der Kritik an der Entscheidung vertreten wird, sie auch auf diesen Bereich zu beschränken.<sup>19</sup> Bereits vor der EuGH-Entscheidung wurde aber verbreitet vertreten, im Interesse einer Einheitlichkeit des Kaufrechts nicht zwischen Verbrauchsgüterkäufen und anderen Kaufverträgen zu differenzieren.<sup>20</sup>

Offen bleibt in der Entscheidung des EuGH das Verhältnis zwischen der Pflicht zum tatsächlichen Aus- und Einbau und der Pflicht, die dadurch entstehenden Kosten zu tragen – beide Varianten werden stets in dieser Reihenfolge, durch ein „oder“ verbunden, aufgezählt. Hier stellt sich die Frage, ob dem Käufer oder der Verkäuferin das Wahlrecht zusteht, den Aus- bzw. Einbau selbst vorzunehmen (oder vornehmen zu lassen) und wann der Verkäufer die Kosten tragen muss. Für ein Wahlrecht der Verkäuferin spricht, dass dieser der Aus- und Einbau durch eigene Leute günstiger sein kann, wodurch der ohnehin weitgehende Gewährleistungsanspruch gemindert wird.<sup>21</sup> Mindestens ebenso gut lässt sich aber die Gegenauffassung vertreten, da es nach § 439 I BGB und Art. 3 II VerbrGKRL Sache des Käufers ist, die Art der Nacherfüllung zu wählen.

Bislang nicht diskutiert wurde eine Frage, die in der Praxis zu einem Hauptproblem des „neuen“ Nacherfüllungsanspruchs werden könnte: der Umfang der Einbaupflicht. Wenn wie im *Weber-Fall* <sup>2/3</sup> der fehlerhaften Fliesen verlegt wurden, sind selbstverständlich auch <sup>2/3</sup> auszubauen. Wie viele aber sind einzubauen? Solange es keine weiteren Anhaltspunkte gibt, muss die Einbaupflicht spiegelbildlich zur Ausbaupflicht gesehen werden – hier also ebenfalls <sup>2/3</sup> erfassen. Optimal ist diese Lösung nicht, da der Umfang der Verkäuferpflicht dann von Umständen abhängt, welche die Verkäuferin nicht

beeinflussen kann, und Missbrauch durch den Käufer möglich ist, der sich einen vollständigen Einbau „erschleichen“ kann. Eine andere Lösung ist aber mit der Rechtsprechung des EuGH kaum vereinbar. Da der Zustand wiederherzustellen ist, der ohne die Vertragswidrigkeit bestehen würde, muss der gleiche Einbauzustand hergestellt werden wie vor dem Entdecken des Mangels. Missbrauch kann – wie oben erwähnt – mit der analogen Anwendung von § 254 II BGB erfasst werden. In der Praxis stellt das Verbraucher/innen aber mitunter vor Beweisschwierigkeiten.

## 2. Verweigerungsrecht bei absoluter Unzumutbarkeit der Nacherfüllung

Auch die neue Rechtsprechung zur Unzumutbarkeit wird sich bereits de lege lata auswirken. Zwar ist der Wortlaut von § 439 III 3 HS 2 BGB eindeutig. Wie erwähnt, ist das für die europarechtskonforme Auslegung, Reduktion oder Fortbildung einer Norm kein Hindernis. Davon geht nicht nur die Entscheidungsbegründung des EuGH aus; auch diejenigen Autorinnen und Autoren, die bereits zuvor Bedenken gegen die Europarechtskonformität der Norm hatten, wollten nicht auf eine Gesetzesänderung warten.<sup>22</sup>

Verbreitet ist bislang die Auffassung, absolute Unverhältnismäßigkeit nur dann zu berücksichtigen, wenn sie als Unmöglichkeit angesehen werden kann, da diese nach der Richtlinie zur Leistungsverweigerung berechtigt.<sup>23</sup> Das wirft allerdings die Frage nach dem Verhältnis zu § 275 II BGB auf, da in dessen Anwendungsbereich vergleichbare Kriterien relevant sind. Im Einzelnen ist hier nahezu alles umstritten. Erstens die Frage, ob § 275 II BGB eine höhere Schwelle bildet als § 439 III BGB<sup>24</sup> oder ob hier die gleichen Kriterien gelten<sup>25</sup>, und zweitens, wie hoch die Schwelle der Unverhältnismäßigkeit bei beiden Regeln sein soll. Zu § 439 III BGB bewegt sich das

<sup>22</sup> Anders offenbar *Stephan Lorenz*, NJW 2011, S. 2241 (2243 f.); wie hier *Ingo Saenger*, in: Hk-BGB, 6. Aufl. 2009, § 439 Rn. 5 mit Nachweisen; s. auch *Anette Gärtner/Thomas Schön*, Das unverhältnismäßige Nacherfüllungsbegehren – zweiter Vorlagebeschluss zum neuen Kaufrecht, ZGS 2009, S. 109 (110).

<sup>23</sup> *Florian Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, Stand 2007, § 439 Rn. 40 f.; 53 mit zahlreichen Nachweisen; *Annemarie Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2004, § 439 Rn. 41; *Konstantin Kirsten*, Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Kaufrecht, ZGS 2005, S. 66 (67 f.); *Thomas Pfeiffer*, Unkorrektheiten bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in das deutsche Recht (Teil 3), ZGS 2002, S. 217–219; wohl auch *Ingo Saenger*, in: Hk-BGB, 6. Aufl. 2009, § 439 Rn. 5.

<sup>24</sup> So die Regierungsbegründung BT-Drucks. 14/6040, S. 232, und die h.M., z.B. *Wolfgang Ernst*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 275 Rn. 70 f.; *Florian Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, Stand 2007, § 439 Rn. 51; *Ingo Saenger*, in: Hk-BGB, 6. Aufl. 2009, § 439 Rn. 5.

<sup>25</sup> Dafür *Annemarie Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2004, § 439 Rn. 42; *Harm Peter Westermann*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2008, § 439 Rn. 26.

<sup>18</sup> Ähnlich *Stephan Lorenz*, NJW 2011, S. 2241 (2243) m. w. N.

<sup>19</sup> *Stephan Lorenz*, NJW 2011, S. 2241 (2244).

<sup>20</sup> *Florian Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, Stand 2007, § 439 Rn. 54 unter Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers; ebenso *Annemarie Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2004, § 439 Rn. 41.

<sup>21</sup> *Stephan Lorenz*, NJW 2011, S. 2241 (2243).

Meinungsspektrum zwischen einer Überschreitung des Werts der Kaufsache um 20 % bis 200 %.<sup>26</sup>

Der EuGH äußert sich dazu nicht eindeutig. Nach der Entscheidungsbegründung wollte „der Unionsgesetzgeber dem Verkäufer das Recht zur Verweigerung des mangelhaften Verbrauchsguts oder der Ersatzlieferung nur im Fall der Unmöglichkeit oder einer relativen Unverhältnismäßigkeit gewähren“<sup>27</sup>. Das kann dahingehend verstanden werden, dass § 275 II BGB als Tatbestand der Unmöglichkeit Anwendung finden kann – allerdings nur, wenn die Schwelle gegenüber § 439 III BGB deutlich höher gehängt wird.<sup>28</sup> Mehr spricht aber dafür, die Aussage so zu verstehen, dass der EuGH das Recht zur Verweigerung nur bei physischer Unmöglichkeit zulassen will, eine vollständige Verweigerung der Gewährleistung aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten also nicht möglich sein soll.

<sup>26</sup> Zum Meinungsstand *Florian Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, Stand 2007, § 439 Rn. 52; Annemarie *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2004, § 439 Rn. 43; jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>27</sup> EuGH vom 16.06.2011, NJW 2011, 2269 (2274, Rn. 71) – *Weber/Putz*.

<sup>28</sup> *Florian Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, Stand 2007, § 439 Rn. 53.

Das folgt insbesondere aus dem zweiten Satz des zweiten Leitsatzes, in dem der EuGH eine eigene Schwelle der Verhältnismäßigkeit aufstellt. Wie erwähnt, handelt es sich de facto um eine Schadensteilung, deren Kriterien der Wert des Verbrauchsguts, wenn es vertragsgemäß wäre, und die Bedeutung der Vertragswidrigkeit sein sollen.<sup>29</sup> Auch diese Einschränkung soll offenbar bereits de lege lata gelten. Als Faustregel wird entsprechend der bisherigen BGH-Rechtsprechung eine Grenze von 150 % des Werts der Kaufsache im mangelfreien Zustand vorgeschlagen.<sup>30</sup> Allerdings kann das nur eine Faustregel sein; eine feste Grenze gilt ebenso wenig wie bei der absoluten Unverhältnismäßigkeit nach altem Recht.<sup>31</sup> Vermutlich wird sich die Praxis bei ca. 120 % bis 200 % einpendeln; auch in Klausuren ist man mit entsprechenden Werten gut beraten.

<sup>29</sup> EuGH vom 16.06.2011, NJW 2011, 2269 (2274, Rn. 74) – *Weber/Putz*; in diese Richtung offenbar auch *Florian Faust*, in: Bamberger/Roth, BGB, Stand 2007, § 439 Rn. 56.

<sup>30</sup> *Hans Schulte-Nölke*, ZGS 2011, S. 289.

<sup>31</sup> Vgl. *Annemarie Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2004, § 439 Rn. 43.

Martin Heger\*

## Der Fall Julian Assange

### I. Zur Themenstellung

Als Anfang Juli 2011 die Herausgeber/innen der „Hamburger Rechtsnotizen“ mit der Bitte um einen Beitrag an mich herangetreten sind, schien mir die Stunde günstig, während der vergangenen Monate gesammelte, in einigen Interviews und auch schon in einem Fachvortrag<sup>1</sup> erprobte Gedanken zum Fall „Julian Assange“ aufs Papier zu bringen, war doch bis dahin stets klar, dass das Londoner Berufungsgericht (der High Court), bei dem der Fall seit Frühjahr 2011 anhängig ist, noch im Juli zu einer Entscheidung über die Vollstreckung des von schwedischen Justizbehörden ausgestellten Europäischen Haftbefehls und damit über eine Überstellung von Julian Assange an Schweden gelangen will (und eben auch wird).

\* Herr Prof. Dr. Martin Heger ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin.

<sup>1</sup> Der Vortrag wurde gehalten unter dem Titel „Wikileaks – The Case of Julian Assange“ am 21.06.2011 an der Humboldt-Universität zu Berlin im Rahmen der von *Gerhard Werle* organisierten „3rd Summerschool of the South African-German Centre for Development Research and Criminal Justice – Criminal Justice Division“.

Ob es letztlich an richterlichem Willen zur Einhaltung dieses – im Lichte des Europarechts ohnehin bereits viel zu späten (darauf wird noch einzugehen sein) – Termins gefehlt hat (was die englischen Richter, wie ich vermute, sicherlich vehement bestreiten dürften) oder ob die Umstände einer zeitnahen Entscheidung ungünstig gewesen sind, lässt sich vielleicht nicht klären, doch besagt ja bekanntlich ein Sprichwort: „Wo ein Wille ist, ist auch ein Weg“.

So gesehen mag das Nichtergehen einer Entscheidung in dieser Sache bis zum heutigen Tage doch gewisse Rückschlüsse auf die mentale Seite der Entscheidung/innen zulassen; offenkundig wird wohl akzeptiert, dass die vom Europarecht mit dem „Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten“<sup>2</sup> (im Folgenden: Rb) verbindlich vorgegebenen Fristen faktisch (und contra legem)

<sup>2</sup> ABl. EG 2002, Nr. L 190, S. 1. Dazu *Bernd Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 12 Rn. 20 ff.; *Daniel Rohlf*, Der Europäische Haftbefehl, 2003.

ad extensum ausgedehnt werden können. Immerhin begann am 12.07.2011 die Verhandlung vor dem High Court in London, doch bis jetzt – Anfang September – noch ohne ein greifbares Ergebnis. Deswegen muss ich meine ursprüngliche Idee, die „Hamburger Rechtsnotizen“ mit einer Urteilsanmerkung zu bestücken, teleologisch reduzieren und mich auf Bemerkungen zur Rechtslage (aus meiner Sicht) beschränken.

Dieses neue – und nach seinem Titel wie Anspruch bewusst regionale – Rechtswissenschaftsmedium ist m. E. deshalb besonders gut geeignet als Plattform für Anmerkungen zu dem Verfahren *Assange* vor den inzwischen zwei englischen Instanzen, weil Hamburg als *die* deutsche Presse- und Medienstadt – samt einer entsprechend positionierten Schar von Rechtsanwält/innen und Verlagsjurist/innen – sicherlich in besonderem Maße Interesse an den mit Wikileaks<sup>3</sup> verbundenen Fragen der Informationsfreiheit<sup>4</sup> und damit auch an dem Schicksal des Wikileaks-Sprachrohrs Julian Assange haben dürfte. Andererseits aber auch, weil – wie man zumindest hört (als Schwabe in Berlin kann ich insoweit nur mutmaßen) – zwischen Waterkant und England traditionell eine besonders enge, von Meereswellen getragene gedankliche Verbundenheit besteht, so dass vielleicht auch die Hamburger Juristinnen und Juristen – mehr noch als ihre Kollegenschar in anderen deutschen Städten – gebannt auf den Ausgang des englischen Verfahrens schauen. Hoch im deutschen Norden ging es immer wieder um Grundfragen der Meinungsäußerung: hier rief Senatsdirektor Lüth zum Boykott der Filme von Veit Harlan auf,<sup>5</sup> kämpfte der Springer-Verlag gegen „Blinkfüer“,<sup>6</sup> „spielte“ vor nahezu einem halben Jahrhundert die „Spiegel-Affäre“,<sup>7</sup> und hier wurde auch die aus anglo-amerikanischer Tradition bekannte Idee eines investigativen Journalismus<sup>8</sup> – zuerst eben im „Spiegel“ – rezipiert und damit in Deutschland salonfähig gemacht.

## II. Zu Wikileaks

Gerade mit Blick auf die Medienstadt Hamburg muss ich aber vielleicht manche Erwartungen an diesen Beitrag dämpfen. Ich werde nicht über die Strafbarkeit des Datensammelns und Veröffentlichens in der Internet-Plattform Wikileaks reden. Dies verbietet sich zum einen schon, weil es eine Vielzahl möglicherweise einschlägiger Strafrechtsordnungen (die durchaus unterschiedlich mit Geheimnisverrat etc. umgehen)<sup>9</sup> und Gerichtsstände – in Deutschland im Sinne von §§ 3 ff. StGB<sup>10</sup> – gibt. Denn weil sich im Einzelnen kaum feststellen lässt, in welchem Land welcher konkrete Beitrag erbracht bzw. ins Internet eingestellt oder auch nur freigeschaltet worden ist, wird es in vielen Fällen darauf ankommen, welchem Strafrechtsregime der „Tatort Internet“ zugeschlagen wird. Auch gibt es, wie die ganz aktuelle Diskussion um „Datenlecks“ bei Wikileaks überdeutlich zeigt, derzeit teilweise nicht absehbare Konsequenzen – sozusagen Kollateralschäden – dieses Vorgehens.<sup>11</sup> Zum anderen dürfte aber auch eine objektive und subjektive Zurechnung des Verhaltens möglicher Straftaten zu dem Verhalten von Julian Assange im Einzelnen kompliziert festzustellen sein, weswegen – soweit es überhaupt passende und anwendbare Strafnormen gibt – ein Schuldspruch kaum prognostizierbar erscheint. Wie oben geschrieben, ist Julian Assange bis heute das „Sprachrohr“ der Enthüllungsplattform Wikileaks, deren Rechtsform mir – als einem Nichtzivilrechtler? – aber schon nicht recht klar ist. Vollends unklar ist, welche strafrechtliche Haftung ein „Sprachrohr“ trifft, lässt sich doch – auch wegen der nicht endgültig geklärten rechtlichen und faktischen Struktur von Wikileaks – aus deutscher Sicht etwa kaum sagen, welche Beiträge er konkret zur Verwirklichung eines etwaigen Tatbestandes erbracht hat bzw. welche Beiträge ihm als Mittäter oder Anstifter bzw. Gehilfen im Sinne der §§ 25 ff. StGB zurechenbar sind. Das Auftreten für Wikileaks könnte sich etwa auch darin erschöpfen, vorheriges – gegebenenfalls kriminelles – Verhalten an-

3 Dazu Marcel Rosenbach/Holger Stark, Staatsfeind WikiLeaks, 2011; Daniel Domscheit-Berg, Inside WikiLeaks, 2011; edition suhrkamp (Hg.), WikiLeaks und die Folgen, 2011.

4 Wohl nicht umsonst befasst sich die von Sebastian Böse vorgestellte Hausarbeit in der ersten Ausgabe der „Hamburger Rechtsnotizen“ genau mit diesem Grundrecht.

5 Vgl. BVerfG vom 15.01.1958, BVerfGE 7, 198–230.

6 Vgl. BVerfG vom 26.02.1969, BVerfGE 25, 256–269.

7 Dazu Jörn Ipsen, Der Staat der Mitte, 2009, S. 272 ff.; Lasse Schuldt, Geheimnisverrat, 2011, S. 34 ff. – Obwohl die Verfassungsbeschwerde mit Stimmgleichheit zurückgewiesen wurde (BVerfGE 20, 162), gilt dieser Fall Vielen als Sieg der Pressefreiheit (vgl. Hans-Ulrich Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 5, 2008, S. 272 f.).

8 Zu den strafrechtlichen Grenzen des investigativen Journalismus Bernd Heinrich, Künftige Entwicklungen des medienstrafrechts im Bereich des investigativen Journalismus, in: Grundmann u. a. (Hg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 1241–1264.

9 So ist der in Deutschland gemäß § 353a StGB strafbare Vertrauensbruch im auswärtigen Dienst (dazu Klaus Hermann Ringwald, Der „Arnim-Paragraf“ und der Schutz auswärtiger Interessen der Bundesrepublik Deutschland, 2010 [dazu Besprechung von Martin Heger, ZIS 2010, 152–153]) im Ausland zumeist straffrei. Und die Strafbarkeit von Journalist/innen wegen ihrer Beteiligung an der Verletzung von Dienstgeheimnissen gemäß § 353b StGB ist – auch im Lichte des Cicero-Urteils des BVerfG vom 27.02.2007, BVerfGE 117, 244 – überaus umstritten (dazu ausführlich Lasse Schuldt, Geheimnisverrat, 2011, S. 144 ff.) und soll deswegen „entschärfte“ werden.

10 Vgl. dazu Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 5; Kai Ambos, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 3, sowie grundlegend die Kommentierung der §§ 3 ff. StGB von Gerhard Werle/Florian Jeßberger, in: Laufhütte u. a. (Hg.), Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007.

11 Im Oktober 2010 – nachdem Wikileaks skandalöse Verhaltensweisen von US-Soldat/innen im Irak sichtbar gemacht hatte – war bei den gezeigten Tötungen von Zivilist/innen in den Medien die Rede auch von „collateral murder“ (dazu Daniel Domscheit-Berg, Inside Wikileaks, 2011, S. 157 ff.).

derer, nach außen hin anonymer Mitarbeiter nachträglich gutzuheißen.

Das bloße Billigen von begangenen, einem selbst nicht zurechenbaren Straftaten ist aber z. B. in Deutschland nur in dem Sonderfall der sog. „Auschwitz-Lüge“ im Sinne von § 130 III StGB sowie gemäß § 140 Nr. 2 StGB bei Vorliegen bestimmter anderer Katalogtaten strafbar. Und auch für den – denkbaren – Fall, dass Assange jedenfalls ungefähr weiß, was andere Wikileaks-Mitstreiter/innen „treiben“, dies aber tatenlos geschehen lässt und nicht zur Anzeige bringt, wäre etwa in Deutschland diese Nichtanzeige nur in den Grenzen des § 138 StGB strafbar. Die darin genannten Katalogtaten sind aber offenkundig nicht einschlägig, so dass – wenn eine persönliche Zurechnung einzelner (soweit überhaupt tatbestandsmäßiger) Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Wikileaks nicht möglich oder beweisbar ist – eine Strafbarkeit gemäß §§ 138, 140 StGB schwerlich gegeben sein dürfte. Ausscheiden müsste schließlich aus deutscher Sicht auch eine strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung im Sinne von § 14 StGB,<sup>12</sup> beschränkt sich eine solche doch auf bestimmte rechtswirksame Vertretungs- bzw. Beauftragungskonstellationen, denen in Abs. 3 lediglich eine rechtsunwirksame Vertretung bzw. Beauftragung gleichgestellt ist. Weil aber schon die Rechtsform von Wikileaks undurchschaubar scheint, ist es kaum möglich, in Julian Assange einen – vielleicht unwirksam bestellten – Vertreter oder Beauftragten im Rechtssinne erblicken zu können.

### III. Zur Literaturlage

Bevor ich mich nun dem in England laufenden Auslieferungsverfahren zuwende und zu den darin aufgeworfenen Fragen rund um einen Europäischen Haftbefehl äußere, möchte ich aber noch kurz auf einen m. E. seltsamen Umstand hinweisen. Denn obwohl Wikileaks und auch Julian Assange gerade von den seriösen Medien in Deutschland intensiv begleitet oder beobachtet werden – so war der Hamburger „Spiegel“ ja bekanntlich (neben einem englischen und US-amerikanischen Magazin) „mit im Boot“<sup>13</sup> als es im Herbst 2010 um die (damals noch) kontrollierte Edition der Depeschen der US-Botschaften ging<sup>14</sup> – und inzwischen bereits mehrere populärwissenschaftliche Bücher zu dieser Thematik erschienen sind,<sup>15</sup>

ist es im fachjuristischen „Blätterwald“ auffällig ruhig geblieben. Sicherlich gehört es zu den Tugenden rechtswissenschaftlichen Arbeitens, nicht jedes aktuelle Verfahren zeitnah zu kommentieren, schon um zu den daran beteiligten Personen Distanz zu wahren und nicht vorschnell Partei zu ergreifen. Auch gebietet der Respekt vor den Institutionen der Justiz, nicht jeden prozessualen Einzelakt anatomisch zu zergliedern, sondern vielmehr der Justiz die Freiheit zu lassen, „ihr“ Verfahren ordnungsgemäß zu beschließen und es erst danach – im Gesamtzusammenhang – fachwissenschaftlich kritisch zu hinterfragen. Solche Überlegungen passen für den Fall Assange aber allenfalls sehr eingeschränkt, ist doch immerhin das erstinstanzliche Verfahren bereits vollumfänglich abgeschlossen (und fachjuristische Kritik an noch nicht rechtskräftigen Judikaten ist auch in Deutschland nichts Ungewöhnliches, will man doch sogar im Einzelfall auf eine folgende Rechtskontrolle mit seinen Einwänden einwirken). Dazu kommt, dass eine – möglicherweise unziemliche – Beeinflussung der Justiz durch die Fachpresse kaum denkbar erscheint, solange in deutschen Fachzeitschriften publiziert wird.

Trotzdem konnte ich nur zwei Veröffentlichungen feststellen – und beide eher am Rande der gängigen Fachpublikationen. So äußerte sich *Kai Peters*, ein Berliner Strafverteidiger, in der „Legal Tribune Online“<sup>16</sup>, während der Regensburger Kollege *Henning Ernst Müller* bereits kurz nach der Verhaftung Assanges als Experte in einem juristischen Blog des Beck-Verlags Stellung bezogen hat.<sup>17</sup> Beide Beiträge sind mithin nur im Internet zugänglich und verzichten gänzlich auf Fußnoten etc.; schließlich sind beide Beiträge zu einem recht frühen Zeitpunkt veröffentlicht worden, so dass es in den letzten Monaten (verdächtig?) ruhig, gar „totenstill“ um den Fall Assange in der deutschen Rechtswissenschaft geworden ist. Ich wage hier zu behaupten, dass dies vielleicht auch mit dem Umstand zusammenhängen könnte, dass es sich letztlich doch um einen relativ klaren Fall handeln könnte, bei dem die oben nur skizzenhaft angedeuteten überaus komplizierten Fragen rund um Wikileaks und dessen Mitarbeiter/innen letztlich keine Rolle spielen und – jedenfalls aus juristischer Sicht – auch für Verschwörungstheorien – wie sie gerade mit Blick auf eine gemutmaßte Einbeziehung der USA ja auch schon

<sup>12</sup> Vgl. dazu nur *Timo Schmucker*, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, ZJS 2011, S. 30–37.

<sup>13</sup> Vgl. das Interview von *Michael Hanfeld* mit den Chefredakteuren des „Spiegel“ in: *edition suhrkamp* (Hg.), Wikileaks und die Folgen, 2011, S. 111–117.

<sup>14</sup> Vgl. dazu in *edition suhrkamp* (Hg.), Wikileaks und die Folgen, 2011, die Beiträge von *Wolfgang Ischinger* (S. 155–163), *Volker Perthes* (S. 164–174) und *John C. Kornblum* (S. 175–192), sowie *Daniel Domscheit-Berg*, Inside WikiLeaks, 2011, S. 255 ff.

<sup>15</sup> *Marcel Rosenbach/Holger Stark*, Staatsfeind WikiLeaks, 2011; *Daniel Domscheit-Berg*, Inside WikiLeaks, 2011; *edition suhrkamp* (Hg.), WikiLeaks und die Folgen, 2011.

<sup>16</sup> *Kai Peters*, Wohin die Reise gehen kann, in: Legal Tribune Online vom 10.12.2011, [www.lto.de/index.php/de/html/nachrichten/2130/wohin-die-reise-gehen-kann/](http://www.lto.de/index.php/de/html/nachrichten/2130/wohin-die-reise-gehen-kann/) (30.09.2011).

<sup>17</sup> *Henning Ernst Müller*, Europäischer Haftbefehl – Missbrauch im Fall Assange? (mit Update vom 09.12. und 10.12.2010), <http://blog.beck.de/2010/12/08/europaeischer-haftbefehl-missbrauch-im-fall-assange-mit-updates-912-und-1012> (30.09.2011).

zu den Terroranschlägen vom 11.09.2001 populär geworden sind<sup>18</sup> – eigentlich kein Raum bleibt.<sup>19</sup>

So seltsam dies in den Ohren von Wikileaks-Unterstützer/innen klingen mag: Vielleicht ist Assange vor gut einem Jahr in Schweden schlicht zu einem gewöhnlichen Kriminellen (nach dortigem Recht) geworden, dem – was schon der Gleichheitsgrundsatz (vgl. Art. 3 I GG) in Verbindung mit dem Legalitätsprinzip<sup>20</sup> eigentlich gebietet – ohne Ansehen seiner Person (und damit seiner Prominenz wie auch seiner Verdienste z. B. um die Informationsfreiheit oder die Aufdeckung politischer Skandale) endlich am Tatortgericht der Prozess gemacht werden soll.

#### IV. Zum Fall

Nach diesen Vorreden möchte ich mich nun dem Kern meines Beitrags zuwenden, dem gegen Julian Assange im November 2010 ausgestellten Europäischen Haftbefehl.<sup>21</sup> Anfangen möchte ich mit einer kurzen Darstellung des Sachverhalts, soweit er mir aus allgemeinen Medien bekannt geworden ist. Selbst wenn sich aber später herausstellen sollte, dass die Öffentlichkeit (und damit auch die Rechtswissenschaft) von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen sein sollte, wäre dies für eine fachjuristische Bewertung nicht schlecht, denn deren Ausgangspunkt könnte ja sogar ein fiktiver Fall sein (dann wäre es eben nur nicht mehr der derzeit in London anhängige „Case Julian Assange“).

Zum Fall Assange: Im Zuge einer Vortragsreise nach Schweden soll – so ist zu lesen – der damalige Wikileaks-Sprecher Julian Assange mit zwei schwedischen Frauen zunächst einvernehmlich den Geschlechtsverkehr ausgeübt haben. Dabei soll er entgegen der Erwartung der beiden Frauen jeweils auf ein Kondom verzichtet haben. Deswegen gingen beide Frauen zur Polizei. Nachdem ein erstes Strafverfahren wegen des Vorwurfs der Vergewaltigung nach schwedischem Strafrecht alsbald aufgegeben worden war, wurde es später doch durch die zuständige Staatsanwaltschaft wieder aufgegriffen. Auf Antrag

<sup>18</sup> Vgl. nur die Thesen hierzu von *Andreas von Bülow*, Die CIA und der 11. September. Internationaler Terror und die Rolle der Geheimdienste, 2003, und *Mathias Bröckers*, Verschwörungen, Verschwörungstheorien und die Geheimnisse des 11.9., 2002.

<sup>19</sup> Solche werden allerdings nahe gelegt, wenn der bekannte US-amerikanische Juraprofessor und Staranwalt *Alan Dershowitz* wegen möglicher „amerikanischer Aspekte“ in das Verteidigungsteam von Assange einbezogen wird (vgl. das Interview mit *Alan Dershowitz*, in: *Der Spiegel*, 8/2011, S. 89).

<sup>20</sup> Dazu *Mark Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006.

<sup>21</sup> Zu diesem Institut aus Sicht der deutschen Rechtspraxis *Eckhart von Bubnoff*, Der Europäische Haftbefehl, 2005; *Klaus Michael Böhm/Michael Rosenthal*, in: *Ahlbrecht u. a. (Hg.)*, Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008, Rn. 742 ff.; *Wolfgang Schomburg/Otto Lagodny/Sabine Gleß/Thomas Hackner*, Das 2. Europäische Haftbefehlsgesetz, *NStZ* 2006, S. 663–669.

der Staatsanwaltschaft Göteborg erließ das dortige Strafgericht zunächst wohl einen Internationalen Haftbefehl. Als dann klar wurde, dass sich Julian Assange in Großbritannien und damit innerhalb der Europäischen Union aufhielt, erging ein Europäischer Haftbefehl. Dieser führte – nach Korrektur ursprünglicher Formfehler – schließlich im Dezember 2010 zur Festnahme von Assange durch die englische Polizei, seiner Freilassung gegen eine hohe Kautions und unter strikten Auflagen sowie im Januar 2011 zu einer Anhörung vor dem zuständigen Londoner Gericht und am 26.02.2011 zu dessen Entscheidung, dass aufgrund des Europäischen Haftbefehls Julian Assange an Schweden überstellt werden muss. Bekanntlich hat Julian Assange dagegen – nach englischem Recht zulässig – Rechtsmittel eingelegt, über welches derzeit vor dem High Court in London verhandelt wird.

#### V. Zur Diskussion

##### 1. Diskussionspunkte

Nachdem die erwähnten ursprünglichen formalen Mängel des Europäischen Haftbefehls schnell beseitigt worden sind, entzündet sich eine Diskussion derzeit vor allem an den folgenden Aspekten, auf die sogleich näher einzugehen sein wird:

– Ist es für einen Europäischen Haftbefehl zur Verfolgung erforderlich, dass bereits Anklage im Ausstellungsmitgliedstaat erhoben worden ist?

– Spielt es eine Rolle, ob das Verhalten nur in Schweden und nicht auch in Großbritannien als Vergewaltigung strafbar ist? Kommt es für die Frage, ob das Verhalten nach schwedischem Strafrecht als Vergewaltigung strafbar ist, auf das schwedische Strafrecht oder auch auf dessen richterliche Interpretation an?

– Kann es eine Rolle spielen, dass im Europäischen Haftbefehl die Straftat wohl „nur“ als Vergewaltigung in einem minderschweren Fall („minor rape“) ausgewiesen ist?

– Könnte Schweden Assange ohne weiteres an die USA weiterausliefern? Ja, könnte ihm dort gar die Todesstrafe drohen?

– Schließlich (und für viele hauptsächlich): Gibt es eine europarechtliche Pflicht zur Auslieferung in einen anderen EU-Mitgliedstaat auch dann, wenn ein Missbrauch dieses Instituts jedenfalls nicht definitiv ausgeschlossen zu sein scheint?

## 2. Anmerkungen und Antworten

### a) Europäischer Haftbefehl vor Fertigstellung der Anklage?

Art. 1 I Rb unterscheidet zwei Arten eines Europäischen Haftbefehls, einerseits zur Strafverfolgung, andererseits zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung. Mit Blick auf Assange kommt nur ersterer in Betracht, doch wurde in dem Verfahren in London diskutiert, ob eine Strafverfolgung nur angenommen werden kann, wenn bereits im Ausstellungsmitgliedstaat – d. h. hier in Schweden – eine Anklage gegen den Auszuliefernden vorliegt. In Schweden ist nämlich gegen Assange zwar schon ermittelt worden; zu einer Anklageerhebung kam es aber (wohl) noch nicht. Vielmehr soll Assange nach seiner Überstellung zunächst in Schweden vernommen und erst danach gegebenenfalls Anklage erhoben werden.

Fest steht zunächst, dass Ziel des eingereichten Europäischen Haftbefehls eine Strafverfolgung von Julian Assange in Schweden sein muss. Weder wäre es zulässig, ihn allein zum Zwecke einer Zeugenvernehmung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls nach Schweden ausliefern zu lassen, noch könnte das Ziel – nimmt man die europarechtlichen Vorgaben ernst – eine sofortige weitere Auslieferung an einen Drittstaat (innerhalb oder außerhalb der EU, zur Frage einer Auslieferung an die USA siehe unten) sein. Denn mit dem Antrag auf einen Europäischen Haftbefehl zum Zwecke der Strafverfolgung gibt der Ausstellungsmitgliedstaat gegenüber dem Vollstreckungsmitgliedstaat – hier: Großbritannien – eindeutig und unmissverständlich zu erkennen, dass *seine* Justiz die genannte Person strafrechtlich verfolgen möchte.

Da der Rb aber nirgends ausdrücklich verlangt, dass ein Europäischer Haftbefehl zur Strafverfolgung nur ausgeführt werden muss, wenn bereits im Ausstellungsmitgliedstaat eine Anklage vorliegt, spricht jedenfalls der Wortlaut nicht für ein solches Erfordernis. Dagegen spricht auch die allgemeine Formulierung „Strafverfolgung“, denn eine solche beginnt regelmäßig nicht erst mit der Erhebung einer Anklage. So wird man von einer Maßnahme der Strafverfolgung sicherlich auch sprechen können (ja, wohl sogar müssen), wenn jemand in Untersuchungshaft genommen oder als Beschuldigter vernommen wird, obwohl beide Akte keinesfalls das Vorliegen einer Anklage erfordern.

Gerade mit Blick auf das deutsche Strafverfahrensrecht – das ja auch mit einem Europäischen Haftbefehl kompatibel sein muss – wird dies deutlich, verlangt doch § 163 I StPO, dass der Beschuldigte spätestens vor Abschluss der Ermittlungen zu vernehmen ist, während eine Anklageerhebung voraussetzt, dass zuvor der Abschluss der Ermittlungen vermerkt ist (§ 169a StPO). Solange der Be-

schuldigte nicht vernommen werden konnte, kann dies nicht vermerkt sein und damit nicht im Sinne von § 170 I StPO gegen ihn Anklage erhoben werden. Die Pflicht zur Vernehmung vor Anklageerhebung dient dabei dem Angeklagten, der – frei nach dem tradierten Grundsatz: *audiatur et altera pars* – rechtliches Gehör vor dem ihn belastenden Akt der Anklageerhebung haben soll. Von der durchaus komplizierten Ausnahme einer Beschuldigtenvernehmung im Ausland und der Sonderkonstellation, dass sich der Beschuldigte erst nach seiner Vernehmung ins EU-Ausland abgesetzt hat, einmal abgesehen, würde daher – zumindest mit Blick auf Deutschland – eine Vielzahl von hier ausgestellten Europäischen Haftbefehlen unbeachtlich sein, schlicht weil mangels Beschuldigtenvernehmung noch keine Anklage hat erhoben werden können. Daher geht es auch an Sinn und Zweck eines Europäischen Haftbefehls zur Strafverfolgung vorbei, wollte man tatsächlich verlangen, dass nicht bloß ein Ermittlungsverfahren gegen den Auszuliefernden, sondern bereits eine Anklage vorliegt. Das Nichtvorliegen einer fertigen Anklage in Schweden kann daher kein Hindernis gegen eine Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls in Großbritannien sein.

### b) Nur in Schweden eine „Vergewaltigung“?

In Art. 2 II Rb ist für einen Katalog von insgesamt 32 Delikten bzw. Deliktgruppen festgelegt, dass bei deren Vorliegen „eine Übergabe aufgrund eines Europäischen Haftbefehls nach Maßgabe dieses Rahmenbeschlusses und ohne Überprüfung der beiderseitigen Strafbarkeit“ erfolgt. Der 28. Spiegelstrich nennt knapp – und auf den ersten Blick eigentlich auch eindeutig – als eine solche Katalogtat „Vergewaltigung“ (bzw. „rape“ in der englischen Fassung des Rahmenbeschlusses); nicht genannt ist dagegen die bloße sexuelle Nötigung („sexual coercion“). Vom Vorliegen einer Vergewaltigung wegen des verweigerten „Safer sex“ nach schwedischem Recht gehen offenkundig die schwedischen Justizbehörden aus; deswegen hat die zuständige Staatsanwaltschaft den Europäischen Haftbefehl beantragt und das zuständige schwedische Gericht ihn auch erlassen. Demgegenüber wäre das bloße Nichtbenutzen eines Kondoms nach englischem Strafrecht offenbar nicht als „rape“ zu bestrafen. Allein, darauf kann es im Auslieferungsverfahren vor dem High Court nicht ankommen, denn Art. 2 II Rb bestimmt eindeutig, dass es auf die Ausgestaltung im (Straf-)Recht des Ausstellungsmitgliedstaates – hier also Schweden – ankommt. Dass das Recht des Vollstreckungsmitgliedstaates insoweit außen vor bleiben muss, macht ja auch der Verzicht auf die beiderseitige Strafbarkeit deutlich wie auch der Umstand, dass es für einzelne der Katalogtaten nicht einmal in allen EU-Mitgliedstaaten passende Strafvorschriften gibt (so gibt es etwa in Deutschland kein echtes Pendant zur „Sabotage“, der im letzten Spiegelstrich genannten Straftat). Schließlich spricht auch systematisch alles für eine Beschränkung

allein auf den Ausstellungsmittgliedstaat, denn nur an einer einzigen Stelle spricht der Rb von einer Beachtlichkeit des Strafrechts des Vollstreckungsmittgliedstaates: nach Art. 3 Nr. 3 Rb muss nämlich die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls abgelehnt werden, wenn der Betreffende nach dem Recht des Vollstreckungsmittgliedstaates noch nicht strafmündig ist (in Deutschland vgl. § 19 StGB).

Die Situation, dass ein und dasselbe Verhalten im Ausstellungsmittgliedstaat als Vergewaltigung strafbar ist, im Vollstreckungsmittgliedstaat dagegen nicht, ist vor allem deutschen Jurist/innen – theoretisch – wohlbekannt, denn genau über diesen (damals Lehrbuch-)Fall diskutierte auch das Bundesverfassungsgericht im Frühjahr 2005 vor seiner Entscheidung über den Europäischen Haftbefehl vom 18.07.2005.<sup>22</sup> In Anschluss an entsprechende Erwägungen von *Bernd Schünemann* wurde nämlich problematisiert, ob Deutschland einen in den Niederlanden wegen Vergewaltigung erlassenen Europäischen Haftbefehl vollstrecken müsste, dem der Vorwurf eines erzwungenen Zungenkusses zugrunde liegt. Trotz ähnlicher Gesetzesfassung wird dieses Verhalten – davon ging man jedenfalls vor dem Bundesverfassungsgericht aus – in der niederländischen Strafrechtsprechung als Vergewaltigung angesehen, während es nach der Rechtsprechung deutscher Gerichte „nur“ eine sexuelle Nötigung im Sinne von § 177 I StGB darstellt.<sup>23</sup>

Gerade vor dem Hintergrund solcher „asymmetrischer“ Szenarien wurde und wird immer wieder angemerkt, der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung in Strafsachen (dazu Art. 67, 82 AEUV) und insbesondere – als dessen erste Ausprägung – der Europäische Haftbefehl beförderten eine problematische Tendenz zum „punitivsten

22 BVerfG vom 18.07.2005, BVerfGE 113, 273–348; dazu *Michael Böhm*, Das Europäische Haftbefehlsgesetz und seine rechtsstaatlichen Mängel, NJW 2005, S. 2588–2590; *Jens Bosbach*, Nichtigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes, NSTz 2006, S. 104–106; *Ulf Buermeyer*, Grundrechtsschutz in Deutschland und Europa, HRRS 2005, S. 273–283; *Tonio Gas*, Die Verfassungswidrigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes, EuR 2006, S. 285–298; *Ulrich Hufeld*, Der Europäische Haftbefehl vor dem BVerfG, JuS 2005, S. 865–871; *Jürgen Jekewitz*, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, GA 2005, S. 625–638; *Thomas Klink/Alexander Proelß*, Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte bei Umsetzungsakten von Rahmenbeschlüssen der Europäischen Union, DÖV 2006, S. 469–474; *Lothar Knopp*, Bundesverfassungsgericht contra EU-Haftbefehl, JR 2005, S. 448–453; *Otto Lagodny*, Eckpunkte für die zukünftige Ausgestaltung des deutschen Auslieferungsverfahrens, StV 2005, S. 515–519; *Otfried Ranft*, Die Verfassungswidrigkeit des (deutschen) Europäischen Haftbefehlsgesetzes, wistra 2005, S. 361–368; *Bernd Schünemann*, Die Entscheidung des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl, StV 2005, S. 681–685; *Claudia Stachel*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 2005-07-18, VR 2005, S. 394–396; *Christian Tomuschat*, Ungereimtes – zum Urteil des BVerfG vom 18. Juli 2005, EuGRZ 2005, S. 453–460; *Joachim Vogel*, Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht, JZ 2005, S. 801–809; *Martin Wasmeier*, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, ZEuS 2006, S. 23–39. Vgl. auch *Martin Heger*, Der europäische Haftbefehl, ZIS 2007, S. 221–225.

23 BGH vom 08.02.2006, NSTz-RR 2007, 12–14.

Staat“.<sup>24</sup> Dieser Vorhalt ist als solcher nicht unberechtigt, denn wenn der erzwungene Zungenkuss in Deutschland stattgefunden hätte, könnten deutsche Behörden – anders als die der Niederlande – nicht einen Europäischen Haftbefehl wegen Vergewaltigung ausstellen. (Wohl aber wegen sexueller Nötigung, doch handelt es sich dabei eben nicht um eine Katalogtat im Sinne von Art. 2 II Rb, weshalb die beiderseitige Strafbarkeit geprüft werden müsste.) Allerdings ist es m. E. verfehlt, daraus ein Problem zu konstruieren;<sup>25</sup> vielmehr handelt es sich bei dem Europäischen Haftbefehl nur um eine Reaktion auf ein strukturell grenzenloses EU-Europa, in dem – deckungsgleich zum Binnenmarkt – in den letzten beiden Jahrzehnten (beginnend mit Schengen und Maastricht) ein „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“<sup>26</sup> etabliert worden ist. Dieser Binnenrechtsraum gibt allen EU-Bürger/innen jahrhundertlang ungekannte Freiheiten, ermöglicht aber auch nach der Begehung von Straftaten in einem EU-Mittgliedstaat (gemessen an dessen Strafrechtsordnung) eine ungehinderte Flucht z. B. in den Heimatstaat.<sup>27</sup> Würde man nun die Rechtshilfe (z. B. Auslieferung) „nach alter Väter Sitte“ davon abhängig machen, ob das Verhalten auch im Heimatstaat strafbar ist, könnten sich dessen Staatsangehörige unter Umständen frei fühlen, in dem anderen (Tatort-)Staat Straftaten zu verüben im Vertrauen darauf, nach einem ungehinderten Grenzübertritt vor Strafverfolgung gefeit zu sein.

Wenn aber nach Art. 2 II Rb allein schwedisches Strafrecht maßgeblich sein kann für die Frage, ob eine Vergewaltigung vorliegt oder nicht, ist damit noch nicht definitiv gesagt, welches Gericht mit Blick auf die Entscheidung über die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls letztverbindlich entscheiden kann, ob – nach schwedischem Recht – eine Vergewaltigung vorliegt. Man könnte nämlich auch erwägen, dass die Gerichte des Vollstreckungsmittgliedstaates (hier der High Court) überprüfen können, ob nach dem Recht des

24 So *Bernd Schünemann*, Europäischer Haftbefehl und der EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene, ZRP 2003, 185 (187f.); *Sabine Gleß*, RB-EU-Hb, in: Schomburg u. a. (Hg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. 2006, III A d, Rn. 4. – Allgemein zum Begriff der Punitivität vgl. die Examenshausharbeit von *Bastian Alm* in der ersten Ausgabe der „Hamburger Rechtsnotizen“.

25 Vgl. auch *Joachim Vogel*, Licht und Schatten im Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, ZStW 116 (2004), 400 (411), und *Nathalie Kotzurek*, Gegenseitige Anerkennung und Schutzgarantien bei der Europäischen Beweisanordnung, ZIS 2006, 123 (126), die dem Einwand, der Verzicht beiderseitiger Strafbarkeit in diesen Rechtsakten begünstige den punitivsten Staat (so *Bernd Schünemann*, ZRP 2003, 185 [187f.]), entgegenhalten, dass nur demjenigen Mitgliedstaat, der seine Strafverfolgung begründet hat, bei deren Durchsetzung durch Zurverfügungstellung von Beweismitteln geholfen wird, auf die er keinen territorialen Zugriff hat.

26 Dazu grundlegend *Martin Kraus-Vonjahn*, Der Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, 2002.

27 Vgl. *Martin Heger*, Europäische Beweissicherung – Perspektiven der strafrechtlichen Zusammenarbeit in Europa, ZIS 2007, 547 (548ff.); *ders.*, Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon, ZIS 2009, 406 (408).

Ausstellungsmitgliedstaates überhaupt die im Europäischen Haftbefehl geltend gemachte Strafbarkeit gegeben ist. Nationale Strafgerichte wenden nicht stets nur das heimische Strafrecht an – man denke nur an die für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts gemäß § 7 StGB maßgebliche und damit von deutschen Gerichten auch zu prüfende Frage der Strafbarkeit nach ausländischem (Tatort-)Recht.

Im Fall Assange hat es bei unbefangener Lektüre der englischen Übersetzung für unbefangene deutsche (und vielleicht auch englische) Jurist/innen durchaus den (ersten) Anschein, dass der schwedische Vergewaltigungstatbestand das Verhalten möglicherweise gar nicht erfasst.

„Vergewaltigung“ („Rape“) ist definiert in „Section 1“ des „Chapter On Sexual Crimes“ des Schwedischen Strafgesetzbuches wie folgt:<sup>28</sup>

*„A person who by violence or threat which involves, or appears to the threatened person as imminent danger, forces another person to have sexual intercourse or to engage in a comparable sexual act, that having regard to the nature of the violation and the circumstances in general, is comparable to enforced sexual intercourse, shall be sentenced for rape to imprisonment for at least two and at most six years. Rendering the person unconscious or otherwise placing the person in a similarly helpless state shall be regarded as equivalent to violence.“*

*If having regard to the nature of the violence or the threat and the circumstances in general, the crime is considered less serious, a sentence to imprisonment for at most four years shall be imposed.“*

Gerade als mit den (Un-)Tiefen des schwedischen Sexualstrafrechts weder dogmatisch noch sprachlich besonders Vertrauter, möchte ich von einer eigenständigen Interpretation dieser – übersetzten – Gesetzesstelle absehen. Darauf kommt es auch nicht an, denn maßgeblich muss allein die Interpretation durch die zuständigen Justizorgane des Ausstellungsmitgliedstaates sein.

Abgesehen von den vielfältigen praktischen Problemen wie der fremden Rechtssprache und einer sicherlich nicht gleichwertigen Fachliteratur zu dem fremden Recht, gibt es bereits einen ganz grundsätzlichen Einwand gegen eine mögliche „Schlüssigkeitsprüfung“ des fremden Strafrechts: Art. 2 II Rb lässt allein das „Recht“ des Ausstellungsmitgliedstaates über das (Nicht-)Vorliegen z. B. einer Vergewaltigung entscheiden. Recht ist aber gemeinhin nicht nur der Gesetzeswortlaut, sondern auch das, was nach den in der jeweiligen Rechts-

ordnung geltenden Auslegungsregeln – natürlich unter Beachtung der menschenrechtlichen Verbürgungen der EMRK – daraus gemacht wird. Ganz deutlich wird dies, wenn man sich vor Augen hält, dass es in den Staaten des Common Law-Rechtskreises (in der EU sind dies neben dem Vereinigten Königreich auch Irland, Malta und Zypern) keinesfalls zwingend ist, dass eine Strafnorm geschrieben ist; Straftatbestände können sich hier vielmehr auch aus Präjudizien (vorausgegangen Urteilen anderer Strafgerichte) ergeben.<sup>29</sup> Wäre „Recht“ in Art. 2 II Rb nun aber gleichzusetzen mit dem in Worte gegossenen Gesetz, hätte man Schwierigkeiten, Katalogtaten in diesem Sinne aufgrund tradierten Gewohnheitsrechts annehmen zu können.

Aber auch für Staaten mit einer Tradition der Verschriftlichung von Strafgesetzen kann nichts anderes gelten. Legen die Gerichte in einem Mitgliedstaat selbst bei identischer Amtssprache eine wortgleiche Norm anders aus als die eines anderen Mitgliedstaates, muss allein die Auslegung der Justizorgane im Ausstellungsmitgliedstaat maßgeblich sein. Das folgt schon daraus, dass je nach nationaler Rechtstradition Strafnormen unterschiedlich gehandhabt werden können; so gilt etwa die Wortlautgrenze „in malam partem“ zwar in Deutschland, trotz ähnlicher Rechtskultur aber nicht in der mehrsprachigen Schweiz,<sup>30</sup> so dass deren Strafrecht im Einzelfall weitergehende Anwendungsmöglichkeiten bietet.

Nach alledem ist es aber m. E. ganz eindeutig: Bejahen die zuständigen Justizorgane des Ausstellungsmitgliedstaates das Vorliegen der innerstaatlichen Tatbestandsvoraussetzungen z. B. einer Vergewaltigung, ist dies für alle anderen EU-Staaten insoweit verbindlich, als sie einen wegen Vergewaltigung erlassenen Europäischen Haftbefehl ohne Prüfung auch nur der Plausibilität einer bestimmten Rechtsansicht vollstrecken müssen. Das stellt Betroffene ja auch nicht schutzlos, ist ihnen doch durch Art. 6 I EMRK im Ausstellungsmitgliedstaat ein faires Verfahren garantiert, in dem sie natürlich auch ihre ggf. abweichenden Rechtsansichten zur Geltung und damit das Strafgericht zum Überdenken seiner bisherigen Interpretation bewegen können. Völlig zu Recht hat daher die erste Instanz in London nicht erwogen, ob die Voraussetzungen einer Vergewaltigung nach schwedischem Strafrecht tatsächlich gegeben sind.

### c) Katalogtat trotz eines nur minder schweren Falles?

In Aussicht steht Julian Assange „nur“ ein Strafverfahren wegen einer „minder schweren Vergewaltigung“ („minor

<sup>29</sup> Vgl. dazu nur *Christoph J. M. Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 283 ff.

<sup>30</sup> Vgl. *Christoph Ringelmann*, Besprechung von Klaus Tiedemann (Hg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, KJ 2003, 373 (376).

<sup>28</sup> Zitiert nach <http://blog.beck.de/2010/12/08/europaeischer-haftbefehl-missbrauch-im-fall-assange-mit-updates-912-und-1012> (30.09.2011).

rape“). Zunächst bleibt es damit freilich eine – wenn gleich wegen der Umstände des Falles nicht so schwer zu bestrafende – Vergewaltigung, so dass weiterhin eine Katalogtat im Sinne von Art. 2 II Rb gegeben ist. Allerdings kommt es für den Verzicht auf eine Überprüfung der beiderseitigen Strafbarkeit weiterhin darauf an, dass eine Mindesthöchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen ist. Da für den „minor rape“ das schwedische Strafrecht eine Höchststrafe von vier Jahren Gefängnis vorsieht, ist diese Voraussetzung jedoch erfüllt.

Es bleibt freilich – wiederum mit Blick auf das deutsche Strafrecht – die Erkenntnis, dass teilweise allein die begriffliche Benennung einer Straftat für die Anwendbarkeit eines Europäischen Haftbefehls maßgeblich sein kann. Betrachtet man nämlich die deutsche Regelung in § 177 StGB, ist nur dessen Abs. 2 Nr. 1 mit „Vergewaltigung“ titulierte; der Grundtatbestand der sexuellen Nötigung gemäß § 177 I StGB wäre dagegen keine Katalogtat im Sinne von Art. 2 II Rb. Da aber seit 1997 die Vergewaltigung „nur“ noch als – mittels Regelbeispieltechnik strukturierter – besonders schwerer Fall einer sexuellen Nötigung daher kommt, kann es nach der Systematik einen minder schweren Fall einer Vergewaltigung eigentlich nicht mehr ohne weiteres geben. Sind die Voraussetzungen des § 177 II StGB trotz des Vorliegens eines Regelbeispiels in concreto zu verneinen, entfällt die Strafschärfung gemäß § 177 II StGB, so dass es bei einer Strafe nach § 177 I StGB bleiben muss. Allerdings lässt der BGH hier eine Tenorierung wegen „Vergewaltigung“ zu.<sup>31</sup>

#### d) Gefahr einer weiteren Auslieferung an die USA?

Immer wieder wird die Vermutung laut, Schweden wollte eine Auslieferung von Julian Assange nur zu dem Zweck, um ihn unverzüglich an die USA auszuliefern. Dass viele US-Amerikaner/innen den Australier Julian Assange gerne vor Gericht stellen würden, lässt sich zumindest annehmen; schwieriger mag schon die Suche nach einer einschlägigen Strafnorm sein,<sup>32</sup> doch scheinen ja einige der Auffassung, der *Espionage Act* of 1917 – erlassen kurz nach dem Eintritt der USA in der ersten Weltkrieg – könnte eine geeignete Grundlage für ein Strafverfahren sein.<sup>33</sup> Hierauf möchte ich schon deshalb nicht näher eingehen, weil ich nicht erkennen kann, aus welchen rechtlichen Gründen Schweden von der Verfolgung „seiner“ Straftat absehen sollte.

<sup>31</sup> BGH vom 28.06.2000, NStZ-RR 2000, 357; Tatjana Hörnle, in: Lauffhütte u. a. (Hg.), Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2010, § 177 Rn. 213.

<sup>32</sup> Allgemein zum US-Strafrecht Markus Dirk Dubber, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005; Tobias Reinbacher, Das Strafrechtssystem der USA, 2010.

<sup>33</sup> Vgl. Kai Peters, www.lto.de/index.php/de/html/nachrichten/2130/wohin-die-reise-gehen-kann/ (08.09.2011).

Schließlich wird manches Mal laut darüber nachgedacht, dass Assange – sollte er an die USA ausgeliefert und ihm dort der Prozess gemacht werden – möglicherweise die Todesstrafe drohen könnte. Dafür wird auf das Schicksal seines in den USA inhaftierten Helfers, des US-Soldaten Bradley Manning rekurriert,<sup>34</sup> dem in der Tat die Todesstrafe drohen könnte. Sicherlich stellt aber in den meisten Rechtsordnungen die Verletzung eines Dienstgeheimnisses durch einen zur Geheimhaltung verpflichteten Amtsträger eine andere Straftat dar als die Veröffentlichung des Geheimnisses bzw. – erst recht – als das bloße Agieren als Sprecher einer Enthüllungsplattform. Völlig losgelöst von den Details eines möglichen Strafverfahrens gegen Assange in den USA ist aber ganz klar, dass jedenfalls Schweden angesichts der Bestimmung des Art. 19 II GRCh Assange nicht ausliefern dürfte, wenn ihm die konkrete Gefahr des Todes oder einer unmenschlichen Behandlung droht. Bemerkenswert ist, dass die Grundrechte-Charta – und damit auch diese Bestimmung – in Großbritannien von den dortigen Gerichten nicht beachtet werden muss.<sup>35</sup> Schon deshalb – wie auch wegen der traditionell engen atlantischen Bindungen zwischen London und Washington – erscheint es mir reine Phantasie von Verschwörungstheoretikern, dass die Auslieferung aus England nach Schweden Assange – wie er freilich mutmaßt – um sein Leben fürchten lassen müsste. Im Gegenteil wären die rechtlichen Hemmnisse Großbritanniens, Assange an die USA auszuliefern, zumindest aus europarechtlicher Perspektive möglicherweise geringer.

Das wird noch deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass Schweden sich Assange ja mittels eines Europäischen Haftbefehls erst „holen“ müsste, bevor er an die USA weiter ausgeliefert werden könnte. Wäre Großbritannien mit einer Auslieferung Assanges an die USA einverstanden, könnten die englischen Behörden über die dann gegebenenfalls bestehende Konkurrenz zweier Auslieferungsbegehren – Schwedens wie der USA – nach Art. 16 III Rb „unter gebührender Berücksichtigung aller Umstände“ – d. h. aber letztlich relativ frei – entscheiden, welchem von beiden Anträgen sie stattgeben wollen. Schweden könnte danach nicht verhindern, dass Großbritannien den USA den Vorzug geben würde.

Umgekehrt wäre eine Auslieferung von Assange aus Schweden – nachdem er aufgrund eines Europäischen Haftbefehls von Großbritannien nach Schweden überstellt worden wäre – an die USA nicht ohne Zustimmung Großbritanniens möglich, denn in Art. 28 IV 1 Rb ist festgehalten: „Ungeachtet des Abs. 1 [dieser betrifft aber

<sup>34</sup> Zu dessen Verhaftung Daniel Domscheit-Berg, Inside WikiLeaks, 2011, S. 167 ff.

<sup>35</sup> Art. 1 des Protokolls (Nr. 30) über die Anwendbarkeit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich.

die weitere Übergabe an einen anderen EU-Mitgliedstaat, nicht an einen Drittstaat wie die USA] darf eine Person, die aufgrund eines Europäischen Haftbefehls [z. B. an Schweden] übergeben wurde, nicht ohne Zustimmung der zuständigen Behörden des Mitgliedstaats, der die Person übergeben hat [hier Großbritannien], an einen Drittstaat ausgeliefert werden.“

Damit ist klar, dass eine unverzügliche Auslieferung Assanges aus Schweden an die USA ohne oder gar gegen den Willen Großbritanniens nicht möglich ist. Wenn aber Großbritannien mit einem solchen „Umgehungs-geschäft“ einverstanden sein sollte, spricht eigentlich nichts dagegen, gleich die „Abkürzung“ zu wählen und bereits von britischer Seite an die USA auszuliefern. Assange kann in jedem Fall beruhigt sein: Eine Übergabe an Schweden schmälert den Einfluss Großbritanniens auf eine denkbare weitere Auslieferung an die USA nicht, so dass er sich – mit Blick auf eine Strafverfolgung in den USA – keinesfalls schlechter stellt, wenn ein Zwischenstopp in Schweden eingelegt würde.<sup>36</sup>

#### e) Missbrauch des Europäischen Haftbefehls?

Grenze zulässiger Rechtsausübung ist vielfach der Rechtsmissbrauch. Dies ist teilweise kodifiziert, wird aber in anderen Fällen auch schlicht von der Rechtsprechung angenommen. Zwar ist in Art. 1 II Rb die Rede davon, die „Mitgliedstaaten vollstrecken jeden Europäischen Haftbefehl nach dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung und gemäß den Bestimmungen dieses Rahmenbeschlusses“, so dass – nach dem Wortlaut – neben den insbesondere in Art. 3 und 4 Rb niedergelegten Gründen für eine obligatorische oder freiwillige Ablehnung der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, von denen ersichtlich keiner einschlägig ist und worin vor allem auch kein allgemeiner „Missbrauchs-Vorbehalt“ erkennbar ist, kein Platz für eine Ablehnung der Vollstreckung wegen eines denkbaren Missbrauchs besteht. (Ich möchte an dieser Stelle klarstellen, dass ich selbst nicht von einem Missbrauch dieses Instituts durch Schweden ausgehe und dafür auch keinen sinnvollen Anhaltspunkt erkennen kann, möchte aber trotzdem diese Überlegung kurz vertiefen, weil die Argumentation mit dem Missbrauchs-Gedanken wohl nicht nur in Deutschland angesichts der zeitlichen Koinzidenz von Wikileaks-Aktivitäten und Assange-Verfolgung immer wieder virulent ist.<sup>37</sup>)

<sup>36</sup> So auch Kai Peters, [www.lto.de/index.php/de/html/nachrichten/2130/wohin-die-reise-gehen-kann/](http://www.lto.de/index.php/de/html/nachrichten/2130/wohin-die-reise-gehen-kann/) (08.09.2011), der mit den Worten schließt: „Eine Verschwörung mit dem Ziel, Herrn Assange so schnell wie möglich in die USA zu verbringen, erscheint nach alledem eher fernliegend. Wollte man dies anders sehen, so wäre die Verschwörung vor allem eines: Verdammst schlecht vorbereitet.“

<sup>37</sup> Vgl. die Überschrift des Blogs von Henning Ernst Müller: „Europäischer Haftbefehl – Missbrauch im Fall Assange?“, <http://blog.beck.de/2010/12/08/europaeischer-haftbefehl-missbrauch-im-fall-assange-mit-updates-912-und-1012> (30.09.2011). Laut Daniel Domscheit-Berg, Inside WikiLeaks, 2011, S. 214, habe Assange bereits kurz nach Be-

Nun könnte man vielleicht annehmen, dass mit der Einführung eines Rechtsinstituts wie des Europäischen Haftbefehls letztlich immanently der Gedanke verbunden ist, dieses solle nicht missbräuchlich genutzt werden, so dass bei erkennbarem Missbrauch durch einen Mitgliedstaat diesem gegenüber die anderen Mitgliedstaaten entgegen Art. 1 II Rb nicht zur Vollstreckung verpflichtet sind. Allein dieser Grundgedanke verbietet sich bereits von Europarechts wegen, denn – wie in Art. 1 II Rb explizit in Bezug genommen – beruht das Institut des Europäischen Haftbefehls auf dem Grundsatz gegenseitiger Anerkennung in Strafsachen, ja es stellt – ausweislich des 6. Erwägungsgrundes – sogar die „erste konkrete Verwirklichung des vom Europäischen Rat als ‚Eckstein‘ der justiziellen Zusammenarbeit qualifizierten Prinzips der gegenseitigen Anerkennung dar“.<sup>38</sup> Mit dem Vertrag von Lissabon wurde dieses Prinzip zum 01.12.2009 sogar primärrechtlich zu einem Grundprinzip des Europäischen Strafrechts erhoben (Art. 67, 82 AEUV).<sup>39</sup>

Die Durchsetzung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung z. B. mittels des Europäischen Haftbefehls beruht aber notwendig auf dem Gedanken typisierten gegenseitigen Vertrauens. Indem sich die EU-Mitgliedstaaten gegenseitig verpflichten, einen Europäischen Haftbefehl nur aus bestimmten Gründen nicht zu vollstrecken, bringen sie zum Ausdruck, dass sie z. B. in die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens im Ausstellungsmitgliedstaat vertrauen. Dieses Vertrauen ist auch nicht unbegründet, handelt es sich doch bei allen EU-Mitgliedstaaten um demokratische Rechtsstaaten, die obendrein allesamt an die Menschenrechts-Garantien der EMRK und die Rechtsprechung des EGMR gebunden sind.<sup>40</sup>

Daran ändert auch der europäische ordre-public-Vorbehalt in Art. 1 III Rb nichts, wonach der Rahmenbeschluss – und damit die darin enthaltene grundsätzliche Pflicht zur Vollstreckung jedes Europäischen Haftbefehls – „nicht die Pflicht [berührt], die Grundrechte und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie sie in Artikel 6 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegt sind, zu achten“.<sup>41</sup> Zu diesen Rechtsgrundsätzen gehört

kanntwerden der Vorwürfe gegen ihn behauptet, dass es sich um eine „Schmierkampagne des Pentagon“ bzw. eine „Sex-Falle“ gehandelt habe.

<sup>38</sup> Dazu grundlegend Pelopidas Andreou, Gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen in der Europäischen Union, 2009; Martin Böse, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen Strafrechtspflege der EU, in: Momsen/Bloy/Rackow (Hg.), Fragmentarisches Strafrecht, S. 233–250; Sabine Gleß, ZStW 116 (2004), S. 353–367; Bernd Hecker, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 12 Rn. 50 ff.; Markus Juppe, Die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen in Europa, 2007; Sandra Scheuermann, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im geltenden und künftigen Europäischen Strafrecht, 2009.

<sup>39</sup> Dazu Martin Heger, ZIS 2009, 406 (410 f.).

<sup>40</sup> Vgl. Bernd Hecker, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 12 Rn. 38.

<sup>41</sup> Zu den Grundrechtsbindungen der EU nach dem Vertrag von Lissabon vgl. Martin Heger, ZIS 2009, 406 (408 f.).

zwar auch die EMRK, so dass ein Europäischer Haftbefehl nicht etwa dazu führen darf, dass entgegen Art. 6 I EMRK die Ausgelieferten im Ausstellungsmitgliedstaat kein faires Strafverfahren erwartet, doch ist nicht erkennbar, inwieweit die Durchführung eines Strafverfahrens in Schweden wegen des Vorwurfs der Vergewaltigung nach dortigem Recht nicht in Form eines „fair trial“ ablaufen soll.

## VI. Zum Schluss

Nach alledem dürfte daher im Lichte des Europarechts der Europäische Haftbefehl zu vollstrecken sein. Julian Assange müsste von den englischen Behörden an die schwedische Strafjustiz übergeben werden. Und dort erwartet ihn – dessen bin ich vollkommen sicher – eine Anhörung und, sofern sich die Anschuldigungen dadurch nicht entkräften lassen, ein in jeder Hinsicht fairer Strafprozess. Kommt es an dessen Ende zur Verhängung einer Freiheitsstrafe, muss er eben die nächste Zeit – im wahrsten Sinne des Wortes – „hinter schwedischen Gardinen“ zubringen. Keinesfalls steht hingegen zu erwarten, dass Schweden ihn nach der Übergabe aus England unverzüglich an die USA ausliefern wird.

Aus – objektivierter – Sicht auf Julian Assange als vielleicht *der* Ikone der Meinungsfreiheit in der Ära des Internet und damit als wirkmächtigem Vorkämpfer eines für die modernen Demokratien unerlässlichen Grund- und Menschenrechts hätte dieses Szenario einen gravierenden Nachteil:<sup>42</sup> Der Menschenrechtsaktivist stünde als angeklagter, erst recht als verurteilter Sexualverbrecher am Pranger und wäre damit kaum noch geeignet für die Rolle als Held einer jungen Generation.<sup>43</sup> Würde er demgegenüber – evident rechtsmissbräuchlich – ohne faires Verfahren von Schweden an die USA ausgeliefert, geschähe dies eben wegen seines Engagements für dieses elementare Menschenrecht und nicht, weil er das sexuelle Selbstbestimmungsrecht zweier junger Frauen möglicherweise mit Füßen getreten hat. Der Versuch, das Ver-

fahren in England trotz der damit für ihn verbundenen (und jüngst von ihm beklagten) Beschwerden so lange wie möglich in der Schwebe zu halten, dürfte daher vor allem dadurch motiviert sein, dass nur so die Legende von einem Opfer US-amerikanischer Intrigen aufrecht erhalten werden kann. Mit Beginn des Strafverfahrens in Göteborg würde dagegen deutlich, dass die Verschwörungstheorien jeder Grundlage entbehren.

Fragwürdig ist m. E. das Vorgehen der englischen Justiz, denn ein wesentliches gemeinsames Ziel der EU-Mitgliedstaaten bei der Einführung des Europäischen Haftbefehls war die erhebliche Beschleunigung des Auslieferungsverkehrs innerhalb der Europäischen Union. Daher soll gemäß Art. 17 III Rb „eine endgültige Entscheidung über die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls innerhalb von 60 Tagen nach der Festnahme der gesuchten Person erfolgen“; nur in Sonderfällen kann diese Frist um weitere 30 Tage verlängert werden (Art. 17 IV Rb). Kann ein EU-Mitgliedstaat wegen „außergewöhnlicher Umstände“ auch diese (Nach-)Frist nicht einhalten, muss er dies Eurojust melden (Art. 17 VII Rb). Angesichts der Verhaftung Assanges Anfang Dezember 2010 wäre mithin bis spätestens Anfang März eine endgültige Entscheidung fällig gewesen. Bis dahin ist aber erst die erstinstanzliche Entscheidung erfolgt, obwohl die Beteiligten wussten, dass es bei einer Anordnung der Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls ein Rechtsmittel und damit eine erhebliche weitere Verzögerung geben könnte. So gesehen hat sich schon die erste Instanz nicht gerade beeilt; vollends im Schnecken-tempo agiert nun der High Court, denn seit der Anhörung am 12.07.2011 sind inzwischen bereits weitere 60 Tage vergangen. Seit der Verhaftung summiert sich das Verfahren nunmehr auf über neun Monate. Der Rahmenbeschluss lässt offen, ob die justizielle Entscheidung im Vollstreckungsmitgliedstaat mit einem Rechtsmittel angegangen werden kann (so wie hier in England), doch dispensiert diese Möglichkeit jedenfalls nicht per se von der Einhaltung verbindlicher Fristen. Es ist nicht ausgeschlossen, binnen drei Monaten zwei Instanzen zu durchlaufen. Andere Anträge auf Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nehmen auch im Vereinigten Königreich nicht so viel Zeit in Anspruch. So bleibt der durchaus fade Beigeschmack, dass – selbst wenn der High Court aus Rechtsgründen einer Auslieferung schließlich zustimmt – Assange angesichts seiner Prominenz jedenfalls in zeitlicher Hinsicht eine „Sonderbehandlung“ zugestanden worden ist.

<sup>42</sup> Zum Verhältnis von Wikileaks und der Demokratie vgl. die Beiträge in *edition suhrkamp* (Hg.), *Wikileaks und die Folgen*, 2011, von *Christoph Möllers* (S. 193–200), *Rahul Sagar* (S. 201–223) und *Dirk Baecker* (S. 224–234).

<sup>43</sup> Vgl. dazu *Daniel Domscheit-Berg*, *Inside WikiLeaks*, 2011, S. 214 [Mir ist bewusst, dass der Verfasser im Streit mit Assange Wikileaks verlassen hat.]: „Was wirklich zwischen ihnen passiert ist, wissen nur die Frauen und Julian. Fakt für mich war, dass es nun einmal diese Vorwürfe gab. ... Ein Sprecher einer Organisation, gegen den solche Vorwürfe im Raum stehen, beschädigt das Ansehen der Projekte, die er vertritt.“

Michael Duchstein\*

## Der verschuldete, anfängliche, unbehebbarer Sachmangel

Bislang wird für das neue Kaufrecht nahezu einheitlich davon ausgegangen, dass bei anfänglich unbehebbarer Sachmängeln allein die §§ 437 Nr. 3, 311a II BGB greifen. Die §§ 437 Nr. 3, 280 I und III, 283 BGB betreffen lediglich den nachträglich unbehebbarer Mangel. Die vorliegende Untersuchung möchte diese Auffassung widerlegen. Richtigerweise können Käufer/innen auch beim anfänglich unbehebbarer Mangel einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280, 283 BGB haben.

### I. Einleitung

#### 1. Das Problem

Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen ist die Frage, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit Käufer/innen beim anfänglich unbehebbarer Mangel Schadensersatz statt der Leistung fordern können. Das richtet sich danach, ob man den Anspruch auf § 311a II BGB oder auf die §§ 280, 283 BGB stützt. Ein unbehebbarer Sachmangel ist sowohl ein Leistungshindernis im Sinne von § 311a II BGB als auch eine Pflichtverletzung im Sinne von §§ 280, 283 BGB.<sup>1</sup> § 311a II BGB und die §§ 280, 283 BGB unterscheiden sich aber hinsichtlich der Frage, was Verkäufer/innen zu vertreten haben.<sup>2</sup> Bei § 311a II BGB kommt es darauf an, ob die Verkäuferin das Leistungshindernis bei Vertragsschluss kannte oder ihre Unkenntnis zu vertreten hat. Demgegenüber stellen die §§ 280, 283 BGB darauf ab, ob der Verkäufer die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

\* Der Verfasser ist Staatsanwalt und war bis März 2011 akademischer Tutor für Zivilrecht an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> Für § 311a BGB: OLG Düsseldorf vom 09.05.2007 – I-18 U 14/07; *Manfred Löwisch*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2005, § 311a Rn. 5; *Wolfgang Ernst*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 311a Rn. 76; vgl. auch *Peter Gröschler*, Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel nach neuem Kaufrecht, NJW 2005, S. 1601 (1603). Für § 283 BGB: *Wolfgang Ernst*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 283 Rn. 4; *Hannes Unberath*, in: BeckOK-BGB, Edition 17, Stand: Mai 2010, § 283 Rn. 3; differenzierend: *Christian Hofmann/Sebastian Pammler*, Die Rechte des Käufers vor Übergabe bei unbehebbarer Mangel des Kaufgegenstandes, ZGS 2004, S. 91–95.

<sup>2</sup> *Wolfgang Ernst*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 311a Rn. 78; *Peter Tettinger*, Anfänglich oder nachträglich? Das zwischen Angebot und Vertragsschluss eintretende Leistungshindernis, ZGS 2006, S. 452–456; *Horst Ehmann/Holger Sutschet*, Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen – Verschuldens- und/oder Garantiehaftung?, JZ 2004, S. 62 (67); *Stephan Lorenz*, Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht – Was hat der Verkäufer zu vertreten?, NJW 2002, S. 2497 (2502), nennt diese Unterscheidung „praktisch von eminenter Bedeutung“. *Christian Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 311a Rn. 2, erlaubt dem Gericht offenzulassen, ob es den Anspruch auf § 311a II BGB oder auf § 280 BGB stützt. Damit meint er wohl den Fall, dass der Schuldner die Unmöglichkeit sowohl zu vertreten hat als auch kennen muss; wie *Christian Grüneberg* auch *Johann Kindl*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 311a Rn. 1.

„Unkenntnis zu vertreten“ bei § 311a II BGB bedeutet für den gesetzlichen Regelfall begrifflich das gleiche wie „kennen müssen“ in § 122 II BGB.<sup>3</sup> Denn beide Vorschriften knüpfen an die Unkenntnis an. Außerdem verweisen beide auf die Definition der Fahrlässigkeit in § 276 II BGB.<sup>4</sup> Es muss bereits jetzt betont werden, dass den Verkäufer im Rahmen von § 311a II BGB keinesfalls immer ein Fahrlässigkeitsvorwurf trifft. Er ist nämlich grundsätzlich nicht verpflichtet, die Kaufsache vor Vertragsschluss zu untersuchen.<sup>5</sup> Was die Verkäuferin im Rahmen von §§ 280, 283 BGB zu vertreten hat, richtet sich nach § 276 I BGB. Danach hat sie grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Anknüpfungspunkt für dieses Vertretenmüssen ist nach richtiger Auffassung, ob der Verkäufer die Unmöglichkeit der Nacherfüllung, also die Unbehebbarkeit verursacht hat.<sup>6</sup> Dem gleich steht der Fall, dass ein Erfüllungsgehilfe der Verkäuferin nach § 278 BGB die Unbehebbarkeit verursacht hat. Ob der Verkäufer die Unbehebbarkeit verursacht hat, ist etwas anderes, als ob er die Unbehebbarkeit kennen muss.<sup>7</sup>

Nach bisher h. M. ist § 311a II BGB für den anfänglich unbehebbarer Mangel gegenüber den §§ 280, 283 BGB *lex specialis*.<sup>8</sup> Er entfalte eine Sperrwirkung. Das ist relevant, wenn Verkäufer/innen die Unbehebbarkeit nicht kennen und auch nicht kennen müssen. Dann kann nach dieser Auffassung nicht darauf abgestellt werden, ob sie die Unbehebbarkeit zu vertreten haben. Für die §§ 280,

<sup>3</sup> Der besseren Verständlichkeit halber wird im Folgenden von „kennen müssen“ gesprochen.

<sup>4</sup> Brandenburgisches Oberlandesgericht vom 18.01.2007 – 12 U 117/06; für § 311a II BGB: *Manfred Löwisch*, in: Staudinger, BGB, Neub. 2005, § 311a Rn. 43.

<sup>5</sup> BGH vom 25.09.1968 – VIII ZR 108/66; *Christian Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 280 Rn. 19; *Christian Berger*, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 437 Rn. 22; *Horst Ehmann/Holger Sutschet*, JZ 2004, S. 62 (71).

<sup>6</sup> *Wolfgang Ernst*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 283 Rn. 6.

<sup>7</sup> *Stefan Tetenberg*, Der Bezugspunkt des Vertretenmüssens beim Schadensersatz statt der Leistung, JA 2009, S. 1–6.

<sup>8</sup> BGH vom 22.06.2005 – VIII ZR 281/04; OLG Karlsruhe vom 14.09.2004 – 8 U 97/04; LG Düsseldorf vom 19.11.2007 – 12 O 18/07; *Wolfgang Ernst*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 283 Rn. 3; *Hannes Unberath*, in: BeckOK-BGB, Edition 17, Stand: Mai 2010, § 283 Rn. 5; *Astrid Stadler*, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 283 Rn. 2; *Reiner Schulze*, in: Schulze/Dörner/Ebert, BGB, 6. Aufl. 2009, § 283 Rn. 1; *Stephan Lorenz*, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, S. 1889 (1891); *ders.*, Grundwissen – Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB), JuS 2008, S. 203 (206); *Andreas Penner/Veronika Gärtner*, Unmöglichkeit nach Angebotsabgabe, JA 2003, S. 940 (944). Korrekt wäre ohnehin, allenfalls von einem Überschneidungsverhältnis zu sprechen, näher *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, S. 97; *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 465.

283 BGB bleibt nach bislang h. M. nur der Fall, dass ein Mangel erst nach Vertragsschluss unbehebbar wird.

Beispiel 1: Die K kauft im Laden des V ein in Folie verpacktes Hemd (Gattungsschuld). Es befinden sich noch zwei weitere, identische Hemden in ihrer Größe im Regal. Zu Hause entfernt K die Schutzfolie. Sie erkennt, dass das Hemd an der Rückenseite einen großen, nicht zu entfernenden Fleck hat. Nach zwei Wochen geht sie zu V. Sie fordert ihn auf, ein neues, identisches Hemd zu liefern. V hat jedoch die letzten beiden Exemplare an ihm nicht näher bekannte Personen verkauft. Das Hemd wird nicht mehr produziert. Es ist auch sonst nicht mehr im Handel erhältlich. Hier ist der Anwendungsbereich der §§ 280, 283 BGB eröffnet.

Beispiel 2: Der K sieht im Regal im Laden der V in Folie verpackte Hemden. Insgesamt befinden sich drei identische Hemden in seiner Größe in dem Regal. Ein Verkäufer hebt für K eines der Hemden aus dem Regal. Er bringt es zur Kasse. K bezahlt das Hemd. Er bittet aber den Kassierer, es zurückzulegen. Er werde es später abholen. Als er zwei Stunden später zurückkommt, übergibt ihm der Kassierer das Hemd. K packt es sofort aus. Wiederum sieht er einen nicht entfernenden Fleck. Er verlangt zunächst Ersatzlieferung. Es ergibt sich aber, dass die V vor einer Stunde die letzten beiden im Handel befindlichen Hemden der Serie verkauft hat. Auch hier sind die §§ 280, 283 BGB anwendbar. Es spielt keine Rolle, ob der Fleck bereits im Hemd war, als K an der Kasse den Vertrag schloss.

## 2. Folgen der h. M.

Nach bislang h. M. haftet ein Verkäufer nicht auf Schadensersatz, wenn er bei oder vor Vertragsschluss einen unbehebbarer Mangel fahrlässig verursacht, ohne dies zu wissen oder wissen zu müssen.<sup>9</sup> Zu solchen Konstellationen kommt es vor allem, wenn der Verkäufer den unbehebbarer Mangel herbeiführt, als er sich seiner Leistungsbereitschaft vergewissert.

Beispiel 3: Der V beabsichtigt, ein bebautes Grundstück zu verkaufen. Die K besichtigt das Grundstück. K und V einigen sich über den Kaufpreis. Sie vereinbaren einen Notartermin. Dort wollen sie auch die Zahlungsmodalitäten besprechen. Am Tag des Notartermins will V sich noch einmal vergewissern, ob mit dem Haus alles in Ordnung ist. Er besichtigt alle Räume. Dabei raucht er eine Zigarette. Er wirft sie in einen offenen, gefüllten Papierkorb. Er verlässt das Grundstück. Aufgrund der glimmenden Zigarette fängt der Papierkorb Feuer. Das Feuer erfasst Teile des Gebäudes. Es brennt komplett ab, während V gerade auf dem Weg zum Notar ist. K und V

<sup>9</sup> Kurt Reinking, Abgrenzung von Schadensersatzansprüchen des Kauf- und Werkvertragsrechts mit Blick auf § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB, ZGS 2003, S. 143 (144).

einigen sich vor dem Notar über die Zahlungsmodalitäten. V erfährt vom Brand erst, als der Kaufvertrag schon beurkundet ist. Als die K vom Brand erfährt, erklärt sie V, dass sie nunmehr Schadensersatz verlange. K muss vorübergehend in einer Pension wohnen. Die Mehrkosten verlangt sie von V ersetzt. Außerdem hatte sie schon für das Obergeschoss einen Mieter. Sie verlangt den entgangenen Gewinn.

Hier würde die h. M. einen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280, 283 BGB an der Sperrwirkung des § 311a II BGB scheitern lassen. Dessen Voraussetzungen liegen aber nicht vor. Es fehlt am Verschulden. V hat unmittelbar vor Vertragsabschluss noch einmal geprüft, ob er leistungsfähig ist. Mehr verlangt § 311a II BGB nicht von ihm. Allenfalls ließe sich vertreten, wer einen unbehebbarer Mangel fahrlässig herbeiführt, muss immer um diese Tatsache wissen.<sup>10</sup> Derart weit zieht die h. M. die Pflichten des Schuldners in § 311a II BGB aber zu Recht nicht.<sup>11</sup> Denn im Fall des § 311a II BGB beruht die Haftung nach dem Willen des Reformgesetzgebers darauf, dass der Schuldner sich nicht ausreichend seiner Leistungsmöglichkeit vergewissert hat.<sup>12</sup> Bei fahrlässiger Verursachung eines Mangels die Informationspflichten des Verkäufers zu erweitern, widerspräche auch der Systematik. Denn dann wäre das Verschulden in § 311a II BGB letztlich identisch mit dem in § 280 I 2 BGB. Beide Vorschriften unterscheiden sich aber bei der Verschuldensfrage im Wortlaut. Ein Anspruch aus § 823 I BGB scheidet aus, weil das Grundstück zur Zeit des Feuers noch nicht im Eigentum der Käuferin stand.

Nach h. M. hat die Käuferin hier also keinen Anspruch gegen den Verkäufer auf Schadensersatz statt der Leistung. Die Käuferin kann lediglich nach §§ 437 Nr. 2, 441 BGB den Kaufpreis mindern. Auf sonstigen Schäden bleibt sie aber sitzen. Und das, obwohl der Verkäufer unsorgfältig gehandelt hat, die Käuferin aber nicht. Deshalb soll im Folgenden hinterfragt werden, ob die h. M. das Konkurrenzverhältnis von §§ 280, 283 BGB und § 311a BGB richtig bestimmt (dazu II.) und ob, falls § 283 BGB nicht gesperrt sein sollte, die Käuferin ihren Schaden dann über die §§ 437 Nr. 3, 280, 283 BGB ersetzt bekommt (dazu III.).

## II. Keine Sperrwirkung des § 311a II BGB

### 1. Wortlaut

Der Wortlaut der §§ 280, 283 BGB spricht nicht etwa davon, dass diese Normenkette nur für den Fall der nachträglichen Unmöglichkeit gilt. Im Gegenteil: § 283 BGB verweist ausdrücklich auf § 275 BGB. Die Verweisung

<sup>10</sup> Vgl. Stefan Tetenberg, JA 2009, S. 1–6.

<sup>11</sup> Manfred Löwisch, in: Staudinger, BGB, Neub. 2005, § 311a Rn. 44; Horst Ehmman/Holger Sutschet, JZ 2004, S. 62 (66).

<sup>12</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 164.

wird in keiner Weise eingeschränkt. Demzufolge gilt sie für alle Fälle des § 275 BGB. § 275 I BGB spricht aber davon, dass die Leistung für jedermann unmöglich ist, nicht etwa unmöglich wird. Daher ist es allgemeine Meinung, dass § 275 BGB sowohl die anfängliche als auch die nachträgliche Unmöglichkeit meint.<sup>13</sup> Somit muss auch § 283 BGB für alle Fälle der Unmöglichkeit gelten.

Auch aus der Präsenzform „Braucht“ in § 283 BGB lässt sich keine Beschränkung auf die nachträgliche Unmöglichkeit herleiten. Denn auch bei der anfänglichen Unmöglichkeit brauchen Gläubiger/innen nach § 275 BGB nicht zu leisten. Immerhin hat der Gesetzgeber in § 283 BGB geschrieben: „Braucht der Schuldner nach § 275 nicht zu leisten“. Der Gesetzgeber hat nicht geschrieben: „Braucht der Schuldner nach § 275 nicht mehr zu leisten“.

Der Wortlaut und die Verweisung auf § 275 BGB legen daher nahe, dass die §§ 280, 283 BGB auch für die anfängliche Unmöglichkeit gelten.

## 2. Systematische Auslegung

### a) Stellung im Schuldrecht AT

Sowohl § 311a II BGB als auch § 283 BGB finden sich im Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Für diesen gilt der Grundsatz, dass sich die dort aufgeführten Normen ergänzen. Sie sind prinzipiell nebeneinander anwendbar.<sup>14</sup>

### b) Vergleich mit § 326 V BGB

Dass § 283 BGB auch den anfänglich unbehebbareren Mangel erfasst, ergibt sich auch aus seiner Parallele zu § 326 V BGB. Denn § 326 V BGB erfasst sowohl den anfänglich unbehebbareren, wie auch den nachträglich unbehebbareren Mangel.<sup>15</sup> Und § 326 V BGB nimmt im Rücktrittsrecht die Position ein, die § 283 BGB im Schadensersatzrecht zukommt.

### c) Verhältnis von § 283 zu § 281 BGB

Für die Anwendbarkeit des § 283 BGB auf den anfänglich unbehebbareren Mangel spricht auch das Zusammenspiel von § 281 und § 283 BGB.<sup>16</sup> Beide Normen verweisen wortgleich auf § 280 I BGB. Damit verweisen beide auf die Pflichtverletzung und den Verschuldensbegriff des § 280 I BGB. Im Fall des § 281 BGB ist Pflichtverletzung

aber jeder Fall, in dem der Verkäufer nicht nacherfüllt. § 281 BGB erfasst damit auch den Fall, dass der Verkäufer die Nacherfüllung von Anfang an unmöglich ist, der Käufer dies aber nicht beweisen kann.<sup>17</sup> Die Käuferin muss dem Verkäufer dann eine Frist setzen. § 281 BGB erfasst des Weiteren den Fall, dass der Verkäufer von Anfang an die Nacherfüllung strikt verweigert. Dem Fall des Fristablaufs oder der verweigerten Nacherfüllung entspricht in § 283 BGB die Unmöglichkeit.

## 3. Teleologische Auslegung

### a) Zweck des § 311a II BGB

§ 311a II BGB beruht auf dem Gedanken, dass Schuldner/innen, bevor sie eine Leistung versprechen, prüfen müssen, ob sie imstande sind, zu leisten.<sup>18</sup> Wieso aus dieser Pflicht folgen soll, dass Gläubiger/innen nicht zusätzlich die Pflicht haben sollen, die Möglichkeit einer Nacherfüllung aufrecht zu erhalten, bleibt offen. Immerhin soll § 311a II 1 BGB die Rechte von Gläubiger/innen stärken. § 311a II BGB gibt ihnen einen Anspruch auf das positive Interesse. Nach allgemeinen Grundsätzen (culpa in contrahendo) hätten sie nämlich zumeist nur einen Anspruch auf das negative Interesse.<sup>19</sup> § 311a II BGB will Gläubiger/innen demnach besser stellen. Würde § 311a II BGB Ansprüche aus §§ 280, 283 BGB sperren, würden Käufer/innen gerade in besonders gravierenden Fällen (Mangel bei Vertragsabschluss) weniger geschützt als in den Fällen eines Mangels bei Übergabe. Der Zweck des § 311a II BGB würde in sein Gegenteil verkehrt.

### b) Schutzwürdigkeit von Käufer/innen

Käufer/innen sind schutzwürdig, wenn sie nicht wissen, ob die Unmöglichkeit der Nacherfüllung vor oder nach Vertragsabschluss eingetreten ist, aber feststeht, dass der/die Verkäufer/in sie adäquat kausal verursacht hat.<sup>20</sup> Der zufällige Zeitpunkt der Unmöglichkeit würde darüber entscheiden, welche Rechte Käufer/innen haben. Sekundenbruchteile können maßgebend sein.<sup>21</sup> Beispielsweise kann es sein, dass die Käuferin im obigen Beispiel 3 nicht weiß, ob das Haus fünf Minuten vor oder erst fünf Minuten nach Vertragsschluss abgebrannt ist. Es erscheint willkürlich, dass sich die Haftung des Verkäufers hiernach bestimmen soll. Musste der Verkäufer den unbehebbareren Mangel nicht kennen, hat er ihn aber

<sup>13</sup> Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 275 Rn. 4; Hannes Unberath, in: BeckOK-BGB, Edition 17, Stand: Mai 2010, § 275 Rn. 20; Astrid Stadler, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 275 Rn. 5; so auch die Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 128.

<sup>14</sup> Zu den Ausnahmen: Ernst A. Kramer, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, Einleitung zum Recht der Schuldverhältnisse, Rn. 5.

<sup>15</sup> Wolfgang Ernst, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 326 Rn. 105; Johann Kindl, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 311a Rn. 5; Astrid Stadler, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 326 Rn. 28; Stephan Lorenz, NJW 2002, S. 2497 (2498).

<sup>16</sup> Vgl. Stefan Tetenberg, JA 2009, S. 1 (5).

<sup>17</sup> Stephan Lorenz, NJW 2002, S. 2497 (2498).

<sup>18</sup> Daniel Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, S. 1 (8).

<sup>19</sup> Daniel Zimmer, NJW 2002, S. 1 (8); BT-Drucks. 14/6040, S. 165; zu einem Ausnahmefall siehe BGH vom 02.03.1988, NJW 1988, 2234 (2236).

<sup>20</sup> Horst Ehmman/Holger Sutschet, JZ 2004, S. 62 (68); zur Schlussfolgerung von der Schädigung auf die Pflichtverletzung siehe Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 280 Rn. 37.

<sup>21</sup> Claus-Wilhelm Canaris, Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit nach § 311a Abs. 2 BGB, in: Festschrift für Andreas Heldrich, 2005, S. 11 (20); Johann Kindl, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 311a Rn. 1.

schuldhaft herbeigeführt, bliebe die Käuferin auf ihrem Schaden sitzen. Das erscheint grob unbillig.

#### 4. Historische Auslegung

In der Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz heißt es: „§ 280 I RE<sup>22</sup> soll künftig – von § 311a II RE als Sonderregel für die anfängliche Unmöglichkeit abgesehen – die einzige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz auf Grund eines Vertrags oder eines anderen Schuldverhältnisses sein.“<sup>23</sup> Daraus könnte man ableiten, dass der Gesetzgeber § 311a II BGB gegenüber den §§ 280, 283 BGB als die speziellere Norm angesehen haben wollte. Indessen ist eher unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber den Begriff „Sonderregel“ im Sinne einer *lex specialis* verstanden haben wissen wollte. Immerhin heißt es an anderer Stelle: „Die anfängliche objektive Unmöglichkeit soll künftig als Fall der Leistungsstörung nach den allgemeinen Regeln behandelt werden.“<sup>24</sup> Allgemeine Regeln sind aber die §§ 280, 283 BGB.

Vor allem wäre zu erwarten gewesen, dass ein derartiges Spezialitätsverhältnis in der Gesetzesbegründung an zentraler Stelle festgehalten wird. Das ist aber nicht der Fall. Im Gegenteil – in den Materialien wird der Zweck des § 311a II BGB damit beschrieben, eine gegenüber der c. i. c. gesteigerte Haftung zu schaffen. Das ergibt sich unter anderem daraus, dass der Gesetzgeber § 311a II BGB für Fälle vorgesehen hat, „in denen die Verantwortung des Schuldners allein auf Grund der fehlenden Vergewisserung über seine Leistungsfähigkeit begründet ist.“<sup>25</sup> § 311a II BGB sollte also allenfalls ein Spezialfall der c. i. c. sein, nicht aber die übrigen Mängelgewährleistungsrechte sperren. An anderer Stelle heißt es zwar: „Der Entwurf geht davon aus, dass sich das Pflichtenprogramm des Schuldners vor Vertragsschluss anders gestaltet als nach Vertragsschluss.“<sup>26</sup> Damit wollte der Gesetzgeber aber – wie er ausführte – nur erklären, dass es sich bei § 311a II BGB um eine eigene Anspruchsgrundlage handelt und nicht etwa lediglich um einen Unterfall des allgemeinen Pflichtverletzungstatbestandes des § 280 BGB.<sup>27</sup> Des Weiteren sprechen die Materialien davon, dass Schuldner/innen vor Vertragsschluss „im Wesentlichen“ Informationspflichten treffen.<sup>28</sup> „Im Wesentlichen“ heißt aber nicht ausschließlich.

Die Materialien geben demnach keinen Hinweis darauf, dass sich die Schadensersatzhaftung von Verkäufer/innen für anfänglich unbehebbarer Mängel allein nach § 311a II BGB richten soll.

22 RE bedeutet Regierungsentwurf.

23 BT-Drucks. 14/6040, S. 135.

24 BT-Drucks. 14/6040, S. 165.

25 BT-Drucks. 14/6040, S. 164 (Hervorhebung vom Verfasser).

26 BT-Drucks. 14/6040, S. 165 f.

27 BT-Drucks. 14/6040, S. 166.

28 BT-Drucks. 14/6040, S. 165; so auch *Johann Kindl*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 311a Rn. 5.

### III. Anwendbarkeit von § 283 BGB beim anfänglich unbehebbarer Mangel

§ 311a II BGB und §§ 280, 283 BGB sind mithin nebeneinander anwendbar. Dass § 311a II BGB die §§ 280, 283 BGB nicht sperrt, besagt aber natürlich noch nichts darüber, wann bei einem anfänglich unbehebbarer Mangel die übrigen Voraussetzungen der §§ 280, 283 BGB erfüllt sind.

#### 1. Pflichtverletzung

Es muss eine Pflichtverletzung vorliegen. Man kann argumentieren, Verkäufer/innen hätten vor Vertragsschluss noch keine Leistungspflicht. Dann könne ihnen deren Erfüllung auch nicht schuldhaft unmöglich werden.<sup>29</sup> Das mag zutreffen, wenn es nicht zum Vertragsschluss kommt. Es stimmt aber nicht, wenn die Parteien einen Vertrag schließen. Pflichtverletzung ist im Fall der §§ 437 Nr. 3, 280, 283 BGB nämlich die Unmöglichkeit der Nacherfüllung.<sup>30</sup> Denn der Schadensersatzanspruch tritt an die Stelle des Nacherfüllungsanspruchs.

Die Pflichtverletzung besteht hier also unter zwei Voraussetzungen. Erste ist, dass – die Unmöglichkeit hinweggedacht – der Verkäufer eine Nacherfüllungspflicht hätte.<sup>31</sup> Eine Nacherfüllungspflicht entsteht aber, wenn die Parteien den Kaufvertrag geschlossen haben.<sup>32</sup> Die zweite Voraussetzung ist, dass zu diesem Zeitpunkt die Nacherfüllung unmöglich ist. Das ist beim unbehebbarer Sachmangel der Fall. Beim anfänglich unbehebbarer Sachmangel liegt somit eine Pflichtverletzung im Sinne der §§ 280, 283 BGB vor.

#### 2. Vertretenmüssen

##### a) Ausgangspunkte

Die Verkäuferin muss gemäß § 280 I 2 BGB die Pflichtverletzung zu vertreten haben.<sup>33</sup> Ganz präzise formuliert muss der Schuldner die die Verletzung begründenden Umstände zu vertreten haben.<sup>34</sup> Wann dies der Fall ist, bestimmt § 276 BGB. Prinzipiell haftet die Schuldne-

29 *Reiner Schulze*, in: Schulze/Dörner/Ebert, BGB, 6. Aufl. 2009, § 311a Rn. 6; *Hannes Unberath*, in: BeckOK-BGB, Edition 17, Stand: Mai 2010, § 280 Rn. 11; *Stephan Lorenz*, NJW 2002, S. 2497 (2500); *Timo Fest*, Die Bezugspunkte des Vertretenmüssens im System der §§ 280 ff. BGB, Jura 2005, S. 734–737.

30 *Reiner Schulze*, in: Schulze/Dörner/Ebert, BGB, 6. Aufl. 2009, § 283 Rn. 1; *Timo Fest*, Jura 2005, S. 734–737.

31 Vgl. *Stephan Lorenz*, NJW 2002, S. 2497 (2498).

32 Die Frage, ob der Nacherfüllungsanspruch nicht sogar erst später entsteht, nämlich mit Gefahrübergang, spielt hier keine Rolle.

33 Nachfolgend wird nur der gesetzliche Regelfall des Vertretenmüssens, das Verschulden, behandelt. Zu einem anderen Ergebnis als das hier vertretene kann man kommen, wenn Verkäufer/innen eine Garantie oder ein Beschaffungsrisiko übernommen haben.

34 *Stephan Lorenz*, NJW 2002, S. 2497 (2505, Fn. 33).

rin für Vorsatz und jede einfache Fahrlässigkeit.<sup>35</sup> Nach § 276 II BGB bedeutet Fahrlässigkeit, dass der Schuldner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt missachtet.

### b) Zeitliches Verhältnis von Pflichtverletzung und Verschulden

Es stellt sich die Frage, ob die sorgfaltswidrige Handlung der Pflichtverletzung auch vorangehen kann. Die Haftung nach §§ 280, 283 BGB soll ausgleichen. Schuldner/innen sollen ihren Gläubigern dafür einstehen, dass sie eine Vertragspflicht nicht erfüllen können. Diese Haftung ist nach dem Willen des Gesetzes nur angemessen, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung verschuldet hat. Er soll persönlich und beruflich nicht zu stark eingeschränkt werden.<sup>36</sup> Das Verschuldenselement soll demnach die ansonsten sehr weite Haftung des Schuldners eindämmen. Diese Korrektivfunktion erfüllt das Verschuldenselement bereits, wenn die Verkäuferin nicht für jede Pflichtverletzung haftet. Aus der Korrektivfunktion lässt sich nicht ableiten, dass die das Verschulden begründende Handlung mit der Pflichtverletzung zusammenfallen oder ihr gar nachfolgen muss.<sup>37</sup> Nach Zweck und Wortlaut der §§ 280, 276 BGB spielt es vielmehr keine Rolle, zu welchem Zeitpunkt die Verkäuferin sorgfaltswidrig handelt. Sie kann auch sorgfaltswidrig handeln, bevor die Voraussetzungen der Pflichtverletzung erfüllt sind. Die Sorgfaltswidrigkeit muss sich nur zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung noch auswirken.<sup>38</sup> Im Fall der §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB ist dies etwa anzunehmen, wenn der Verkäufer sich kurz vor Fristablauf betrinkt und dadurch die Nacherfüllung vereitelt.

Für den anfänglich unbehebbar Mangel folgt daraus: Verkäufer/innen handeln schuldhaft, wenn sie die die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstände irgendwann einmal mindestens fahrlässig hervorgerufen haben.<sup>39</sup> Fahrlässig handeln Schuldner/innen, wenn sie den die Pflichtverletzung begründenden Umstand mit zumutbarem Aufwand vorhersehen und vermeiden konnten.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Horst Ehmman/Holger Sutschet, JZ 2004, S. 62 (67) bejahen die Haftung des Verkäufers nach §§ 280, 283 BGB für anfängliche, unbehebbar Mängel, wenn er eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat.

<sup>36</sup> Erwin Deutsch, Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler, NJW 1993, S. 1506 (1507).

<sup>37</sup> Vgl. Hannes Unberath, in: BeckOK-BGB, Edition 17, Stand: Mai 2010, § 280 Rn. 32; Wolfgang Ernst, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 280 Rn. 21; Stefan Tettenberg, JA 2009, S. 1 (6).

<sup>38</sup> Das kann bei der vorübergehenden Unmöglichkeit zu verneinen sein.

<sup>39</sup> Die Situation, dass Verkäufer/innen den Mangel vorsätzlich herbeigeführt haben, wird im Folgenden nicht weiter vertieft. In diesem Fall dürften sie nämlich nahezu immer aus § 311 a II BGB haften.

<sup>40</sup> BGH vom 04.05.1993 – VI ZR 283/92; BGH vom 21.05.1996 – VI ZR 161/95; Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 276 Rn. 8 und 12; Wolfgang Ernst, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 280 Rn. 28 und § 283 Rn. 6; Hannes Unberath, in: BeckOK-BGB, Edition 17, Stand: Mai 2010, § 276 Rn. 8 und 17; Horst Ehmman/Holger Sutschet, JZ 2004, S. 62 (68).

### c) Vorhersehbarkeit und Vermeidungspflicht

Ob die Verkäuferin vorhersehen konnte, dass sie infolge einer unachtsamen Handlung den Kaufgegenstand irreparabel beschädigt, oder die Gattung dem Markt entzieht, ist Tatfrage.<sup>41</sup>

Unterstellt, die Voraussetzung ist gegeben, stellt sich die entscheidende Frage, ob die Verkäuferin die die Unmöglichkeit der Nacherfüllung begründenden Umstände vermeiden konnte und musste. Grundsätzlich müssen Schuldner/innen jede vorhersehbare Verwirklichung eines Haftungstatbestands verhindern.<sup>42</sup> Welche Sicherungsmaßnahmen Schuldner/innen vornehmen müssen, richtet sich aber auch danach, was der Verkehr erwartet und erwarten darf.<sup>43</sup> Ein potentieller Käufer stellt sich ab dem Zeitpunkt der Begründung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses darauf ein, dass der Verkäufer noch bei Vertragsschluss leistungsbereit ist.<sup>44</sup> Das gilt zumindest, wenn der Käufer den Kaufgegenstand bereits in Augenschein genommen und sein Interesse signalisiert hat.

Ist der Verkäufer Kaufmann, lässt sich die Erwartung der Leistungsbereitschaft aus § 347 I HGB herleiten. Aber auch vom privaten Verkäufer erwartet eine Käuferin üblicherweise, dass dieser leistungsbereit bleibt, wenn beide Parteien ein vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinne von § 311 II BGB begründet haben und willentlich fort-dauern lassen. Dann rechnet die Käuferin nämlich damit, dass es zum Vertrag und damit zu einer Leistungspflicht des Verkäufers kommen kann. Man mag natürlich argumentieren, dass eine Käuferin einem Verkäufer redlicherweise ohne nähere Absprache nicht mehr zumuten darf, als sich seiner Leistungsbereitschaft zu vergewissern. Dagegen spricht aber, dass sich der Kaufgegenstand in der Regel in der Sphäre des Verkäufers befindet. Er kann sie sichern, die Käuferin nicht. Es ist einem Verkäufer – sogar im Hinblick auf Art. 14 GG – in der Regel zuzumuten, den Kaufgegenstand unmittelbar vor einem potentiellen Vertragsabschluss sorgfältig zu behandeln.

Immerhin hält die h. M. auch im Fall des § 346 IV BGB den Rückgewährschuldner für verpflichtet, den in seinem Eigentum stehenden Gegenstand sorgfältig zu be-

<sup>41</sup> Die irreparable Beschädigung des Kaufgegenstands und die Vernichtung der Gattung dürften die häufigsten Fälle des unbehebbar Sachmangels sein, die der Verkäufer nicht kennen muss, aber zu vertreten haben kann. Daneben sind natürlich auch zahlreiche weitere Fälle denkbar. Zum Vertretenmüssen von Schuldner/innen bei einer Gattungsschuld siehe Harm Peter Westermann, in: Erman, BGB, 11. Aufl. 2004, § 276 Rn. 19.

<sup>42</sup> Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 276 Rn. 21.

<sup>43</sup> BGH vom 17.10.1989, NJW 1990, 906 (907).

<sup>44</sup> Wolfgang Ernst, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 311a Rn. 36 und Andreas Penner/Veronika Gärtner, JA 2003, S. 940 (945) bejahen ein derartiges Vertrauen ab dem Zeitpunkt, ab dem der Käuferin ein bindendes Angebot des Verkäufers zugegangen ist.

handeln, sobald er den Rücktrittsgrund kennen muss.<sup>45</sup> Die potentielle Rückgewährsituation ähnelt der hier diskutierten. In beiden Fällen besteht bereits ein Schuldverhältnis: Hier das vorvertragliche, dort der Kaufvertrag. In beiden Fällen kündigt sich bereits ein weiteres Schuldverhältnis an. Dieses baut auf dem bereits bestehenden Schuldverhältnis auf. In beiden Fällen weiß der Rückgewährschuldner noch nicht, ob für ihn überhaupt eine Leistungspflicht entsteht. Er muss aber aufgrund konkreter Anhaltspunkte damit rechnen.<sup>46</sup>

Allerdings ist die Sorgfalt, die eine durchschnittliche Käuferin vom Verkäufer erwartet, umso größer, je höher der Wert des Kaufgegenstands ist.<sup>47</sup> Daraus folgt, dass der Verkäufer regelmäßig nicht schuldhaft handelt, wenn der Kaufgegenstand nur geringwertig ist.

Daher wird die Verkäuferin nicht unbillig belastet, wenn sie bereits während eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses die Kaufsache erhalten muss. Sie hat es in der Hand, der Haftung zu entgehen, indem sie vom Vertragsabschluss absieht.<sup>48</sup> Auch kann sie eine negative Beschaffenheitsvereinbarung treffen oder individualvertraglich Schadensersatzansprüche ausschließen. Bei geringwertigen Sachen haftet sie in der Regel gar nicht. Außerdem ist sie nach § 311 II BGB i. V. m. § 241 II BGB während des vorvertraglichen Schuldverhältnisses ohnehin verpflichtet, auf die Interessen des Käufers Rücksicht zu nehmen. Eines dieser Interessen ist das an einer potentiellen Nacherfüllung. Die Verkäuferin muss demzufolge während eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses

<sup>45</sup> Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 346 Rn. 15; Reinhard Gaier, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 346 Rn. 61; Stephan Lorenz, NJW 2005, S. 1889 (1893).

<sup>46</sup> Man kann nicht darauf abstellen, dass Rücktrittsberechtigte es in der Hand haben, den Rücktritt auszuüben oder nicht. Denn dieses Argument passt nicht auf den Tausch, wenn nur der andere Teil rücktrittsberechtigt ist.

<sup>47</sup> BGH vom 04.05.1993 – VI ZR 283/92. Der BGH stellt zwar auf den Kaufpreis ab. Da dieser beim vorvertraglichen Schuldverhältnis noch nicht feststeht, kann man – mit der gleichen Argumentation – auf den Wert abstellen.

<sup>48</sup> Zur fehlenden Bindungswirkung eines bereits vom Verkäufer abgegebenen Angebots siehe Andreas Penner/Veronika Gärtner, JA 2003, S. 940 (943).

vermeiden, dass ein künftiger Erfüllungsanspruch beziehungsweise Nacherfüllungsanspruch unmöglich wird.<sup>49</sup> Im obigen Beispiel 3 bestand bereits ein vorvertragliches Schuldverhältnis. Deshalb hätte der Verkäufer nicht im Haus eine glimmende Zigarette in den Papierkorb werfen dürfen.

Die Frage, ob der Verkäufer die Umstände, die zum Ausschluss der Nacherfüllung geführt haben, vermeiden konnte, ist Tatfrage.<sup>50</sup> Sie ist hier nicht weiter von Bedeutung.

#### d) Schlussfolgerung

Verkäufer/innen haben es somit grundsätzlich zu vertreten, wenn die Nacherfüllung während eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses deshalb unmöglich wird, weil sie den Kaufgegenstand nicht sorgfältig behandelt haben. Das Gleiche gilt, wenn sie in dieser Zeit versehentlich sämtliche Ersatzlieferungstücke dem Markt entziehen.

### IV. Ergebnis

Beim anfänglichen unbehebbareren Sachmangel kann eine Haftung von Verkäufer/innen auch aus §§ 280, 283 BGB gegeben sein.<sup>51</sup> Verkäufer/innen haften für einen anfänglich unbehebbareren Sachmangel, wenn sie ihn weder kannten, noch kennen mussten, sie ihn aber schuldhaft herbeigeführt haben. Ihr Verschulden ist grundsätzlich zu bejahen, wenn sie den die Unmöglichkeit der Nacherfüllung begründenden Umstand infolge Unachtsamkeit während eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses herbeigeführt haben und der Kaufgegenstand kein geringwertiger ist. Demzufolge hat im obigen Beispiel 3 die Käuferin einen Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280, 283 BGB.

<sup>49</sup> Anders, wenn im jeweiligen Verkehrskreis insoweit ausnahmsweise eine abweichende verkehrsübliche Sorgfalt besteht.

<sup>50</sup> Näher Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 276 Rn. 15 ff.

<sup>51</sup> Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man davon ausgeht, dass Verkäufer/innen, die den Untergang des Kaufgegenstands verschuldet haben, dies immer im Sinne von § 311a II BGB kennen müssen; in diesem Sinne wohl Barbara Dauner-Lieb, in: AnwaltKommentar BGB, 2005, § 311a Rn. 14.

Patric Urbaneck\*

## Unternehmerischer Ehrschutz?

Ehre ist ein tragendes Element menschlicher Individualität.<sup>1</sup> Über den Begriff und seine Bedeutung wird seit Jahrhunderten in allen gesellschaftswissenschaftlichen Disziplinen gestritten. An dieser Stelle soll weder ein spezieller Ehrbegriff aufgegriffen, noch ein solcher abschließend definiert werden. Auch die Rechtsordnung setzt Ehre als gegeben voraus. Viel bedeutender ist die Unterscheidung zwischen Ehre und Reputation.<sup>2</sup> Beides schützt den/die Einzelne/n vor Herabwürdigungen im weitesten Sinne. Während die Ehre jedoch ein jedem Menschen innewohnendes Persönlichkeitsgut ist, meint Reputation das soziale Ansehen, den guten Ruf.<sup>3</sup> Reputation kann durch *Eigenleistung* hinzugewonnen und wieder verloren werden. Es scheint, als würde der Unterschied zwischen Ehre und Reputation in der rechtswissenschaftlichen Erörterung viel zu selten beachtet. Es wird sich zeigen, dass nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich Unterschiede bestehen, wenn im konkreten Fall nur Reputations- statt Ehrschutz einschlägig ist.

Zunächst soll kritisch betrachtet werden, wie die Ehre als besonderes Persönlichkeitsrecht insbesondere von den Zivilgerichten geschützt wird, wobei auch die verfassungsrechtliche Verankerung in den Blick zu nehmen ist. Sodann wird gezeigt, dass bei einer konsequenten Trennung zwischen Ehr- und Reputationschutz letzterer – dogmatisch eindeutiger – unter die Schutzbereiche spezieller Freiheitsrechte gefasst werden kann.

### I. Ehrschutz als besonderes Persönlichkeitsrecht

Nach der wohl überwiegenden Auffassung ist das Recht der persönlichen Ehre ein besonderes Persönlichkeitsrecht.<sup>4</sup> Verfassungsrechtlich wird es nach herrschender Auffassung aus einer Kombination von Art. 2 I GG i. V. m. 1 I GG abgeleitet.<sup>5</sup> Art. 2 I GG stellt dabei die eigentliche dogmatische Verankerung dar, wobei der Menschenwürdesatz schutzbereichsverstärkend wirkt.<sup>6</sup>

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg.

1 Peter J. Tettlinger, Die Ehre – ein ungeschütztes Verfassungsgut?, 1995, S. 11.

2 S. zur rechtlichen Betrachtung der Reputation, hingegen ohne genaue Abgrenzung zur Ehre, auch Ansgar Koreng, Das „Unternehmenspersönlichkeitsrecht“ als Element des gewerblichen Reputations-schutzes, GRUR 2010, S. 1065 ff.

3 Duden, Band 5, Das Fremdwörterbuch, 10. Aufl. 2010, Stichwort: Reputation.

4 Nachweise bei Hanno Kube, in: Isensee u. a. (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 60.

5 Wolfgang Schulz, in: Paschke u. a. (Hg.): Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 2008, 5. Abschnitt Rn. 56.

6 Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 421.

### 1. Zivilrechtlicher Ehrschutz

Die Zivilrechtsprechung hat das allgemeine Persönlichkeitsrecht als *sonstiges Recht* i. S. d. § 823 I BGB anerkannt.<sup>7</sup> Diese zivilrechtliche Norm ist – von der Verfassungsrechtsprechung gebilligt – ein allgemeines Gesetz i. S. d. Art. 5 II GG und damit fähig, die Meinungsfreiheit einzuschränken.<sup>8</sup> Insoweit wird infolge der zivilgerichtlichen Anerkennung ein Verfassungsgut gewohnheits- und richterrechtlich zu einem im Rechtsverkehr von jedermann zu achtenden Recht erklärt.<sup>9</sup>

Der Begriff Ehre wurde gesetzlich nicht definiert und taucht auch heute nicht im BGB auf. Der Versuch einer Kodifizierung des Ehrschutzes stand jedoch mehrmals auf der Agenda. Ursprünglich sollte der Ehrbegriff in die Enumeration des § 823 I BGB aufgenommen werden.<sup>10</sup> Ein zweiter Anlauf erfolgte im Jahr 1959 durch einen umfassend begründeten Regierungsentwurf auf Empfehlung des 42. Deutschen Juristentages. Der einfachgesetzliche Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sollte in das Namensrecht des BGB inkorporiert werden, wodurch die noch junge höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schutz des Persönlichkeitsrechts Gesetzesrecht geworden wäre. Zuletzt wurde – auf erneute Empfehlung des DJT<sup>11</sup> – ein weiterer Versuch unternommen, das Persönlichkeitsrecht und explizit auch den Ehrbegriff in § 823 I BGB aufzunehmen. Bekanntlich sind sämtliche Normierungsversuche gescheitert. Die Rechtsprechung ließ sich dennoch nicht abhalten, das allgemeine Persönlichkeitsrecht richterrechtlich fortzubilden. Schließlich wurde im *Herrenreiter*-Urteil sogar eine billige Entschädigung in Geld, mithin das *Schmerzensgeld*, für die Verletzung von Persönlichkeitsrechten zugesprochen.<sup>12</sup> Das Urteil bezieht sich dabei explizit auf *das* Persönlichkeitsrecht, welches der Senat von Art. 1 I, 2 I GG geschützt sieht.

### 2. Verfassungsrechtliche Verankerung des Ehrschutzes

Zwar ist, wie eingangs dargestellt, die Ehre als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusehen. Die Verortung der Ehre in diesem weitgespannten *Rahmenrecht* ist jedoch unscharf. Klarheit entsteht, wenn die

7 BGH vom 25.05.1954, BGHZ 13, 334 (338) – *Leserbriefe*.

8 BVerfG vom 14.02.1973, BVerfGE 34, 269 (282) – *Soraya*.

9 Zur Wirkung gegenüber jedermann *Hartwig Sprau*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 823 Rn. 84.

10 Mot. 2, 728.

11 Verhandlungen des 45. DJT in Karlsruhe 1964, Band II (Sitzungsberichte), Teil C, S. 127.

12 BGH vom 14.02.1958, BGHZ 26, 349–359 – *Herrenreiter*.

Betrachtung ausgehend vom sog. postmortalen Persönlichkeitsrecht angestellt wird. Dieses ist nach der wohl allgemeinen Auffassung ausschließlich in Art. 1 I GG, dem Menschenwürdesatz, verankert.<sup>13</sup> Geschützt wird zweierlei: Der allgemeine Achtungsanspruch, der jedem Menschen kraft seines Person-seins zusteht und ihn insbesondere vor Herabwürdigungen und Erniedrigungen schützt sowie der soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat. Man könnte also von einem *geborenen* und einem *erworbenen* Element sprechen. Tatsächlich entspricht nur das geborene Element der Ehre im engeren Sinne. Der erworbene Teil des Persönlichkeitsrechts bildet die Reputation seiner Träger/innen ab. Beide Elemente werden nur vor besonders schweren Entstellungen geschützt.<sup>14</sup> Allerdings sind diese zwei materiellen Gehalte des postmortalen Persönlichkeitsrechts zugleich diejenigen, die auch den lebenden Menschen im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor Herabwürdigungen schützen sollen. Folglich können die materiellen Gehalte der geborenen Ehre ausschließlich aus Art. 1 I GG gezogen werden. Es ist richtig, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht strikt von der Menschenwürde zu trennen ist.<sup>15</sup> Allerdings bedeutet ein dogmatisches Verständnis, das den *Schutzgrund* der Ehre als besonderes Persönlichkeitsrecht in Art. 1 I GG verwurzelt sieht,<sup>16</sup> längst nicht die Vermengung dieses Freiheitsrechts mit der Menschenwürde.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die Ehre im Grunde nicht anders als das ausschließlich aus der Menschenwürde hergeleitete postmortale Persönlichkeitsrecht. Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht liegt ein anspruchsvolles, *intrinsisches* Verständnis zu Grunde.<sup>17</sup> Teils wird es in ein *statisches* und ein *dynamisches* Element aufgeteilt. Das statische Element gewähre das Recht, allein gelassen zu werden, während das dynamische Element die Möglichkeit sichert, die Fähigkeiten und Möglichkeiten jedes und jeder Einzelnen zu sichern und – explizit – Fehlvorstellungen entgegenzuwirken, die über ihn/sie als Grundrechtsträger/in entstanden oder in Umlauf gebracht worden sind.<sup>18</sup> Die Ähnlichkeiten zwischen allgemeinem und postmortalem Persönlichkeitsrecht treten deutlicher hervor, wenn in Außen- und Innengerichtetheit unterschieden wird. Bei der Innengerichtetheit wird der/die Einzelne davor geschützt, dass ihm/ihr *naturgegebene* Freiräume genommen werden, in die nicht

eingegriffen werden darf.<sup>19</sup> Dieses Naturgegebene gleicht dem allgemeinen Achtungsanspruch, der jeder Person zukommt und damit der Ehre. Beides meint einen eingriffsfreien Raum, der nicht erst erworben bzw. erkämpft werden muss. Dass dieser im Rahmen des postmortalen Persönlichkeitsrechts unantastbar ist und bei lebenden Personen eine grundsätzliche Einschränkung durch Heranziehung des Art. 2 I GG erhält, liegt daran, dass lebende Personen eine Steuerungsmöglichkeit besitzen, wie sie mit diesem grundsätzlich eingriffsfreien Raum umgehen. Diese Steuerungsfähigkeit endet erst mit dem Tod. Bei der Außengerichtetheit handelt es sich letztlich um das Ansehen des/der Einzelnen in den Augen Dritter bzw. in der Gemeinschaft.<sup>20</sup> Auch hier wird die sachliche Nähe zum erworbenen Element des postmortalen Persönlichkeitsrechts, mithin der Reputation, offenkundig. Somit stimmen die Schutzgegenstände des allgemeinen sowie des postmortalen Persönlichkeitsrechts prinzipiell überein. Dies muss sich insbesondere auf den Schutz der Ehre auswirken.

### 3. Strafrechtlicher Ehrschutz

Das Strafrecht schützt nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Gänze, sondern allein die Ehre als besonderes Persönlichkeitsrecht.<sup>21</sup> Die Beleidigungsdelikte sind als Schutzgesetze i. S. d. § 823 II BGB anzusehen. Das Wort Ehre taucht in den Vorschriften der §§ 185 ff. StGB nicht auf, obwohl die Ehre als geschütztes Rechtsgut insoweit anerkannt ist.<sup>22</sup> Sie wird hingegen in § 34 StGB neben Leben, Leib, Freiheit und Eigentum als notstandsfähig erwähnt.

Der strafrechtliche Ehrbegriff wurde und wird maßgeblich durch die höchstrichterliche Rechtsprechung konturiert und dabei bis heute von mehr als 60 Literaturmeinungen beeinflusst.<sup>23</sup> Der Ehrbegriff sieht sich als im Gesamtrechtssystem grundsätzlich eigenständig an, wengleich sowohl die Kommentarliteratur als auch die Rechtsprechung wegen der *Verfassungsgebundenheit der Ehre* auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus dem Verfassungsrecht rekurrieren.<sup>24</sup> Im Strafrecht ist anerkannt, dass auch Kollektive wie Verbände und Personengemeinschaften beleidigungsfähig sind.<sup>25</sup>

13 BVerfG vom 24.02.1971, BVerfGE 30, 173 (194) – *Mephisto*; *Dietrich Murswiek*, in: Sachs (Hg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 2 Rn. 78 m. w. N.

14 *Frank Fechner*, Medienrecht, 12. Aufl. 2011, Kap. 4, Rn. 95 f.

15 *Lothar Michael/Martin Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 420.

16 So wohl auch *Horst Dreier*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Bd. 1, Art. 2 I Rn. 68, der den Menschenwürdesatz als „programmatische Leit- und Auslegungsrichtlinie“ sieht.

17 *Lothar Michael/Martin Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 419.

18 *Axel Beater*, Medienrecht, 2007, Rn. 334.

19 *Philip Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Bd. 1, Art. 2 Rn. 32 („Sphäre der Intimität“); BVerfG vom 14.02.1973, BVerfGE 34, 269 (281) – *Soraya* („Bereich, in dem er allein zu bleiben, seine Entscheidungen in eigener Verantwortung zu treffen und von Eingriffen jeder Art nicht behelligt zu werden wünscht“).

20 *Axel Beater*, Medienrecht, 2007, Rn. 335.

21 OLG Hamm vom 06.05.2010, NStZ 2011, 42 (44).

22 *Hans-Joachim Rudolphi/Klaus Rogall*, in: Rudolphi u. a. (Hg.), SK-StGB, 4. Aufl. 2011, vor § 185 Rn. 1.

23 Nach *Hans-Joachim Rudolphi/Klaus Rogall*, in: Rudolphi u. a. (Hg.), SK-StGB, 4. Aufl. 2011, vor § 185 Rn. 1.

24 *Thomas Fischer*, StGB, 58. Aufl. 2010, vor §§ 185 ff. Rn. 5; BGH (Großer Senat) vom 18.11.1957, BGHSt 11, 67 (70).

25 *Jürgen Regge*, in: MüKo, StGB, Bd. 3, 2003, § 185 Rn. 46 ff.

Unabhängig davon, auf welchen der vielen strafrechtlichen Ehrbegriffe abgestellt wird, ergibt sich der Befund, dass die heute vertretenen Definitionen sich aus einem normativen und einem empirischen Element zusammensetzen.<sup>26</sup> Dabei fällt eine Nähe zu den bereits genannten Elementen auf, die das postmortale Persönlichkeitsrecht bilden sollen. So entspricht das normative Element in etwa dem, was hier als geboren bezeichnet wird und erkennt den einem Menschen stets zukommenden und sozial zu achtenden Geltungswert als Teil des Ehrschutzes an.<sup>27</sup> Das empirische Element entspricht letztlich dem, was hier als erworben bezeichnet wird, z. B. der *gute Ruf in seiner realen Existenz*<sup>28</sup> oder alles, was als *verdienstlich*<sup>29</sup> bezeichnet werden kann. Einige Autoren der strafrechtlichen Literatur beziehen sich bei der Definition jenes empirischen Elements sogar ausdrücklich auf die Rechtsprechung des BVerfG.<sup>30</sup>

## II. Herabwürdigungsschutz juristischer Personen

Unabhängig davon, ob der Schutzgrund der Persönlichkeitsrechte und auch der Ehre in Art. 2 I GG oder Art. 1 I GG gesehen wird, müsste eine Erstreckung auf juristische Personen ausscheiden, da der Menschenwürdesatz in untrennbarem Bezug zum Art. 2 I GG steht. Einer juristischen Person dürfte daher verfassungsrechtlich eigentlich kein Ehrschutz zukommen. Wie es ihr an Menschenwürde fehlt, so fehlt es ihr auch an Ehre. Eine grundrechtstypische Gefährdungslage i. S. v. Art. 19 III GG liegt nicht vor. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zwar bisher nicht dazu veranlasst gesehen, zur Frage, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Gänze auf juristische Personen anwendbar ist, Stellung zu beziehen. Dennoch seien einzelne, besondere Persönlichkeitsrechte auf juristische Personen übertragbar, wobei grundrechtsdogmatisch insoweit nur Art. 2 I GG heranzuziehen sei.<sup>31</sup> Die Zivilgerichte gehen indes weiter: Auch juristischen Personen wird durch die Rechtsprechung der Zivilgerichte, trotz der hier skizzierten Bedenken, einfachgesetzlich ein Schutz vor Ehrverletzungen zugesprochen. Dieses Ergebnis wird auf unterschiedliche Wege erreicht. Teilweise wird bei der Herabwürdigung von Unternehmen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, ein Rahmenrecht i. S. d. § 823 I BGB, als einschlägig angesehen.<sup>32</sup> Alternativ wird der

Schutz erreicht, indem das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form eines sog. *Unternehmenspersönlichkeitsrechts* vollständig auf juristische Personen übertragen wird.<sup>33</sup> Mittlerweile ist der Begriff des Unternehmenspersönlichkeitsrechts sogar in der Instanzrechtsprechung etabliert.<sup>34</sup> Zuletzt wird zivilrechtlicher Ehrschutz dadurch erreicht, dass als Anspruchsgrundlage die als Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB geltenden strafrechtlichen Beleidigungsdelikte herangezogen werden.<sup>35</sup>

Auch die Zivilgerichte können sich der Erkenntnis nicht verschließen, dass Ehre und Reputation nicht gleichbedeutend sind. Juristische Personen sind Zweckschöpfungen des Rechts. Ehre kann ihnen mangels Persönlichkeit, die hier im Sinne einer *Menschlichkeit* und weniger im Sinne einer *Rechtspersönlichkeit* verstanden werden muss, nicht zukommen. Wird konsequent die Trennung zwischen Ehre und Reputation beachtet, so fällt auf, dass spezifisch unternehmerischer *Ehrschutz* immer Reputationsschutz bedeuten muss.

### 1. Unternehmerischer Reputationsschutz als Ausfluss der Berufsfreiheit

Führt man die Trennung zwischen Ehre und Reputation konsequent fort, stellt sich die Frage, an welchem Freiheitsrecht die Reputation zu messen ist. Die allgemeine Lebensleistung einer natürlichen Person wird von dem bestimmt, was sie durch ihr gesteuertes Handeln erreicht. Rechtlich wird dies – die *allgemeine* Reputation – von der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG abgebildet. Unternehmerisches Handeln, mithin die *unternehmerische* Reputation, wird hingegen von der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG erfasst.<sup>36</sup>

Ein Schutzziel der Berufsfreiheit ist die wirtschaftliche Entfaltung der Persönlichkeit.<sup>37</sup> Im Gegensatz zu den europäischen Grundfreiheiten rekurriert das Grundgesetz erkennbar auf die Persönlichkeit des/der Einzelnen,<sup>38</sup> denn grundsätzlich sind Grundrechtsträger/innen allein Menschen.<sup>39</sup> Die starke Persönlichkeitsbezogenheit der Berufsfreiheit kann auch historisch und philosophisch erklärt werden: Die Berufs- und Gewerbefreiheit ist demnach ein wesentliches Mittel zur Selbstverwirklichung

26 Thomas Fischer, StGB, 58. Aufl. 2010, vor § 185 Rn. 4.

27 Rainer Zaczyk, in: Kindhäuser u. a. (Hg.), Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, vor §§ 185 ff. Rn. 5.

28 Theodor Lenckner/Jörg Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, vor § 185 Rn. 1.

29 Rainer Zaczyk, in: Kindhäuser u. a. (Hg.), Nomos Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, vor §§ 185 ff. Rn. 6.

30 Harro Otto, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 31, Fn. 3 zu Rn. 3.

31 BVerfG vom 09.10.2002, BVerfGE 106, 28 (43 f.) – *Mithörrichtung*.

32 BGH vom 07.02.1984, BGHZ 90, 113 (121 f. m. w. N.).

33 BGH vom 26.06.1981, BGHZ 81, 75 (78); einschränkend dagegen BGH vom 03.06.1986, BGHZ 98, 94 (97).

34 OLG Hamburg vom 10.04.2007, NJOZ 2007, 2695–2704; OLG Hamburg vom 16.12.2008, NJW 2009, 1510–1515; LG Köln vom 18.11.2009, NJOZ 2010, 1233 (1234); zurückhaltender OLG Köln vom 19.12.2006, NJW-RR 2007, 698 (701).

35 OLG Düsseldorf vom 08.11.2006 – 15 U 100/06, BeckRS 2007, 06187.

36 So i.E. auch Ansgar Koreng, Das „Unternehmenspersönlichkeitsrecht“ als Element des gewerblichen Reputationsschutzes, GRUR 2010, S. 1065 (1067).

37 Lothar Michael/Michael Morlok, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 335.

38 Manfred Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Bd. 1, Art. 12 Rn. 2; Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 335.

39 Michael Sachs, in: ders. (Hg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 10.

des Menschen.<sup>40</sup> Von der Berufsfreiheit geschützt ist die wirtschaftliche Entfaltung in einem umfassenden Sinne. Die Berufsfreiheit gewährt kein uneingeschränktes *unternehmerisches* Selbstdarstellungsrecht, wie auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein uneingeschränktes *personales* Selbstdarstellungsrecht nicht kennt.<sup>41</sup> Diejenigen, die sich unternehmerisch betätigen, treten bewusst in die Öffentlichkeit und setzen sich der Kommunikation und damit auch möglicher Kritik aus.<sup>42</sup> Hingegen erlaubt die öffentliche Kritik nicht die Verbreitung inhaltlich unzutreffender Informationen oder Wertungen, die auf sachfremden Erwägungen beruhen bzw. herabsetzend formuliert sind.<sup>43</sup> Derlei *faktische Beeinträchtigungen* können durch Äußerungen privater Dritter eintreten, die ein (Zivil-)Gericht dann in Anerkennung der mittelbaren Drittwirkung entsprechend sanktionieren müsste.<sup>44</sup>

Ein Schutz vor Herabwürdigung muss also nicht notwendigerweise aus der Menschenwürde direkt resultieren. Gilt es, den unternehmerischen Ruf zu schützen, ist Art. 12 I GG als *lex specialis* heranzuziehen. Dadurch wird ein Rückgriff auf den Ehrschutz aus dem unbenannten Freiheitsrecht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und letztlich aus Art. 1 I GG entbehrlich. In einem so verstandenen Sinne kann daher von *unternehmerischem Reputationsschutz* gesprochen werden. Dies gilt nicht nur für juristische Personen, die unter Hinzuziehung von Art. 19 III GG am Grundrechtsschutz teilnehmen. Auch natürliche Personen genießen, soweit sie unternehmerisch tätig sind, Reputationsschutz aus der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG.

Abzulehnen ist daher die Auffassung, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sei bei rufschädigenden, unternehmensbezogenen Äußerungen einschlägig. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist nach Auffassung des BGH<sup>45</sup> und einem Großteil der Literatur<sup>46</sup> verfassungsrechtlich vom Schutzbereich des Art. 14 GG umfasst. Lediglich das BVerfG hat diese Frage bisher unbeantwortet gelassen.<sup>47</sup> Es soll die Gesamtheit der sachlichen, persönlichen und sonstigen Mittel, die in der Hand des/der Betriebsinhaber/in zu einem einheitlichen Organismus zusammen-

gefasst sind, schützen.<sup>48</sup> Dies sind allein die rechtlich abgesicherten Ausstrahlungen des Betriebs.<sup>49</sup> Reputation kann zwar als erworben bezeichnet werden. Im Gegensatz zur Mittelgesamtheit fehlt es ihr aber erkennbar an einer irgendwie gearteten, materiellen Greifbarkeit. Wird bedacht, dass Zivilgerichte vereinzelt die Herabwürdigung von Unternehmen als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ansehen, ist die Zurückhaltung des BVerfG hinsichtlich der Anerkennung dieses Rechts als von Art. 14 GG umfasst einleuchtend.

Werden Produkte und Dienstleistungen öffentlich kritisiert, so beschneidet die Kritik allenfalls den *unternehmerischen Geltungswert*, der durch das Wirken am Markt aufgebaut wurde. In diesen Fällen ist stets der im Gegensatz zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht schwächere Art. 12 I GG heranzuziehen. Selbst ein Boykott, der sich gegen das Unternehmen als solches richtet, zielt genau genommen nur auf eine Verhinderung des unternehmerischen Wirkens ab. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen sich eine pauschale Schmähung, soweit sie sich gegen Wirtschaftsunternehmen richtet, nicht gegen die von Art. 12 I GG geschützte Unternehmenstätigkeit wendet. Richtet sich eine scharfe Kritik gegen juristische Personen letztlich gegen einzelne Personen, die hinter ihr stehen, sind diese als Privatpersonen dazu berufen, sich zu wehren. Für eine Erstreckung des *echten* Ehrschutzes auf Unternehmen bleibt damit weder eine Möglichkeit noch ein probater Anwendungsbereich.

## 2. Schutz juristischer Personen des öffentlichen Rechts

Ein klassisches Problem der Grundrechtslehre ist die Frage, inwieweit auch juristische Personen des öffentlichen Rechts am Schutz der Grundrechte teilhaben können. Literatur und Rechtsprechung sind sich zumindest im Grundsatz einig, dass juristischen Personen zwar der Schutz der grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 101 I, 103 I GG zustehen kann. Darüber hinaus seien sie allerdings nicht grundrechtsberechtigt.<sup>50</sup> Der Staat könne nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter der Grundrechte sein. Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung würden zusammentreffen (sog. Konfusionsargument). Ferner handeln juristische Personen des öffentlichen Rechts allesamt aufgrund gesetzlicher Zuständigkeiten. Wenn diese durch andere Staatsorgane verletzt werden, soll es sich daher um Kompetenzkonflikte im weitesten Sinne handeln. Von diesem Grundsatz könnten allenfalls dann Ausnahmen gemacht

40 Friedhelm Hufen, Staatsrecht II, 2. Aufl. 2009, § 35 Rn. 1.

41 BVerfG vom 26.06.2002, BVerfGE 105, 252 (266) – Glykol.

42 BVerfG a. a. O.

43 BVerfG vom 28.07.2004, BVerfGK 3, 337 (343); BVerfG vom 08.05.2007, NJW 2008, 358 (359).

44 BVerfG vom 28.07.2004, BVerfGK 3, 337 (341 f. u. 343).

45 BGH vom 28.01.1957, BGHZ 23, 157 (162 f.); BGH vom 30.09.1967, BGHZ 67, 190 (191 ff.); BGH vom 04.06.1981, BGHZ 81, 21 (33).

46 Hans-Jürgen Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2011, Art. 14 Rn. 95 ff.; Brun-Otto Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Bd. 1, Art. 14 Rn. 18 ff.; beide jeweils m. w. N.

47 BVerfG vom 23.01.1990, BVerfGE 81, 208 (227 f.); BVerfG vom 26.06.2002, BVerfGE 105, 252 (278).

48 Hans-Jürgen Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2011, Art. 14 Rn. 96.

49 Brun-Otto Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Bd. 1, Art. 14 Rn. 20.

50 Vgl. statt vieler Karl-Heinz Ladeur, Alternativkommentar zum GG, 2. Aufl. 1989, Bd. 1, Art. 19 IV Rn. 60.

werden, wenn und soweit eine grundrechtstypische Gefährdungslage auch bei der juristischen Person des öffentlichen Rechts gegeben ist. Das BVerfG sieht daher z. B. Universitäten und Fakultäten als vom Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit umfasst an.<sup>51</sup> Genauso verfuhr es bei Rundfunkanstalten in Bezug auf die Rundfunkfreiheit<sup>52</sup> und öffentlich-rechtlich organisierten Religionsgesellschaften in Bezug auf die Religionsfreiheit.<sup>53</sup>

Was bedeutet dies für den Ehr- oder Reputationsschutz? Liegt eine grundrechtstypische Gefährdungslage vor, wenn eine juristische Person des öffentlichen Rechts herabgewürdigt wird? Kann sie in ihrem *sozialen Geltungsbereich betroffen* sein? Die Aussage, eine juristische Person könne Ehre besitzen, scheint befremdlich. Sicherlich bedarf es auch hier der Betrachtung eines jeden Einzelfalles. Der BGH bejahte unlängst einen Quasi-Ehrschutz des Bundeskriminalamts.<sup>54</sup> Anders als bei juristischen Personen des Privatrechts argumentiert der BGH hier nicht mit einer Betroffenheit eines sozialen Geltungsanspruchs der Behörde, sondern mit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihrer Funktion.<sup>55</sup> Der Sache nach ging es daher ebenfalls um nichts anderes als Reputations- anstatt Ehrschädigung. Dass in der Kollektivbeleidigung der Bundeswehr im Grunde eine Funktionsbeeinträchtigung der Institution und keine Ehrverletzung der Institutionsmitglieder lag, ließ das BVerfG auch an anderer Stelle durchblicken.<sup>56</sup>

Ob die Entscheidung des BGH zum Anspruch des BKA auf Unterlassung und Richtigstellung in der Sache überzeugend ist, soll hier nicht Gegenstand der Erörterung sein.<sup>57</sup> Jedenfalls muss bezweifelt werden, dass der konkrete Abwägungsvorgang, der sich dem üblichen presserechtlichen Schema Meinungsfreiheit versus Persönlichkeitsschutz bedient, überzeugend ist.

### III. Zusammenfassung und Konsequenzen

Die von Wirtschaftssubjekten aller Art ausgeführte Tätigkeit, das Auftreten am Markt und der Hinzugewinn von Reputation, der letztlich durch unternehmerisches Tätigwerden geschieht, unterliegt dem Schutz der Berufsfreiheit. Es ist nur naheliegend, natürlichen – im Rahmen ihrer einzelgewerblichen Tätigkeit – wie juristischen Personen einen spezifisch-unternehmerischen Re-

putationsschutz aus Art. 12 I GG zuzubilligen. Auch die Zivilrechtsprechung rekurriert beim unternehmerischen Ehrschutz, den sie aus dem *Unternehmenspersönlichkeitsrecht* herleitet, teils auf dieses spezielle Grundrecht.<sup>58</sup> Ein Blick auf die Rechtsprechung zeigt jedoch, dass die Unterschiede zwischen Ehre und Reputation nicht überall wahrgenommen werden. Es wird oft, ohne nähere Unterscheidung, zwischen den gängigen Anspruchsgrundlagen gewählt, um zum üblichen Abwägungsvorgang vorzudringen. Auch wenn grundsätzlich die einfachgesetzliche Ausgestaltung von der verfassungsrechtlichen Verankerung zu trennen ist, muss sich jedes allgemeine Gesetz, das die Meinungsfreiheit der/des Einzelnen einschränken und ein anderes Verfassungsgut schützen will, am Grundgesetz messen lassen. Die Wahl der konkreten Verfassungsnorm hat unmittelbaren Einfluss auf den erforderlichen Abwägungsvorgang. Zivilgerichtsentscheidungen sollten daher deutlicher voranstellen, ob im zugrundeliegenden Fall Ehr- oder Reputationsschutz zu prüfen ist. Begehrt eine unternehmerisch tätige natürliche oder juristische Person Schutz vor Herabwürdigungen, kann der Schutz der persönlichen Ehre allerdings nicht maßgeblich sein.

Würde die Unterscheidung zwischen Ehre und Reputation konsequent beachtet, würde sich dies zwingend im Abwägungsvorgang niederschlagen. Gerade im Fall des unternehmerischen Reputationsschutzes dürfte eine Abwägung beinahe regelmäßig zugunsten der/des sich Äußernden ausgehen, da die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG im Gegensatz zur Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 I 1 GG selten überwiegen wird. Unternehmerisches Handeln ist stets öffentlichkeitsbezogen. Bei Meinungsäußerungen gilt ein Vorrang der freien Rede grundsätzlich dann, wenn es sich um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch eine dazu legitimierte Person handelt.<sup>59</sup> In diesem Kontext hat der BGH bereits entschieden, dass *im Kern* auch Werturteile über unternehmerisches Handeln ein Beitrag in einer solchen, die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage sind und daher die Zulässigkeitsvermutung auch zugunsten solcher Urteile streitet.<sup>60</sup> Bei Äußerungen gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts gilt dies umso mehr. Das BVerfG misst der Meinungsfreiheit besonderes Gewicht bei, wenn *Ehrschutz*vorschriften sich auf staatliche Einrichtungen beziehen.<sup>61</sup> Steht daher auf Seiten der Betroffenen eine juristische Person des öffentlichen Rechts, muss dies im Rahmen der Abwägung besondere Berücksichtigung finden.

51 BVerfG vom 02.05.1967, BVerfGE 21, 362 (373 f.).

52 BVerfG vom 27.07.1971, BVerfGE 31, 314 (321) – 2. *Rundfunkentscheidung*.

53 BVerfG vom 28.04.1965, BVerfGE 19, 1 (5).

54 BGH vom 22.04.2008, BGHZ 176, 175–191.

55 BGH vom 22.04.2008, BGHZ 176, 175–191.

56 BVerfG vom 10.10.1995, BVerfGE 93, 266 (293) – *Soldaten sind Mörder*.

57 Siehe hierzu z. B. *Georgios Gounalakis*, Besprechung des BGH-Urteils vom 22.04.2008, in: LMK 2008, II, 53–54.

58 LG Köln vom 18.11.2009, NJOZ 2010, 1233 (1234).

59 St.Rspr. seit BVerfG vom 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (212) – *Lüth*; vgl. auch BVerfG (Kammer) vom 17.12.2002, NJW 2003, 1109 (1111).

60 BGH vom 09.12.1975, NJW 1976, 620 (622).

61 BVerfG vom 10.10.1995, BVerfGE 93, 266 (293).

Ehre und Reputation sind tatsächlich und rechtlich voneinander abzugrenzen. Letztere findet im wirtschaftlichen Verkehr ihren Schutzgrund in der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG. Ehre im Rechtssinne kann einem Wirtschaftsunternehmen daher nicht zukommen. Auch natürlichen Personen gebührt kein Ehr-, sondern ausschließlich Reputationsschutz, soweit sich Äußerungen

nur auf deren wirtschaftliche Tätigkeit beziehen. Sucht eine Person dahingehenden gerichtlichen Schutz vor Herabwürdigungen, ist die Meinungsäußerungsfreiheit nur gegenüber der Berufsfreiheit abzuwägen. Erstere wird aufgrund der Öffentlichkeitsbezogenheit unternehmerischen Wirkens regelmäßig überwiegen.

Reinhard Merkel\*

## Plagiate und Wissenschaft. Ein Dialog

**A:** Lassen Sie mich in Ruhe, ich will nichts mehr hören. Plagiat! Haben und hatten wir keine anderen Sorgen? Jaja, ich weiß, vox populi, noch vor Wochen aus Hunderten von Leserbriefspalten und Internet-Foren quellend – aber ich sage Ihnen: sie hatte recht. Auch damit übrigens, dass die Qualifikation eines Politikers mit seiner Disqualifikation als Akademiker nichts zu schaffen hat.

**B:** Ich staune. Sie verzeihen, wenn ich Ihr Argument ein wenig transparenter mache: Mindestens ein Fünftel von 475 Seiten einer Dissertation plagiiert – rechne ich richtig, so sind das 95 ohne Nachweis abgeschriebene Seiten. Plagiate sind, so heißt es schon seit der Antike, eine Art geistiger Diebstahl. Nehmen wir, gegen allerlei Wahrscheinlichkeiten, einmal an, der ehemalige Verteidigungsminister habe ein Vermögen von genau 475.000 Euro. Nun kommt ans Licht, dass er davon 95.000 Euro gestohlen hat. Käme Ihnen dann der wegwerfende Hinweis aus den höheren Rängen der Regierungspartei, die Welt habe andere Sorgen, oder die Auskunft der Bundeskanzlerin, er sei nicht als Vermögensverwalter, sondern als Verteidigungsminister berufen worden, ebenfalls plausibel vor? Als Akademiker disqualifiziert ist Herr zu G. ja nicht aus Gründen der Wissenschaft, sondern weil sein Verhalten einen Charakterdefekt entblößt hat, dessen Struktur der typischen Disposition von Dieben zum Verwechseln ähnlich sieht. Meinen Sie nicht, dass ein solcher Defekt auch auf jede andere öffentliche Funktion seines Inhabers einen Schatten wirft, und auf die eines Bundesministers jedenfalls?

**A:** Was für ein hinkender Vergleich! Sie sind doch Jurist! Muss ich Ihnen erklären, welchen Sinn es hat, dass Gegenstand eines Diebstahls nur eine bewegliche Sache

sein kann? Dem Bestohlenen wird der Besitz seines Eigentums vollständig entzogen und damit jede Möglichkeit, es zu verwenden. Und „Plagiatopfern“? Sie hören die Anführungszeichen mit? Welches frühere Zitat aus all den Literaturstellen, die Herr zu G. ohne Nachweis verwendet hat, wäre denn dadurch getilgt, welches künftige, wo und durch wen immer, vereitelt worden? Was genau ist den Verfasser/innen der benutzten Texte eigentlich abhanden gekommen? Stünden denn, wenn Herr zu G. seine Dissertation nie geschrieben hätte, die plagiierten Autor/innen im Hinblick auf jederlei Erträge aus ihren Texten in irgendeinem Sinne besser da als ohne den „Diebstahl“? Vom *windfall profit* für ihre Publizität, den ihnen die Medienpropaganda seinerzeit abgeworfen hat, ganz abgesehen.

**B:** Spielen Sie jetzt den Indolenten oder wollen Sie mir wirklich die Idee nahe legen, was jemandem von seinem eigenen Gut unrechtmäßig entwendet werden könne, sei dessen handfester Besitz und sonst nichts? Warten Sie – darf ich Ihnen etwas vorlesen? Hier: „Selbst das Plagiat, welches ein Schriftsteller an Verstorbenen verübt, ob es zwar die Ehre des Verstorbenen nicht befleckt, sondern diesem nur einen Theil derselben entwendet, wird doch mit Recht als Läsion desselben (Menschenraub) geahndet.“ Eine Verletzung, heißt das, des Menschen selbst, seiner Individualität, ja seiner Identität, nämlich der des Autors oder der Autorin als denkender, schreibender, gestaltender und damit auch sich selbst formender Person.

**A:** Was für ein falsches Pathos! Wer redet so?

**B:** Nun – ich. Aber ich lege Ihnen nur den zitierten Satz aus, und der ist von Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, beiläufig ein Text, dem man sonst kein falsches Pathos bescheinigt. Ich weiß, was Sie sagen wollen: „Menschenraub“ sei bloß die Übersetzung des lateinischen „plagium“, und dessen Transfer als schiefe

\* Herr Prof. Dr. Reinhard Merkel ist Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

Metapher in die Sphären von Wissenschaft und Literatur verdanke die Nachwelt dem Martial (Marcus Valerius Martialis), dessen Epigramme vor 2000 Jahren ein Irgendwer unter eigenem Namen vorgelesen und der seinem Ärger darüber in der Beschwerde Luft gemacht hat, man habe ihm seine geistigen Kinder entführt.

**A:** Richtig, danke. Sie würden wohl auch nicht behaupten, ein Autor, der sein Werk einem Verlag verkauft, betreibe so etwas wie Kinderhandel.

**B:** Nein. Und ich schenke Ihnen die Parallele zu Diebstahl oder Menschenraub im Ganzen. Ihre Insinuation, ein Plagiat sei ein opferloses Delikt, ist auch in anderen Hinsichten falsch, und die Reihe der Opfer, jedenfalls in Fällen des Typus zu G., bei weitem länger, als Sie annehmen – von getäuschten Leser/innen über unzählige andere Doktorand/innen, die Hochschule, den Verlag, die Käufer/innen des Buchs bis zur Wissenschaft als ganzer, deren fundamentale Prinzipien der Abschreiber desavouiert. Nicht leugnen werden Sie, nehme ich an, jedenfalls den Betrug pro domo, der im Erschleichen einer fremden geistigen Leistung liegt. Der Plagiator ist eine Art umgekehrter Bauchredner: Er lässt nicht seine Stimme aus einem Anderen, sondern dessen Stimme aus sich selber sprechen. Und damit wird dieser Andere um etwas gebracht, das ihm zusteht: die Anerkennung von Inhalt und Form seiner Gedanken. Alle ernsthaften Autor/innen bemühen sich um beides, keinem fällt es einfach zu. Der Storch für die geistigen Geburten ist bekanntlich ein Bohemien, der sich auf keine Lieferzeit einlässt.

**A:** Hee! Sie plagieren ja, mein Lieber! Aber angesichts der Binsenweisheit, an der Sie's tun, würde ich's Ihnen weiß Gott nicht vorhalten.

**B:** Nein, ich weiß, dass Sie den Satz kennen: Albert Einstein, in einem Brief an Max Born aus dem Jahr 1929. Aber Sie haben schön angebissen auf meinen Köder und Ihre eigene Zuständigkeit als die des Naturwissenschaftlers sozusagen doppelt klargestellt: einerseits als Kenner Einsteins und andererseits als heimlicher Verächter der sprachlichen Form eines Satzes neben dessen sachlichem Gehalt. Ja, was der Satz mit dem Storch besagt, ist die schiere Plattitüde, dass man als Nachdenkender nicht immer gleich gut in Form ist. Aber die Gestalt des Satzes, so weit sie entfernt sein mag von jedem Anspruch auf ein literarisches Prädikat, hat doch einen authentischen Ton, und es ist der Ton Albert Einsteins. Um die Anerkennung selbst von so etwas Federleichtem kann man betrogen werden, wenn sich ein Anderer die Feder stillschweigend an den eigenen Hut steckt. Deshalb ist jede wörtliche Übernahme der individuellen Sprachgestalt eines fremden Gedankens ohne deutliche Kennzeichnung eben der Wörtlichkeit des Zitats inakzeptabel.

**A:** Schöne Blüte aus dem Übertreibhaus. (Wortspiel von wem?) Und eine Maxime ad absurdum! Nicht nur die Literatur, auch die Wissenschaft ist voll von sprachlichen Wendungen, Metaphern, Sätzen, die irgendwann zum erstenmal als Gedankenblitze Einzelner einen vorher dunklen Winkel im Kosmos von Sprache und Denken erhellt und damit für Andere zugänglich gemacht haben – und deren personaler Ursprung mit Recht vergessen worden ist. Fast alles, was irgendwer heute sagt oder denkt, ist schon einmal gedacht oder gesagt worden. Die Wissenschaft lebt geradezu davon, dass sie solche Urheberchaften aus ihrem Gedächtnis löscht. Wäre es anders, ginge sie unter in einer Flut sinnloser Genealogien.

Was Ihnen vorschwebt, ist ein Bild originaler Autor/innenschaft, das vermutlich immer falsch war. Heute wird es abwegig. Wir erleben einen rapiden Wandel wissenschaftlichen Schreibens. Er hängt zusammen mit der nahezu völligen Öffnung und Transparenz der Räume, in die Publikationen zunehmend gestellt werden, dem des Internets etwa. Je umfassender zugänglich für jedermann ein solcher Raum ist, desto sinnloser werden eifersüchtige Reklamationen individueller Originalität. Warum wohl gibt es kaum Debatten über Plagiate in der Architektur? (Oder allenfalls dann, wenn jemand beschuldigt wird, die noch unverwirklichten Pläne eines Anderen entwendet zu haben, wie im Fall des David Child und seines Entwurfs eines „Freedom Tower“ an Ground Zero in New York.) Dabei steht außer Zweifel, dass sich Architekt/innen seit eh und je am reinen öffentlichen Augenschein der Werke ihrer Kolleg/innen ausgiebig bedienen. Wollen wir das tadeln? Es ist eine nachgerade notwendige Bedingung für die Entwicklung neuer Stilrichtungen, ja ganzer stilistischer Epochen. Oder nehmen Sie dies hier: 1994 erschien eine Publikation mit dem ersten Nachweis empirischer Indizien für die Existenz der sog. Top-Quarks aus dem Standardmodell der Elementarteilchenphysik – verfasst von 450 Physiker/innen des amerikanischen Fermilab. Glauben Sie, dass da noch irgendwelche Trennlinien zwischen Eigenem und Fremdem erkennbar sind? Nehmen Sie Zigtausende von Kolleg/innen weltweit hinzu, mit denen die 450 in einem ständigen Gedanken- und Datenaustausch verbunden waren, dann haben Sie ein plastisches Sinnbild für den Wandel unserer Konzeption vom wissenschaftlichen Fortschritt. Die klassische Vorstellung, schön anschaulich in der Allegorie des Bernard von Chartres, Wissenschaftler seien Zwerge auf den Schultern von Riesen, ist obsolet. Es gibt nur noch einen Riesen, und der sind wir alle, die globale Scientific community. „Social cognition“ heißt das heute in Philosophie, Kognitionswissenschaft, Psychologie und sonstwo. Und sie integriert sogar Plagiatoren objektiv ohne Mühe. Deren subjektive Antriebe mögen schäbig sein; sie sind belanglos.

**B:** Sehr schön. Aber nur die eine Seite der Wissenschaft: ihr kollektiver Modus als Menschheitsunternehmen. Dessen Voraussetzung ist freilich das vitale Funktionieren der anderen Seite: der dauernde Zustrom von Beiträgen unzähliger Einzelner. Was motiviert diese Einzelnen? Der mausgraue Altruismus, anonym und ameisenhaft am Weltenbau des objektiven Geistes mitzuwirken? Ja, das amüsiert sogar Sie! Früher, als die Seele noch unsterblich war (sagt Georg Christoph Lichtenberg), hätte es geheißt: sie investieren ihr Herzblut, mit allen Chancen und Risiken für existenzielles Glück oder Scheitern. Warum tut man das für die Wissenschaft? Wenn man bei Trost ist, gewiss nicht, weil man reich werden will. Aber im Allgemeinen eben auch nicht, weil man sich zum stummen Dienst an der Allgemeinheit berufen fühlt. Ja, die rastlose Neugier der Vernunft – so etwas gibt es, und wohl jeder von uns kennt wenigstens ein bisschen davon. Aber das lässt im Spektrum der typischen Motive von Wissenschaftler/innen noch eine breite Lücke. Und die können Sie ohne weiteres mit der Auskunft füllen, die Sie von Hochleistungssportler/innen erhalten, wenn Sie nach deren Antrieben fragen.

Das ist das Stichwort. Was wir brauchen in dieser Sphäre, wenn wir ihren Fortbestand sichern wollen, sind fundamentale Normen der Fairness, also der Gerechtigkeit. Der Wissenschaftsbetrieb verteilt ja – „social cognition“ hin oder her – jede Menge individueller Titel, Ehren und Funktionen, mit denen Lebenschancen verbunden sind. Und das geschieht auf allen Ebenen einer vielstufigen Hierarchie, vom Job als Hilfskraft bis zum Nobelpreis. Jede dieser Ebenen unterhält ihr eigenes System organisierter Konkurrenz. Und jeder, der sich dort aufhält, kennt es. Lassen wir die Fairnessnormen in diesen Systemen erodieren, dann züchten wir einen Haufen von Betrügern, Gedankenerbschleichern und Hysterikern, bevor wir zuletzt den ganzen Betrieb zusperrern können. Die Grenzen zwischen dem, was als öffentliches Geistesgut sozialisiert, und dem, was nach wie vor Urheber/innen zuzurechnen ist, mögen sich verschieben. Aufgehoben werden sie nicht, übrigens auch in Zukunft nicht, allen futuristischen Phantasmen vom Kollektivgehirn der Menschheit zum Trotz. Denn an ihrem Fortbestand hängt der Fortbestand der Wissenschaft. Nur wenn sie fair gezogen und garantiert werden, gibt es für die Einzelnen ein rationales Motiv, ihren Lebenssinn gerade dort zu suchen.

**A:** Sie übertreiben erneut. Das mischt ihren Vokativen übrigens einen leise komischen Ton bei. Einer hat frech plagierte – und vor der Kulturwelt öffnet sich der Abgrund ihres Untergangs. Wollen wir die Kirche nicht im Dorf lassen? Das Vergehen des Herrn zu G. ist kein Kapitalverbrechen, und die Kanzlerin hat mit ihrer politisch kalkulierten Solidarität keine Grundnorm ihres Genres gebrochen. Die Selbstverteidigung des Ex-Ministers,

er habe ohne Täuschungsabsicht gehandelt, mag einem missfallen, aber man wird sie ihm zugestehen müssen.

**B:** Warten Sie – wollen Sie ernsthaft sagen, dass Sie in der Behauptung, er habe zwar kopiert, aber nicht absichtlich, etwas anderes erkennen können als einen Rekurs auf den offenen Nonsens?

**A:** Nein, selbstverständlich hat er absichtlich kopiert. Das ist ja nun evident und ich sehe nicht, dass er das bestritten hätte. Was er bestritten hat, ist, dass er absichtlich getäuscht habe. Muss ich Ihnen den Unterschied erläutern? Sie sind doch Strafrechtler.

**B:** Ah, verstehe! Ja, das ist nicht dasselbe. Wer etwas nicht sagt, täuscht damit nur, wenn er eine Pflicht hat, das Verschwiegene zu offenbaren. Bei Strafrechtler/innen heißt das Garantenpflicht. Über Dinge, die man nicht offen legen muss, täuscht man nicht, wenn man sie verschweigt. Also zum Beispiel darüber, dass man als Doktorand/in jedes Mal vor dem Weiterschreiben an seiner Dissertation erst zehn Minuten Kopfstand machen oder sonstwie meditieren musste, um gute Ideen zu haben. Und hat man zwar eine solche Offenbarungspflicht, glaubt aber irrig, man habe sie nicht, dann handelt man, wenn man schweigt, eben ohne die Absicht zu täuschen, selbst wenn der Irrtum abwegig ist. Ich weiß nicht, ob Herr zu G. so fein unterscheidet, wiewohl ich ihm die branchenübliche Fähigkeit zur Rabulistik natürlich zutraue. Aber dieses Argument zu seinen Gunsten fehlt tatsächlich in der öffentlichen Debatte, die ja leider ebenfalls nicht so fein unterscheidet. Und wer wäre besser prädestiniert, es vorzubringen, als Sie, der Sie Herrn zu G. ja auch mit dem weiteren Argument sekundieren, die „social cognition“ habe eben die Grenze zwischen zitbedürftigen Originaltexten und frei verfügbarem öffentlichen Geistesgut nachhaltig zugunsten des letzteren verschoben. Und da mag man sich dann schon einmal über diesen neuen Grenzverlauf irren. Richtig?

Ihr Argument ist trotzdem falsch. Herr zu G. hat ja nicht nur etwas verschwiegen – zahlreiche seiner Quellen –, sondern er hat auch etwas positiv erklärt, sogar ehrenwörtlich, nämlich dass er keine seiner Quellen verschwiegen habe. Und dass er dies sehr wohl hat, wusste er; hier sind wir uns ja einig. Er mag sich ja, mit dem Rückenwind der „social cognition“, für berechtigt gehalten haben, wörtlich abzuschreiben. Aber dass er dies tat, wusste er. Und er mag es anschließend sogar für erlaubt gehalten haben, darüber ehrenwörtlich die Unwahrheit zu sagen. Aber dass er sie sagte, wusste er ebenfalls. Also täuschte er bewusst. Selbst wenn er beides, Abschreiben wie ehrenwörtlich das Gegenteil versichern, für erlaubt gehalten hätte, wäre sein Irrtum bloß das, was Strafrechtler/innen „Verbotsirrtum“ nennen. Und dieser ändert nichts an der bewussten Täuschung und könnte

Herrn zu G. übrigens auch sonst nicht entlasten – soweit wie es, sozusagen umgekehrt, einen Urkundenfälscher entlasten kann, wenn er ernsthaft überzeugt ist, er dürfe ein von ihm selber hergestelltes Schriftstück mit dem Urhebervermerk eines fremden Namens versehen.

**A:** Also gut – zugestanden. („First thing we do, let’s kill all the lawyers!“ Sagt William Shakespeare, der bekanntlich immer recht hat, wie sonst nur die Jurist/innen.) Und das, meinen Sie, durfte reichen für das tödliche mediale Verdikt über die politische Karriere eines ja vielleicht guten Ministers? Finden Sie nicht, dass in dem maßlosen Stimmengewirr um diese Affäre am Ende auch der hässliche Ton einer geifernden Hetzmasse hörbar war?

**B:** Vielleicht, ich weiß es nicht. Immerhin verstehe ich, was Sie meinen. Was ich aber weiß, ist, dass der wirkliche Skandal in der Causa G. nicht diese Causa, sondern der Satz der Kanzlerin gewesen ist, sie habe keinen wissenschaftlichen Assistenten, sondern einen Verteidigungsminister berufen. Es war übrigens auch der dümmste Satz der ganzen Geschichte, und Frau M. wird ihn als politischen Schatten nicht mehr loswerden. Was sie hätte tun können und sollen, lag eigentlich auf der Hand: Zunächst eine Art öffentliches Notstandsraisonnement durchführen, mit allerlei komplizierten Abwägungen – schwe-

res akademisches Delikt, aber leider auch schwere Zeiten für die Bundeswehr etc. – und dann den Minister zum Rücktritt nötigen und ihm dabei in einem internen politischen Deal jederlei Hilfe für einen zweiten Aufstieg seiner Karriere in der nächsten Legislaturperiode zusagen.

Die Wissenschaft wird mit Plagiatsfällen wie dem des Herrn zu G. spielend fertig. Aber dieser törichte Satz aus dem Mund der Regierungschefin ist in seinem dahingespuckten Tonfall der Bagatellisierung ein Anschlag auf eine Grundnorm wissenschaftlicher Fairness. Eine solche Norm, sagen Rechtstheoretiker/innen, beginnt genau dann zu erodieren, wenn ihr öffentlich sichtbarer Bruch vom Garanten der Normenordnung demonstrativ sanktionslos gelassen wird. Und dass dann übrigens die Forschungsministerin diesem Satz zustimmte, bevor sie Tage später ihr Schamgefühl für Herrn zu G.s Plagiate entdeckte, aber nicht für diesen Satz, das war der zweite Akt dieses Skandals. Herr zu G. hat die Sache als Minister nicht überstanden. Aber auf die Verdienste der Forschungsministerin ist offenbar kein Schatten gefallen. Und das, ich kann mir nicht helfen, ist der dritte Akt.

**A:** Sie übertreiben.

**B:** Finden Sie? Sie übertreiben.

Gerhard Strate\*

## Vorbilder: Oliver Wendell Holmes Jr.

Die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung<sup>1</sup> zeigt unser höchstes Gericht erneut in gewohnter Souveränität: abhold den Zeitströmungen und unbeeindruckt von den Erwartungen der Politik. Das Grundgesetz hat diesem Gericht einen konstitutionellen Rahmen gegeben, der es ihm erlaubt, ein wirklich starker Verfassungsgerichtshof zu sein. Das Recht zur Verfassungsbeschwerde hat in den sechzig Jahren seines Bestehens dem Bundesverfassungsgericht ein für diese Republik segensreiches Wirkungsfeld gegeben und maßgeblich dazu beigetragen, dass der Grund-

rechtskatalog gelebte Verfassung werden konnte und nicht nur die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte, sondern vielfach auch die Regeln des täglichen Mit- und Gegeneinanders prägt. Einen vergleichbaren Einfluss auf die Gestaltung des gesellschaftlichen Lebens hat nur noch der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika<sup>2</sup>: der U.S. Supreme Court. Er und das Bundesverfassungsgericht sind die einzigen Staatsgerichtshöfe von Rang.

Dass sie das wurden, verdanken sie jedoch nicht nur ihrer funktionellen Verankerung in der jeweiligen Verfassung,<sup>3</sup> sondern immer wieder auch glücklichen Fügungen in der personellen Besetzung dieser Gerich-

\* Herr Dr. iur. h.c. Gerhard Strate ist Rechtsanwalt in Hamburg und Mitglied im Verfassungsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer. Es handelt sich um einen für die Veröffentlichung leicht überarbeiteten Vortrag. Wegen ihrer (rechts-)historischen Bedeutung wurden die Zitate zum Teil in ihrer englischen Fassung beibehalten.

<sup>1</sup> BVerfG vom 04.05.2011, EuGRZ 2011, 297 (dort abgedruckt mit den die mündliche Urteilsbegründung einführenden Worten des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts und Vorsitzenden des Zweiten Senats, Prof. Dr. Andreas Voßkuhle).

<sup>2</sup> Er besteht formell seit 1789, bekam aber erst unter seinem vierten „Chief Justice“ John Marshall, der dem Gericht 34 Jahre vorsah (1801–1835), seine institutionell starke Rolle.

<sup>3</sup> Article Three Section 1 der United States Constitution; Art. 92, 93 des Grundgesetzes.

te. Es waren nicht nur die glänzenden Juristinnen und Juristen mit tadelloser Justizkarriere, die den Weg in das Verfassungsgericht oder den U.S. Supreme Court fanden. Es waren häufig auch unabhängige Köpfe aus der Wissenschaft sowie der administrativen und anwaltlichen Praxis – Querdenker/innen, die oft zunächst in der Minderheit waren, um Vordenker/innen späterer Mehrheiten zu werden. Einer von ihnen ist Oliver Wendell Holmes Jr. Er verdient es, in Erinnerung gerufen zu werden.

Geboren am 8. März 1841 in Boston, gestorben am 6. März 1935 in Washington D.C. Selbst wenn das Leben eines Menschen, wie im Falle Oliver Wendell Holmes', fast volle 94 Jahre umspannt, so ist die Spur eines solchen Lebens schnell vergessen und die von ihm in die Nachwelt wirkenden Impulse werden von den Verbliebenen der folgenden Generationen kaum noch gespürt.

Einer der Zeitgenossen des Oliver Wendell Holmes Jr. war der amerikanische Präsident Franklin Delano Roosevelt. Wenige Tage nach seinem Amtsantritt am 3. März 1933 suchte er Holmes in dessen Haus in Washington auf. Roosevelt nannte Holmes den größten lebenden Amerikaner und bat ihn um einen Kommentar: „Sie haben die größere Hälfte der Geschichte unseres Landes erlebt. Sie haben unsere großen Männer gesehen. Dies ist eine dunkle Stunde, welchen Rat haben Sie für mich?“ Holmes antwortete: „Sie sind in einem Kriege, Mr. President. Ich war auch in einem Kriege, und in einem Kriege gibt es nur ein Gebot: Form your batallions and fight!“<sup>4</sup> Beide meinten damals die innenpolitische Lage, die durch Massenarbeitslosigkeit und soziale Not geprägt war. Die Geschehnisse des folgenden Jahrzehnts, des 2. Weltkriegs, gaben dieser Bemerkung in der Rückschau jedoch eine prophetische Qualität.

Zurück zu den Anfängen: Im Alter von 16 Jahren, 1857, wird Oliver Wendell Holmes in dem seiner Geburtsstadt Boston benachbarten, auf der anderen Seite des Charles River liegenden Cambridge ein „Harvard man“. Er studiert zunächst Philosophie. Aus dem Studium herausgerissen wird er 1861 durch den Sezessionskrieg. Er kämpft – innerhalb kurzer Zeit zum Ersten Leutnant befördert – in dem 20. Regiment der Freiwilligen-Infanterie von Massachusetts und nimmt in den ersten drei

Jahren des Krieges an allen großen Schlachten teil, wird dreimal, zum Teil schwer, verletzt. In der Schlacht bei Fort Stevens begegnet Holmes einem anderen großen amerikanischen Präsidenten, Abraham Lincoln. Der Wortwechsel mit ihm ist einseitig und kurz. Mitten im Beschuss des Gegners sieht Holmes vor sich, hochaufgerichtet und ohne Deckung, eine lange hagere Gestalt. Er herrscht ihn an: „Get down, you fool!“ Der „fool“, der Idiot, das war Präsident Lincoln.<sup>5</sup>

Nach drei Jahren quittiert Holmes den Kriegs- und Militärdienst und schreibt sich an der Harvard Law School ein. Wie jeder junge Jurist hat er Zweifel an seinem Beruf zur Rechtswissenschaft und fragt sich wiederholt, ob das Recht wirklich „worthy a whole intelligence“ sei. „Man fand sich versenkt in einen dichten Nebel von Einzelheiten, in eine schwarze Frostnacht, in der es keine Blumen, keine leichten Freuden gab. Autoritative Stimmen warnten, in diesem Eisgeschiebe müsse jegliche Kraft erlahmen.“<sup>6</sup> Es war sicher auch die Konkurrenz zu seinem starken Vater, einem Mann gleichen Namens, Oliver Wendell Holmes Sr., die ihn durchhalten ließ. Sein Vater war zu jener Zeit ein berühmter Mann, Arzt und Dichter, der für die von seinem Sohn getroffene Wahl des Jurastudiums nur Verachtung hatte. Als Holmes Jr. seinen Vater aufsucht, um ihm mitzuteilen, er werde an der Law School in Harvard studieren, bekam er eine schneidende Antwort: „What's the use of that, Wendell? A lawyer can't be a great man.“<sup>7</sup> Holmes Jr. revanchierte sich hierfür nicht nur mit spitzen Bemerkungen. Als ein amerikanischer Schriftsteller einmal despektierlich bemerkte: „So you are the son of the celebrated Oliver Wendell Holmes.“, bekam er prompt die passende Antwort: „No, he was my father.“<sup>8</sup>

Die ersten zehn Jahre nach dem 1866 erfolgten Abschluss seines Studiums arbeitet Oliver Wendell Holmes Jr. zunächst als Anwalt, beginnt aber parallel eine ausgiebige wissenschaftliche Tätigkeit, zunächst mit einer Überarbeitung des damaligen Standardwerks „Kents Commentaries on American Law“. 1881 erscheint seine berühmte Abhandlung „The Common Law“. Dieses Werk ist eine Provokation der damals – gerade in Harvard – vorherrschenden Lehre. Es scheint im Geiste fast so, als galoppierte wieder der junge Leutnant auf die feindlichen

4 Die Übersetzung nach *Gustav Radbruch*, Oliver Wendell Holmes – Zur Biographie eines amerikanischen Juristen, SJZ 1946, S. 25 (26). Noch vor seinem berühmten Aufsatz über „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ (in SJZ 1946, 105) veröffentlichte *Gustav Radbruch* in der SJZ diese kleine Abhandlung; Anlass war das Erscheinen der von *Catherine Drinker Bowen* verfassten Biographie „Yankee from Olympus: Justice Holmes and his Family“ (Little, Brown and Company, New York 1945). Im englischen Original lautet der Wortwechsel: „You have lived through half our country's history; you have seen its great men. This is a dark hour. Justice Holmes, what is your advice to me?“ „You are in a war, Mr. President. I was in a war, too. And in a war there is only one rule: Form your batallions and fight.“ Zitiert nach *Catherine Drinker Bowen*, *Yankee from Olympus*, 1945, S. 414.

5 Die Authentizität dieser – in mehreren Versionen erzählten – Geschichte über die Begegnung von Oliver Wendell Holmes Jr. und Abraham Lincoln ist wiederholt in Zweifel gezogen worden, geht aber auf Holmes selbst zurück, vgl. *Sheldon M. Novick*, *Honorable Justice – The Life of Oliver Wendell Holmes*, 1989, S. 422.

6 Übersetzung nach *Radbruch* (SJZ 1946, S. 25); im englischen Original: „One found oneself plunged in a thick fog of details – in a black and frozen night, in which were no flowers, no spring, no easy joys. Voices of authority warned that in the crush of that ice any craft might sink.“ Zitiert nach *Catherine Drinker Bowen*, *Yankee from Olympus*, 1945, S. 216.

7 *Catherine Drinker Bowen*, *Yankee from Olympus*, 1945, S. 201.

8 Zitiert nach *Julius J. Marke*, *A Law Student's Guide to Mr. Justice Holmes*, 28 U. Fla. L. Rev. 376, 385 (1975–1976).

Truppen zu. Das Buch beginnt mit einem Fanfarenstoß: „The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. The life of the law has not been logic: it has been experience.“ „Das Ziel dieses Buches ist, eine allgemeine Sicht auf das Common Law zu vermitteln. Um diese Aufgabe zu vollbringen, sind andere Dinge nötig als nur Logik. Es soll gezeigt werden, dass die Geschlossenheit eines Systems zwar ein bestimmtes Ergebnis verlangt, aber das ist nicht alles. Das Leben des Rechts ist nicht Logik, es ist Erfahrung.“ Und weiter: „The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become.“<sup>9</sup> „Das Recht verkörpert die Geschichte einer Nation über mehrere Jahrhunderte hinweg; es kann nicht behandelt werden wie eine Sammlung von Grundsätzen und daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen, vergleichbar einem Mathematiklehrbuch. Um zu wissen, was das Recht ist, müssen wir wissen, was es war und wohin es sich in der Zukunft neigt.“ Er behandelt alsdann das Kriminalrecht, das Deliktsrecht, das Vertragsrecht, das Eigentums- und das Erbrecht, jeweils nicht nur bezogen auf seine Quellen im römischen und englischen Recht, sondern wiederholt auch mit Bezug auf das „Early German Law“.

Ein Jahr nach dem Erscheinen dieses Werkes beginnt die richterliche Laufbahn Oliver Wendell Holmes’. Er wird Mitglied im Supreme Judicial Court of Massachusetts. Unter seinem Einfluß beginnt das höchste Gericht dieses Bundesstaats die Rechte der Arbeiter/innen anzuerkennen, sich in Gewerkschaften zusammenzuschließen. „Fundamental fairness“ verlange, dass die Arbeiter /innen den Unternehmern „on an equal footing“ (gleichberechtigt) begegnen. Diese Rechtsprechung war es möglicherweise, weshalb Theodore Roosevelt auf Holmes aufmerksam wurde. Theodore Roosevelt war zunächst „running mate“ des 1900 ins Amt des Präsidenten gekommenen William McKinley. Als dieser im September 1901 von einem Anarchisten erschossen wurde, übernahm Theodore Roosevelt sein Amt. Schon wenige Monate später ernannte er Holmes zum Richter am U.S. Supreme Court. Roosevelt war zwar Republikaner, fühlte sich aber den Interessen der Arbeiterschaft verpflichtet und führte einen entschiedenen Kampf gegen die damals aufkommenden Monopole. Er erhoffte sich offenbar von Oliver Wendell Holmes eine Stützung seines Kurses. Als auf Roosevelt’s Weisung hin das Department of Justice den Zusammenschluss von drei Eisenbahngesellschaften zur damals größten Eisenbahngesellschaft der Welt, der

„Northern Securities“, untersagte, kam der Fall zum U.S. Supreme Court.

Holmes musste ihn enttäuschen. Zwar billigte der U.S. Supreme Court mit knapper Mehrheit von 5 zu 4 Stimmen die Antitrust-Maßnahmen des Präsidenten. Roosevelt’s schwerste Schlappe war, dass nun gerade „sein“ Mann beim U.S. Supreme Court, Oliver Wendell Holmes Jr., gegen die Maßnahmen der Regierung votierte, wobei Holmes Jr. sich nicht nur mit der schlichten Ablehnung begnügte, sondern aus Rechtsgründen der Mehrheitsmeinung eine glänzende „dissenting opinion“ entgegenstellte. Die Antitrust-Maßnahmen hatten zwar die öffentliche Sympathie, zumal hinter der Finanzierung dieses Monopols die Bank J.P. Morgan stand, eine damals (wie heute) für dubiose Finanztransaktionen „übliche Verdächtige“. Diese öffentliche Sympathie, welche das Ganze zu einem „great case“ machte, war Holmes unheimlich. Er beginnt seine „dissenting opinion“ mit den Worten: „Great cases, like hard cases, make bad law. For great cases are called great, not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment.“<sup>10</sup> „Große Fälle, gleichwie hässliche Fälle, machen schlechtes Recht. Denn große Fälle werden nicht etwa deshalb groß genannt, weil sie für die Formung des zukünftigen Rechts irgendeine Bedeutung hätten, sondern wegen der Beimischung eines unmittelbaren überbordenden Interesses, welches die Gefühle anspricht und das Urteil verzerrt.“

Der nur auf das Ergebnis, nicht auf die Begründung schauende Theodore Roosevelt soll auf dieses Sondervotum mit der wütenden Bemerkung reagiert haben: „I could carve out of a banana a judge with more backbone than that.“<sup>11</sup> – „Aus einer Banane könnte ich einen Richter mit mehr Rückgrat formen als diesen hier!“ Holmes irritierte das nicht. Er sah sein Sondervotum nicht im Widerspruch zu seiner früheren Zeit beim Massachusetts Court, als er sich für die Rechte der Gewerkschaften einsetzte. Er sah eine Zeittendenz zur „combination“, zum Zusammenschluss, sowohl für Unternehmer/innen wie für Arbeiter/innen.

Bereits ein Jahr später fand sich Holmes wieder in der Minderheit. In dem Fall *Lochner v. People of the State of New York* hatte die Mehrheit des U.S. Supreme Court ein Gesetz im Staate New York für verfassungswidrig erklärt, welches die Arbeitszeit in Bäckereien auf maximal sechzig Stunden die Woche und zehn Stunden am Tage begrenzte. Diese Arbeitszeitbegrenzung sei ein Eingriff

<sup>9</sup> Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, 1881, (Reprint 1991), S. 1.

<sup>10</sup> 193 U.S. 197, 364.

<sup>11</sup> Henry Julian Abraham, *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*, 2. Aufl. 1985, S. 69.

in das Grundrecht auf „liberty“, garantiert durch das 14th Amendment der Verfassung. Auf vielen, vielen Seiten legt die Mehrheit des Gerichts dar, dass die Bäcker in New York und ihre Angestellten ihres Rechts auf „liberty“ und „free contract“ angeblich beraubt würden, wenn dieses Gesetz Bestand hätte. Die 21 Druckseiten, auf denen die Mehrheit ihre Begründung lieferte, finden heute nur noch das Interesse von Historikern, die „dissenting opinion“ des Oliver Wendell Holmes Jr. hingegen ist unter amerikanischen Juristen bis in die Gegenwart Quelle vieler Zitate. Sie umfasst nur 38 Zeilen und beginnt mit den Sätzen: *„But a Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar, or novel, and even shocking, ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States. (...) General propositions do not decide concrete cases.“*<sup>12</sup> *„Eine Verfassung ist nicht dazu da, einer besonderen ökonomischen Theorie Geltung zu verschaffen, sei es nun die des Paternalismus oder die des Laissez Faire. Sie ist geschaffen für Menschen von grundsätzlich unterschiedlicher Sicht der Dinge, und der bloße Zufall, dass uns bestimmte Auffassungen natürlich oder verwandt, neuartig oder gar schockierend erscheinen, darf nicht die Frage entscheiden, ob bestimmte Gesetze, die solche Auffassungen umsetzen, gegen die Verfassung verstoßen. (...) Generelle Behauptungen entscheiden nicht den konkreten Fall.“* Diese Worte waren in den Ohren seiner Kollegen ein Peitschenknall. Oliver Wendell Holmes Jr. lehnte es ab, die Verfassung auf ein bestimmtes ökonomisches System festzulegen und wollte Experimenten in der Gesetzgebung der Einzelstaaten freie Bahn lassen. Mit diesem zweiten Sondervotum begann sein Ruf als „Great Dissenter“. Er war ein großer Dissenter nicht nur wegen der Präzision der Gedankenführung, der Pointiertheit seiner Sprache und der Reduktion seines Textes auf das stets Notwendige. Er war ein großer Dissenter, weil jeder „Dissent“ die Geburt eines neuen Gedankens verkündete. Diese Sondervoten sind zahlreich und wären alle erwähnenswert. Ich möchte mich auf ein letztes beschränken.

Wir schreiben das Jahr 1929. Am 12. April 1929 verhandelt der U.S. Supreme Court den Fall der Einwanderin Rosika Schwimmer. Schwimmer war eine Pionierin der ungarischen Frauen- und der internationalen Friedensbewegung. 1918/1919 gehörte sie zum ungarischen Nationalrat und musste 1920 vor dem „weißen Terror“ des an die Macht gekommenen Horthy-Regimes fliehen. Sie wanderte aus nach Amerika und beantragte nach einigen Jahren die amerikanische Staatsbürgerschaft. Hierzu musste man – nach dem Naturalizations Act von 1906 –

einen sog. „Oath of Allegiance“ (Eid der Zugehörigkeit) ablegen. Dem ging in der Prozedur die Ausfüllung eines Fragebogens voraus. Frage 22 lautete: *„If necessary, are you willing to take up arms in defense of this country?“* Rosika Schwimmer antwortete: *„I would not take up arms personally.“*<sup>13</sup> Das reichte, um ihr die neue Staatsangehörigkeit zu verweigern. Ihre Klage gegen diese Entscheidung geht bis an den U.S. Supreme Court. Auch dort hat sie bei sieben Richtern keinen Erfolg. Die Mehrheit ist der Auffassung, ihre Erklärungen seien vage und zweideutig. Ihr Pazifismus sei zwar mit der Verfassung vereinbar, das ändere aber nichts daran, dass alle Amerikaner/innen im Notfalle das Land gegen alle Feinde zu verteidigen hätten. Zwei Wochen nach der Verhandlung des Schwimmer-Case, am 30. April 1929, stirbt Holmes' Ehefrau Fanny, mit der er seit Kindheitstagen zusammen und seit 1872 verheiratet war. Holmes ist inzwischen 88 Jahre alt. Trotz dieses Schicksalsschlages begibt er sich schon eine Woche nach ihrer Beisetzung an sein Stehpult,<sup>14</sup> um seine „dissenting opinion“ niederzuschreiben. Sie umfasst nur wenige Absätze, ist aber voller Strahlkraft des klaren Wortes. Der erste Satz beginnt zunächst mit beißendem Spott: *„The applicant seems to be a woman of superior character and intelligence, obviously more than ordinarily desirable as a citizen of the United States.“*<sup>15</sup> *„Die Beschwerdeführerin scheint eine Frau von überlegenem Charakter und Verstand zu sein, offenbar mehr als üblicherweise wünschenswert für einen Bürger der Vereinigten Staaten.“* Der Spott treibt ihn auch noch um, als er sich der Angemessenheit der an Rosika Schwimmer im Einbürgerungsverfahren gerichteten Fragen zuwendet: *„So far as the adequacy of her oath is concerned I hardly can see how that is affected by the statement, inasmuch as she is a woman over fifty years of age, and would not be allowed to bear arms if she wanted to.“*<sup>16</sup> *„Was die Angemessenheit (Aussagekraft) ihres Eides anbelangt, kann ich nicht erkennen, wie diese durch ihre Erklärung beeinflusst wird, zumal sie eine Frau über fünfzig ist und Waffen gar nicht tragen dürfte, selbst wenn sie wollte.“* Der Spott weicht schließlich tiefem Ernst, als Oliver Wendell Holmes Jr. sich am Schluss seines Votums den grundsätzlichen Fragen widmet: *„Some of her answers might excite popular prejudice, but if there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate. I think that we*

13 279 U.S. 644, 647.

14 Wie einer der „law clerks“ von Oliver Wendell Holmes berichtete, schrieb er die meisten seiner „Opinions“ an einem von seinem Großvater geerbten Stehpult. Hierfür gab er folgende Begründung: *„There is nothing so conducive to brevity as a feeling of weakness in the knees.“* („Nichts zwingt mehr zur Kürze als das Gefühl einer Schwäche in den Knien.“); vgl. Erwin N. Griswold in seinem Vorwort zu Sheldon M. Novick (Hrsg.), *The Collected Works of Justice Holmes*, 1995, S. xiv.

15 279 U.S. 644, 653.

16 279 U.S. 644, 653/654.

12 198 U.S. 45, 76/77.

should adhere to that principle with regard to admission into, as well as to life within this country. And recurring to the opinion that bars this applicant's way, I would suggest that the Quakers have done their share to make the country what it is, that many citizens agree with the applicant's belief and that I had not supposed hitherto that we regretted our inability to expel them because they believed more than some of us do in the teachings of the Sermon on the Mount.“<sup>17</sup> „Einige ihrer Antworten mögen das gemeine Vorurteil erregen, aber wenn es einen Grundsatz unserer Verfassung gibt, der mehr als jeder andere Beachtung erheischt, dann ist das der Grundsatz der Gedankenfreiheit, nicht etwa Gedankenfreiheit für jene, die mit uns übereinstimmen, sondern Freiheit für den Gedanken, den wir hassen. Dieser Grundsatz sollte uns nicht nur bestimmen bei der Zulassung in dieses Land, sondern auch bei der Gestaltung des Lebens innerhalb dieses Landes. Und, um auf die Überlegungen zurückzukommen, die der Beschwerdeführerin den Weg in dieses Land versperren: Ich möchte behaupten, dass die Quäker ihren Anteil daran

17 279 U.S. 644, 654/655.

haben, dass dieses Land das ist, was es jetzt ist, und dass viele Bürgerinnen und Bürger mit der Meinung der Beschwerdeführerin übereinstimmen, ohne dass ich bisher Anlaß gehabt hätte, unsere Unfähigkeit zu bedauern, sie des Landes verweisen zu können, bloß weil sie mehr an die Lehren der Bergpredigt glauben als einige von uns.“

Oliver Wendell Holmes Jr. verließ auf eigenen Wunsch den U.S. Supreme Court im Jahre 1932, im Alter von 90 Jahren. Er starb am 6. März 1935 und ist beigesetzt im Friedhof von Arlington.

Was hat er uns gelehrt? Es gibt allgemeine Tugenden, die für Juristinnen und Juristen in besonderem Maße gelten, wenn sie den Weg des Rechts verfolgen wollen: Stets den eigenen Kopf zu bewahren, die Gedanken nicht immer nur gerade verlaufen zu lassen, sondern gelegentlich quer, manchmal Nein zu sagen, wenn viele schon das Ja auf den Lippen haben, Hochmut mit Geringschätzung, zuweilen auch mit Spott zu beantworten, den fahlen Phrasen ein leuchtendes Wort entgegenzusetzen, statt Bequemlichkeit Zivilcourage zu zeigen.

Julian Kanschik\*

## Fortgeschrittenenklausur im Zivilrecht: Der gutgläubige Hypothekenerwerb

Die Klausur zum Sachenrecht behandelt den gutgläubigen Erwerb von Hypotheken und die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten. Das Hypothekenrecht stellt eine in der juristischen Ausbildung bei Prüfungen sehr beliebte Thematik dar. Nachdem im ersten Abschnitt Grundkenntnisse zur Entstehung und der Übertragung des Sicherungsmittels gefordert werden, muss im zweiten Teil der Klausur zur Problematik einer doppelten Inanspruchnahme des Hypotheken- und Forderungsschuldner Stellung genommen werden.

### Sachverhalt

Vor den Toren Hamburgs, im alten Land, ist Elena Edel stolze Eigentümerin eines Reetdachhauses mit einem alten Garten. Leider ist das Unternehmen der E, eine in der

Innenstadt gelegene Hutboutique, in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Um diese zu überbrücken, wendet sie sich vertrauensvoll an ihre Lieblings-Oma Gertrud. Da G nicht bereit ist, der E mit einer kleinen Schenkung unter die Arme zu greifen, gewährt sie der E ein Darlehen i. H. v. 300.000 €. Hiermit soll E ihre Boutique retten. Die von Natur aus misstrauische G verlangt jedoch für das gewährte Darlehen Sicherheiten. E bestellt G auf ihrem Grundstück eine Briefhypothek, die im Grundbuch eingetragen wird. Im Darlehensvertrag verpflichtet sich die E, monatliche Zahlungen i. H. v. 2.000 € zu leisten. Als auch nach drei Jahren immer noch keine Zahlungen der E bei G eingegangen sind, wird G ungehalten. Sie überträgt die Hypothek in notariell beglaubigter Form, unter Übergabe des Hypothekenbriefes, an den Sohn ihrer Freundin, den Arzt Peter Platt. Dieser hat sich während einer schweren Krankheit liebevoll um sie gekümmert. Um sich die Gründung einer eigenen Arztpraxis finanzieren zu können, verkauft er die Hypothek, in notariell beurkundeter Form unter Übergabe des Hypothekenbriefes, an die Global Trust Bank B weiter. Der E sind diese Vorkommnisse alles andere als willkommen. In ei-

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Sommersemester 2011 zur Vorlesung Sachenrecht II von Prof. Dr. iur. Hinrich Julius an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „sehr gut“ bewertet.

nem Treffen zum Kaffee mit der G unterrichtet sie diese von den Ereignissen der vergangenen Zeit. G reagiert hierauf sehr ungehalten und unterstellt der E groben Undank für ihre Hilfe. In den folgenden Wochen steigert sie sich zunehmend in ihre Wut über die Vorfälle hinein und erleidet daraufhin einen leichten Schwächeanfall, weswegen sie im Krankenhaushaus stationär behandelt werden muss. Hierbei wird festgestellt, dass sich die G bei der Übertragung der Hypothek an P in Folge einer Alterskrankheit in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand krankhafter Geistesstörung befand. Wenig später macht die B, da die Patient/innen in der Praxis des P leider ausbleiben und P die Darlehensraten nicht begleichen kann, ihre Ansprüche gegen E geltend.

Wie ist die Rechtslage?

## Gutachten

### Ansprüche der B gegen E

#### I. Anspruch gegen E auf Duldung der Zwangsvollstreckung, § 1147 BGB

B könnte einen Anspruch gegen E auf Duldung der Zwangsvollstreckung in deren Grundstück aus § 1147 BGB haben. Hierzu müsste der Anspruch des § 1147 BGB entstanden, nicht erloschen und durchsetzbar sein.

##### 1. Anspruch entstanden

Zunächst müsste der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus § 1147 BGB entstanden sein. Hierfür müsste B Inhaberin einer Hypothek i. S. d. §§ 1113 ff. BGB und E Eigentümerin des durch die Hypothek belasteten Grundstückes sein.

##### a) Eigentum der E

E ist Eigentümerin des Grundstücks in Hamburg, in das die B vollstrecken will.

##### b) Hypothekeninhaberschaft

B müsste allerdings auch Inhaberin eines Hypothekenrechts i. S. d. §§ 1113 ff. BGB am Grundstück der E sein. Dies erscheint hier fraglich.

##### aa) Ursprüngliche Inhaberschaft der G

Ursprünglich könnte die G Hypothekengläubigerin der E gewesen sein. Hierzu müsste sie eine Hypothek am Grundstück der E erworben haben. Infrage kommt hier ein Ersterwerb. Das Grundstück der E war ursprünglich nicht belastet. Maßgeblich sind hier die Vorschriften der §§ 873 I, 1113 I, 1115 I, 1116 f. BGB.

##### (1) Einigung, §§ 873 I, 1113 I, 1116 BGB

Zunächst müssten sich Eigentümerin E und Hypothekengläubigerin G geeinigt haben, dass eine Hypothek am Grundstück der E bestellt werden soll. E und G vereinbarten, dass die G als Sicherheit für die Darlehenssumme i. H. v. 300.000 €, die E von G erhalten hat, eine Briefhypothek am Grundstück der E erhalten soll. Sollte E das Darlehen nicht oder nicht ganz zurückbezahlen können, so sollte sich die G aus dem Grundstück befriedigen dürfen. Man einigte sich weiter darauf, dass eine Briefhypothek bestellt werden sollte und keine Buchhypothek. Eine Einigung i. S. d. §§ 873 I, 1113 I, 1116 BGB zwischen E und G bezüglich der Bestellung einer Hypothek liegt folglich vor.

##### (2) Eintragung, §§ 873 I, 1115 I BGB

Weiter müsste die Briefhypothek der G auch in das Grundbuch eingetragen worden sein, §§ 873 I, 1115 I BGB. Hier wurde die Eintragung der G als Gläubigerin sowie die Darlehensforderung i. H. v. 300.000 € formgerecht in das Grundbuch eingetragen. Über die Eintragung weiterer Tatsachen, bspw. die Rückzahlmodalitäten, ist nichts bekannt. Insbesondere liegt keine Eintragung über einen Zinssatz vor. G hat E das Darlehen mangels anderer Angaben unverzinslich zur Verfügung gestellt. Die Briefhypothek der G wurde folglich auch gemäß den §§ 873 I, 1115 I BGB in das Grundbuch eingetragen.

##### (3) Übergabe, § 1117 I 1 BGB

G müsste auch den Hypothekenbrief übergeben bekommen haben, § 1117 I 1 BGB. Dies ist erforderlich, um den materiell-rechtlichen Erwerbsvorgang abschließen zu können. Eine Aushändigungsabrede i. S. d. § 1117 II BGB wurde zwischen E und G nicht getroffen, jedoch wurde G der Brief übergeben. Die erforderliche Übergabe des § 1117 I 1 BGB liegt somit auch vor.

##### (4) Einigsein, § 873 I BGB

G und E sind sich bei Eintragung und Übergabe auch noch einig gewesen, wodurch das Erfordernis aus § 873 I BGB ebenfalls erfüllt ist.

##### (5) Berechtigung der E

G müsste ihre Hypothek auch von einer berechtigten Person erhalten haben. Berechtigte/r in Bezug auf ein Grundstück ist grundsätzlich der/die Eigentümer/in. E ist Eigentümerin des Grundstückes in FHH, wodurch sie auch als Berechtigte darüber verfügen konnte und durfte. G hat ihre Hypothek somit auch von einer berechtigten Person erworben.

##### (6) Bestand der zu sichernden Forderung, § 1113 I BGB

G müsste auch Inhaberin einer Forderung gegen die E sein, die durch die Hypothek abgesichert werden soll, § 1113 I BGB. Vorliegend ist zwischen G und E ein Dar-

lehensvertrag i. S. d. § 488 I BGB zustande gekommen, aus dem die G der E 300.000 € gezahlt hat. Sie hat einen Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta aus § 488 I 2 BGB. Folglich besteht die zu sichernde Forderung der G aus § 488 I 2 BGB gegen E.

#### (7) Zwischenergebnis

G hat somit eine Hypothek i. S. d. §§ 1113 I, 1116 I BGB von E zur Sicherung der Forderung auf Rückzahlung der Valuta erworben, §§ 873 I, 1113 I, 1115 I, 1116 I, 1117 I BGB.

#### bb) Zweiterwerb der Hypothek durch P

G könnte ihre Briefhypothek am Grundstück der E jedoch an P verloren haben. Hierzu müsste sie die Darlehensforderung aus § 488 I 2 BGB wirksam an P nach den Vorschriften der §§ 1154, 398 ff. BGB abgetreten haben. Mit wirksamer Abtretung der Forderung aus dem Darlehensvertrag zwischen G und E geht aus Gründen der Akzessorietät der Hypothek die Hypothek auf den neuen Forderungsgläubiger nach § 1153 BGB über.

#### (1) Abtretung zwischen G und P

G und P müssten einen Abtretungsvertrag i. S. d. § 398 S. 1 BGB geschlossen haben, d. h. sie müssen sich einig gewesen sein, dass die Forderung aus § 488 I 2 BGB der G gegen E auf den P übergehen soll. Voraussetzung sind hier zwei übereinstimmende Willenserklärungen von G und P i. S. d. §§ 145 ff. BGB. Zu einer solchen Einigung ist es zwar gekommen, doch es ist fraglich, ob die Willenserklärung der G wirksam gewesen ist. Wie sich später herausstellte, war die G zum Zeitpunkt der Übertragung der Forderung an P infolge einer Alterskrankheit in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand krankhafter Geistesstörung. Hierdurch war die G zum Zeitpunkt der Einigung geschäftsunfähig i. S. d. § 104 Nr. 2 BGB. Die Erklärung einer Geschäftsunfähigen ist nach § 105 I BGB nichtig. Demzufolge ist es zu keiner wirksamen Abtretungsvereinbarung zwischen G und P gekommen. Auf die weiteren Erwerbstatbestandsvoraussetzungen der §§ 1154, 398 ff. BGB braucht aufgrund der Unwirksamkeit der Einigung nicht mehr eingegangen zu werden.

#### (2) Zwischenergebnis

P hat somit nicht die Hypothek von G am Grundstück der E erworben, trotz Abtretungserklärung in notariell beglaubigter Form und Übergabe des Hypothekenbriefes durch G.

#### cc) Gutgläubiger Zweiterwerb der Briefhypothek durch B

Womöglich hat G ihre Hypothek jedoch im Wege eines gutgläubigen Zweiterwerbes vom nichtberechtigten P an B verloren. Voraussetzung ist, dass B die Hypothek gut-

gläubig von P erworben hat. Maßgeblich sind hier die Vorschriften der §§ 1154 I, 398 ff., 892 BGB.

#### (1) Einigung zwischen B und P

Zunächst müssten sich B und P darüber einig gewesen sein, dass P der B seine Forderung aus § 488 I 2 BGB und damit nach § 1153 BGB auch die Hypothek am Grundstück der E abtritt, §§ 1154 I, 398, 401 BGB. P wollte sich die Gründung einer eigenen Arztpraxis finanzieren und verkaufte deswegen die Hypothek an die B. Eine Einigung zwischen B und P, dass die Forderung und damit verbunden die Hypothek am Grundstück auf B übergehen soll, liegt folglich vor. Diese Abtretung entspricht auch den Formerfordernissen des § 1154 I BGB. Grundsätzlich ist eine Forderungsabtretung formfrei. Abweichend hiervon fordert § 1154 I BGB für die Abtretung einer durch eine Hypothek gesicherten Forderung die Schriftform. Hier hat P die Form eingehalten; er hat sogar die notariell beurkundete Form gewählt. Eine wirksame Einigung zwischen B und P i. S. d. §§ 1154 I, 398 ff. BGB liegt folglich vor.

#### (2) Übergabe des Hypothekenbriefes, § 1154 I 1 BGB

Weiter müsste die Übergabe des Hypothekenbriefes von P an B stattgefunden haben, § 1154 I 1 BGB. Vorliegend hat P der B den Hypothekenbrief i. S. d. § 1116 I BGB übergeben, aus dem sich die Hypothek am Grundstück der E i. H. v. 300.000 € ergibt. Die geforderte Übergabe nach § 1154 I 1 BGB ist somit auch vorgenommen worden.

#### (3) Berechtigung hinsichtlich der Forderung

P müsste weiter auch Berechtigter bezüglich der durch die Hypothek gesicherten Forderung aus § 488 I 2 BGB sein. Wie oben festgestellt, war die G bei der Übertragung der Hypothek unerkannt geschäftsunfähig. P hat die Forderung der G folglich nicht wirksam abgetreten bekommen, wodurch die Abtretung der Forderung i. S. d. § 1154 I BGB gegenüber B als Nichtberechtigter auftritt.

#### (4) Gutgläubiger Erwerb der Forderung

Möglicherweise kann die Nichtberechtigung hinsichtlich der Forderung des P durch einen gutgläubigen Erwerb überwunden werden. Grundsätzlich kann man Forderungen nicht gutgläubig erwerben. Grund hierfür ist, dass es keinen, den guten Glauben an einer Forderung begründenden, Rechtsschein gibt. Dieser Grundsatz bereitet im Fall des Hypothekenrechts ein Problem, denn der gutgläubige Erwerb einer Hypothek soll nach dem Gesetz (§ 1138 BGB) möglich sein. Aus dem Akzessorietätscharakter der Hypothek ergibt sich das Bedürfnis, dass man in den Konstellationen eines gutgläubigen Hypothekenerwerbes aufgrund des Grundsatzes aus § 1153 BGB eine sog. Fiktion des gutgläubigen Forderungserwerbes schafft. Hierzu müssten die Voraussetzungen des

gutgläubigen Erwerbs in Bezug auf die Forderung in der Person der B vorliegen, §§ 1138, 891 BGB.

**(a) Verkehrsgeschäft** Zunächst müsste es sich bei dem Rechtsgeschäft zwischen B und P um ein Verkehrsgeschäft handeln. Hierunter versteht man ein Rechtsgeschäft, bei dem die teilnehmenden Parteien personenverschiedenen sind. Bei der Forderungsabtretung i. S. d. §§ 1154 I, 398 BGB von P zu B handelte es sich folglich um ein Verkehrsgeschäft.

**(b) Rechtsschein** Desweiteren müsste ein ausreichender Rechtsschein für die Hypothekengläubigerstellung des P bestehen. Dieser setzt sich zusammen aus der Eintragung im Grundbuch und der daraus bestehenden Legitimation der abtretenden Person, §§ 891, 892 I BGB. Vorliegend ist im Grundbuch zwar eine Forderung i. H. v. 300.000 € eingetragen, jedoch legitimiert das Grundbuch die G als Inhaberin des dinglichen Rechts. Die fehlende Legitimation des P kann aber durch eine zusammenhängende, auf eine eingetragene Gläubigerin zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ersetzt werden, § 1155 S. 1 BGB. P kann der B eine notariell beglaubigte Abtretungsurkunde vorlegen, die er von G erhalten hat. Diese Urkunde führt auf die im Grundbuch eingetragene G zurück. Ein ausreichender Rechtsschein bestand folglich.

**(c) Guter Glaube** B müsste auch gutgläubig in Bezug auf die Existenz der Forderung des P gegen E gewesen sein. Schädlich ist nach § 892 I BGB nur die positive Kenntnis. Vorliegend hatte sie keinen Grund, an der Existenz und der Berechtigung des P zu zweifeln. Ihm war nichts von der unwirksamen Abtretung zwischen G und P bekannt. B war demnach auch gutgläubig.

**(d) Kein Widerspruch, § 899 BGB** Es war auch kein Widerspruch i. S. d. § 899 BGB eingetragen.

**(e) Zwischenergebnis** B war bezüglich der Berechtigung des P hinsichtlich der Forderung gegen E im guten Glauben. Es tritt eine Fiktion des gutgläubigen Forderungserwerbes nach §§ 1138, 891 ff. BGB ein.

**(5) Berechtigung des P hinsichtlich der Hypothek** P war den obigen Ausführungen zufolge auch kein Berechtigter in Bezug auf die Briefhypothek. (s. o.).

**(6) Gutgläubiger Erwerb der Hypothek** Die Nichtberechtigung des P in Bezug auf die Hypothek am Grundstück der E kann jedoch überwunden werden, wenn B im guten Glauben war.

**(a) Verkehrsgeschäft** Die Forderungsabtretung von P zu B ist ein Verkehrsgeschäft (s. o.).

**(b) Rechtsschein** Die obigen Ausführungen zum Rechtsschein hinsichtlich der Gutgläubigkeit an die Berechtigung sind auch hier gültig. Das Grundbuch zeigt zwar die G als Hypothekengläubigerin an, jedoch kann diese Divergenz zwischen Eingetragener und Abtretendem durch eine Kette von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen i. S. d. § 1155 S. 1 BGB ersetzt werden (s. o.). Es lag demzufolge auch ein Rechtsschein vor, nach dem der P Gläubiger der Hypothek am Grundstück der E ist.

**(c) Guter Glaube** B müsste auch in Hinblick auf die Existenz der Hypothek und die Berechtigung des P im guten Glauben gewesen sein. Auch hier hatte B keinerlei positive Kenntnis davon, dass nicht P, sondern aufgrund der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes immer noch G Hypothekengläubiger ist. B war somit auch gutgläubig in Bezug auf die Hypothek und deren Rechtsinhaber.

**(d) Kein Widerspruch, § 899 BGB** Desweiteren liegt auch kein Widerspruch i. S. d. § 899 BGB vor, der in das Grundbuch eingetragen wurde.

**(e) Zwischenergebnis** Die Nichtberechtigung des P bezüglich der Hypothek wurde folglich durch den guten Glauben der Erwerberin B überwunden.

**(7) Zwischenergebnis** B hat somit gutgläubig die Hypothek am Grundstück der E von P erworben.

**dd) Zwischenergebnis** B ist somit Inhaberin einer Hypothek am Grundstück der E.

**c) Zwischenergebnis** Ein Anspruch der B auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück der E gegen diese aus § 1147 BGB ist entstanden.

**2. Anspruch nicht erloschen und durchsetzbar** Der Anspruch der B auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist auch nicht erloschen. Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs entgegenstehende Einreden der E sind durch die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes gemäß § 1157 S. 2 BGB unbeachtlich. Der Anspruch ist somit auch durchsetzbar. E kann die Zwangsvollstreckung jedoch durch Zahlung der Geldsumme i. H. v. 300.000 € gemäß § 1142 I BGB abwenden.

**3. Zwischenergebnis** B hat folglich gegen E einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in deren Grundstück.

## II. Anspruch gegen E auf Zahlung von 300.000 € aus §§ 488 I 2, 398 BGB

B könnte einen Anspruch auf Zahlung der Darlehensvaluta i. H. v. 300.000 € gegen E aus abgetretenem Recht nach §§ 488 I 2, 398 BGB haben.

### 1. Anspruch entstanden

Hierzu müsste der Anspruch der B zunächst entstanden sein. B und E haben selbst keinen Darlehensvertrag abgeschlossen, aus welchem sich ein solcher Anspruch aus § 488 I 2 BGB ergeben könnte.

#### a) Abtretung der Forderung, § 398 BGB

B könnte die Forderung aus abgetretenem Recht gemäß §§ 488 I 2, 398 BGB gegen E haben. Hierzu müssten sich B und der Forderungsinhaber auf eine solche Abtretung geeinigt haben. Inhaberin der Forderung war durch die Geschäftsunfähigkeit noch immer G. Eine Einigung zwischen G und B ist jedoch nicht erfolgt; sie hatten keinen rechtsgeschäftlichen Kontakt. B hat die Forderung gegen E folglich nicht durch Abtretung von G erhalten.

#### b) Gutgläubiger Forderungserwerb

B hatte vielmehr stets mit P rechtsgeschäftlichen Kontakt. Dieser war jedoch Nichtberechtigter in Bezug auf die Darlehensforderung gegen E. Die Nichtberechtigung bezüglich einer Forderungsinhaberschaft kann grundsätzlich nicht durch den guten Glauben der Erwerberin überwunden werden (s. o.). Vorliegend könnte jedoch über eine Ausnahme von diesem Grundsatzes nachgedacht werden. Grund hierfür ist, dass die E im Fall des Ausschlusses eines gutgläubigen Forderungserwerbes zwei Gläubiger/innen ausgesetzt wäre (B und G), folglich die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme der Eigentümerin besteht.

#### aa) Mitreißtheorie

Nach der sog. Mitreißtheorie soll in Konstellationen, in denen für die Grundstückseigentümerin die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme besteht, ausnahmsweise die Forderung durch den Hypothekengläubiger gutgläubig erworben werden können. Die Forderung soll bildlich gesprochen „mit der Hypothek mitgerissen“ werden. Folgt man dieser Ansicht, so stünde B hier auch

die Forderung aus §§ 488 I 2, 398 BGB gegen E zu, da ansonsten eine doppelte Inanspruchnahme durch G und B droht.

#### bb) Trennungstheorie

Nach der sog. Trennungstheorie ist eine Ausnahme von dem oben genannten Grundsatz entbehrlich. Die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme besteht nicht. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis aus §§ 1160, 1161 BGB, wonach der Hypothekenbrief übergeben werden muss, wenn man seine Forderung geltend macht. Demnach hätte B keinen Anspruch aus §§ 488 I 2, 398 BGB.

#### cc) Streitentscheid

Da beide Ansichten zu verschiedenen Ergebnissen führen, bedarf es einer Entscheidung des Streitiges. Die Argumente der sog. Trennungstheorie sind sehr praxisorientiert und plastisch, da Forderungsinhaber/innen in solchen Fällen nie in der Lage sein werden, die aus den §§ 1160, 1161 BGB erforderliche Briefübergabe vorzunehmen. Allerdings verkennt sie die Tatsache, dass der § 1160 BGB in der Regel ausgeschlossen wird und der Sicherungseffekt der Briefübergabe somit leer läuft. Außerdem wären Zufallsergebnisse die Folge, je nachdem welche/r der Gläubiger/innen den Anspruch zuerst geltend macht. Daher ist im Ergebnis der sog. Mitreißtheorie zu folgen. B hat somit ausnahmsweise die Forderung gegen E aus §§ 488 I 2, 398 BGB gutgläubig erworben.

#### b) Zwischenergebnis

Der Anspruch des B aus §§ 488 I 2, 398 BGB gegen E ist somit entstanden.

## 2. Anspruch nicht erloschen und durchsetzbar

Dieser Anspruch ist auch nicht erloschen und durchsetzbar. Zu den Einreden gilt das oben Gesagte (s. o.).

## 3. Zwischenergebnis

B hat einen Anspruch auf Zahlung der Valuta gegen E aus §§ 498 I 2, 398 BGB.

## III. Ergebnis

B hat Ansprüche gegen E sowohl auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus § 1147 BGB als auch auf Zahlung aus §§ 488 I 2, 398 BGB.

Andre Erichsen\*

## Klausur Strafrecht III: Vermögensdelikte

*Die Klausur zum Vermögensstrafrecht behandelt typische Problemstellungen: Nachdem es im ersten Abschnitt um die Strafbarkeit wegen vollendeten oder versuchten Diebstahls bei „aufgegebener“ Wegnahme geht, stehen im zweiten Teil die Strafzumessungsregeln des § 243 StGB im Vordergrund. Im dritten Teil schließlich ist die „klassische“ Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung gefragt und die Rechtswidrigkeit der Bereicherung zu beurteilen. Die Klausurbearbeitung ist über weite Strecken sehr knapp gehalten, wie es in einer Fortgeschrittenenklausur im Strafrecht an unproblematischen Stellen auch erwartet wird.*

### Sachverhalt

Der drogenabhängige A, der weder über ein regelmäßiges Einkommen noch über einen festen Wohnsitz verfügt, finanziert seine Sucht durch den Verkauf von Diebesgut, das er auf regelmäßigen Diebeszügen erbeutet. Ende November 2010 sucht er die Filiale eines Bekleidungs-geschäfts auf, um dort – weil er in der winterlichen Kälte friert – ein Kleidungsstück zu entwenden. Im hinteren Bereich des Ladens entdeckt er auf einem Warentisch Wintersocken, die mit je 13,95 € das Paar ausgezeichnet sind. Kurz entschlossen zieht er eine mitgebrachte Plastiktüte aus der Hosentasche, ergreift vier Paar Socken und steckt diese in die Tüte. Als er sich zum Gehen wendet, bemerkt er, dass die Kundin K ihn beobachtet. Weil er fürchtet, sie werde Alarm schlagen, stellt A die Tüte auf den Fußboden und verlässt das Bekleidungs-geschäft, ohne die Tüte mitzunehmen.

Um nach diesem Fehlschlag nicht mit leeren Händen dazustehen, entschließt sich A, ein benachbartes Elektronikfachgeschäft aufzusuchen, um es um einige Gegenstände zu „erleichtern“. Beim Betreten des Ladens fällt ihm jedoch auf, dass mehrere Sicherheitskräfte das Sortiment stets im Auge behalten. Daher sucht A zunächst die Toilette auf, um dort bis zum Ladenschluss zu warten. Als das gesamte Personal das Geschäft verlassen hat, kommt A aus seinem Versteck und nimmt zwei Flachbildschirme an sich. Um schnell zu entkommen, schlägt er ein Fenster im Erdgeschoss ein und verlässt das Gebäude durch die Öffnung mit dem Diebesgut.

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2010/2011 zur Vorlesung Strafrecht III von Prof. Dr. iur. Florian Jeßberger an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „gut“ bewertet.

Da A die Bildschirme möglichst rasch „versilbern“ will, um mit dem erwirtschafteten Geld – wie üblich – Hero-in und Lebensmittel zu kaufen, begibt er sich direkt zu seinem Freund B, der sich mit dem Verkauf von Elektronikartikeln auf dem Schwarzmarkt auskennt. Noch bevor A allerdings dazu kommt, dem B sein Anliegen vorzutragen, empfängt B ihn mit den Worten „Gut, dass Du da bist“ und fordert ihn auf, ihm, dem B, beim „Eintreiben“ von 200 € behilflich zu sein. Es handle sich, wie B dem A erklärt, um einen Teil der Beute aus einem von B gemeinsam mit O durchgeführten Diebstahl, den O dem B noch schulde. In Wirklichkeit hat der angebliche gemeinsame Diebstahl nie stattgefunden und O schuldet dem B auch kein Geld; vielmehr will B sich von O 200 € besorgen, um damit eigene Schulden bezahlen zu können. A, der den wahrheitswidrigen Angaben seines Freundes B Glauben schenkt, ist sofort bereit zu helfen. Gemeinsam suchen A und B daraufhin den O auf und drohen, ihn zu verprügeln, wenn er ihnen nicht sofort 200 € in bar aushändigt. Um sich die Prügel zu ersparen, übergibt O den beiden mit den Worten „Mehr habe ich nicht“ 100 €, woraufhin A und B ihn in Ruhe lassen.

Hat A sich nach dem StGB strafbar gemacht? Zu prüfen sind nur Tatbestände aus dem Neunzehnten Abschnitt (§§ 242 ff.) und dem Zwanzigsten Abschnitt (§§ 249 ff.) des Strafgesetzbuches. Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.

### Gutachten

#### A. Der Vorgang in der Filiale

##### 1. Strafbarkeit des A gemäß § 242 I StGB

Der A könnte sich wegen Diebstahls gemäß § 242 StGB strafbar gemacht haben, indem er die vier Paar Socken in seine Plastiktüte steckte.

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

A müsste gemäß § 242 StGB sowohl objektiv als auch subjektiv tatbestandsmäßig gehandelt haben, d. h. eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben, um sie sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

##### a) Objektiver Tatbestand

##### aa) fremde bewegliche Sache

Sachen sind gemäß § 90a BGB körperliche Gegenstände. Sie sind für den Täter fremd, wenn sie nicht im Alleinei-

gentum des Täters stehen und nicht herrenlos sind. Die Socken sind körperliche Gegenstände und somit Sachen. Sie stehen im Eigentum der Bekleidungsfiliale und sind mithin auch fremd für den A.

**bb) Wegnahme**

Die Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams. Fraglich ist, ob der Gewahrsam der Filiale gebrochen wurde. Zur Beurteilung ist dabei auf die allgemeine Verkehrsanschauung abzustellen. Nach allgemeiner Verkehrsanschauung besteht jedenfalls dann ein Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams, wenn der Täter eine Gewahrsamsenkclave schafft, d. h. die Sache in seinen ganz persönlichen Herrschaftsbereich verbringt. Dies ist beispielsweise dann zu bejahen, wenn die Täterin die Sache in ihre Manteltasche verbringt, da der Berechtigte dann nur unter hohem Aufwand auf die Sache zugreifen kann. Unter Umständen könnte in dem Einstecken in die Tüte die Schaffung einer Gewahrsamsenkclave zu sehen sein. Es ist jedoch nicht unüblich, dass Kund/innen eigene Tüten mitbringen und in diesen die Ware zur Kasse bringen.<sup>1</sup> Somit ist nach allgemeiner Verkehrsanschauung keine Gewahrsamsenkclave geschaffen worden und der Gewahrsam der Filiale besteht noch.

Die Sachen wurden folglich nicht weggenommen i. S. d. § 242 StGB.

**cc) Zwischenergebnis zu a)**

Der objektive Tatbestand wurde nicht erfüllt.

**b) Zwischenergebnis zu 1.**

A handelte nicht tatbestandsmäßig.

**2. Ergebnis zu I.**

A hat sich nicht strafbar gemacht gemäß § 242 StGB, indem er die Socken in seine Platiktüte steckte.

**II. Strafbarkeit des A gemäß §§ 242, 22, 23 I StGB**

In seinem oben dargestellten Handeln könnte jedoch ein versuchter Diebstahl gemäß §§ 242, 22, 23 I StGB zu sehen sein.

**1. Vorprüfung**

**a) Keine Vollendung des Diebstahls**

Der Diebstahl wurde nicht vollendet (siehe oben).

**b) Strafbarkeit des Versuchs**

Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 242 II i. V. m. § 23 I StGB.

<sup>1</sup> An dieser Stelle wäre es auch vertretbar gewesen, in dem Einstecken in die mitgebrachte Tüte schon einen Gewahrsamsbruch zu sehen, da

**2. Tatbestandsmäßigkeit**

Der A müsste einen Tatentschluss gefasst haben sowie die Absicht rechtswidriger Zueignung. Außerdem müsste er zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands unmittelbar angesetzt haben gemäß § 22 StGB.

**a) Tatentschluss / subjektiver Tatbestand**

A war gewillt, alle Merkmale des objektiven Tatbestands zu erfüllen, er hat also einen Tatentschluss gefasst. Des Weiteren bezog sich sein Vorsatz in Form des *dolus directus* ersten Grades darauf, sich die Socken zuzueignen. Diese Zueignungsabsicht war auch rechtswidrig in Ermangelung eines fälligen, durchsetzbaren Anspruchs. Sein Vorsatz bezog sich auch auf die Rechtswidrigkeit.<sup>2</sup>

**b) Unmittelbares Ansetzen**

Der Täter setzt unmittelbar an, wenn er aus seiner Sicht die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ übertritt und auch aus objektiver Sicht keine räumliche und zeitliche Zäsur mehr eintritt. A steckte die Socken ein und handelte aus seiner und aus objektiver Sicht so, um nun die Wegnahme zu verwirklichen. A hat somit unmittelbar angesetzt.<sup>3</sup>

**c) Zwischenergebnis zu 2.**

A handelte tatbestandsmäßig i. S. d. §§ 242, 22, 23 I StGB.

**3. Rechtswidrigkeit**

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Insbesondere ein Notstand nach § 34 StGB ist nicht anzunehmen, da es im Sozialstaat Deutschland mannigfaltige Möglichkeiten gibt, sich als Notleidende/r vor Kälte zu schützen.<sup>4</sup> A handelte rechtswidrig.

**4. Schuld**

Auch Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

**5. Rücktritt, § 24 StGB**

Es könnte jedoch ein Rücktritt darin zu sehen sein, dass A die Tüte wegstellt und von der Wegnahme absieht. Ein Rücktritt liegt vor, wenn der Versuch aus der maßgeblichen Sicht des A noch nicht beendet ist und er freiwillig zurücktritt. In der Angst, dass K seinen potenziellen Diebstahl anzeigt, ist kein autonomes Motiv des A für einen Rücktritt zu sehen. Es mangelt daher an der Freiwilligkeit. A ist nicht strafbefreiend zurückgetreten.

der bisherige Gewahrsamsinhaber auf die Socken nicht mehr zugreifen kann, ohne zuvor die Verfügungsgewalt des A zu beseitigen.

<sup>2</sup> Wie hier zu sehen ist, kann an unproblematischen Stellen in Fortgeschrittenenklausuren im Strafrecht auch mal der Urteilsstil verwendet werden.

<sup>3</sup> Die Ausführungen zum unmittelbaren Ansetzen sind sehr knapp, dies ist im Strafrecht auf Grund der üblichen Zeitnot beim Schreiben von Klausuren aber eine durchaus vertretbare Strategie.

<sup>4</sup> Vorsicht mit solchen pauschalen Aussagen, welche die Realität auch nicht immer vollumfänglich abbilden. In einer Strafrechtssklausur können sie hilfreich sein, im sonstigen Leben sollte es differenzierter zugehen.

## 6. Ergebnis zu II.

A hat sich wegen versuchten Diebstahls gemäß §§ 242, 22, 23 I StGB strafbar gemacht.

## B. Der Vorgang im Elektronikgeschäft

### I. Strafbarkeit des A gemäß §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB

A könnte sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben, indem er sich im Elektronikgeschäft verborgen hielt und aus selbigem zwei Bildschirme mit sich nahm.

#### 1. Tatbestand des § 242 StGB

A nahm die im Eigentum des Geschäfts stehenden und für ihn somit fremde bewegliche Sachen darstellenden Bildschirme mit sich. Er verdrängte so den Berechtigten aus seiner Eigentümerposition und maßte sich selbst eine eigentümerähnliche Stellung an. A nahm somit fremde bewegliche Sachen weg. Dies geschah auch vorsätzlich und in der Absicht der rechtswidrigen Zueignung.

#### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

In Ermangelung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen handelte A rechtswidrig und schuldhaft.

#### 3. Strafzumessung

A könnte außerdem in objektiver und subjektiver Hinsicht einen besonders schweren Fall des Diebstahls begangen haben.

##### a) § 243 I 2 Nr. 1 StGB

A könnte sich i. S. d. § 243 I 2 Nr. 1 StGB zur Ausführung der Tat in einem Raum verborgen gehalten haben. Räume i. S. d. § 243 I 2 Nr. 1 StGB sind solche, die gerade zur Begehung von Menschen geeignet und gedacht sind und Eigentum des Berechtigten abgrenzen und schützen sollen. Es handelt sich vorliegend um einen Geschäftsraum, der sich dadurch auszeichnet, dass in ihm Geschäfte von wirtschaftlicher Natur getätigt werden. In diesem hielt sich A auch auf. In objektiver Hinsicht liegt also ein Fall des § 243 I 2 Nr. 1 StGB vor.

Wie von § 243 I 2 Nr. 1 StGB gefordert, müsste sich der Täter bzw. die Täterin gerade zur Ausführung der Tat im Raum verborgen halten. Der Vorsatz des A bezog sich gerade darauf. Er verbarg sich mithin zur Ausführung der Tat.

##### b) § 243 I 2 Nr. 3 StGB

Der Diebstahl der Bildschirme könnte sich als gewerbsmäßiges Stehlen darstellen. Gewerbsmäßiges Stehlen ist dann anzunehmen, wenn sich der Täter vom Diebstahl

eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle verschaffen will. A stiehlt gerade, um die Bildschirme zu verkaufen und stiehlt somit gewerbsmäßig i. S. d. § 243 I 2 Nr. 3 StGB.<sup>5</sup>

### c) Ergebnis zu 3.

A hat die Regelbeispiele aus § 243 I 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB verwirklicht.

## II. Ergebnis zu B.

A ist wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gemäß § 243 I 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB strafbar.

## C. Der Vorgang beim O

### I. Strafbarkeit des A gemäß §§ 253, 255, 25 II StGB

A könnte der räuberischen Erpressung in Mittäterschaft schuldig sein gemäß §§ 253, 255, 25 II StGB, indem er mit B 100 € vom O eintrieb.

#### 1. Tatbestand §§ 253, 253 StGB

A und B müssten in arbeitsteiliger Art und Weise und mit gemeinsamem Tatplan den O mit Gewalt oder unter Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen genötigt haben. Dem O müsste ein Schaden entstanden sein. Überdies müssten A und B einen gemeinsamen Tatplan gehabt haben sowie die Absicht der stoffgleichen rechtswidrigen Bereicherung.

##### a) Objektiver Tatbestand

###### aa) Gewalt oder Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben

A und B haben in arbeitsteiliger Art und Weise dem O gedroht, ihm im Falle der Verweigerung ein erhebliches körperliches Übel zuzufügen.

###### bb) Vermögensverfügung

Fraglich ist, ob auch eine Vermögensverfügung vorliegen muss. Eine Ansicht, vertreten in der Rechtsprechung, verlangt keine Vermögensverfügung und stellt zur Abgrenzung der §§ 253 ff. StGB zu den §§ 249 ff. StGB auf das äußere Erscheinungsbild ab. Liegt ein Akt des Gebens vor, so nimmt die Rechtsprechung einen Fall der §§ 253, 255 StGB an, liegt ein Akt des Nehmens vor, hingegen einen Fall des § 249 StGB.

Die herrschende Lehre jedoch verlangt eine solche Verfügung, um das Selbstschädigungsdelikt der räuberischen

<sup>5</sup> Hierüber ließe sich streiten. Allein der Verkauf der gestohlenen Gegenstände begründet noch nicht zwingend Gewerbsmäßigkeit; die Einnahmequelle muss auf eine gewisse Dauer angelegt sein.

Erpressung vom Fremdschädigungsdelikt des Raubes abzugrenzen. Nach dieser Ansicht muss nach dem inneren Willen des Opfers gefragt werden.

Vorliegend liegt ein Akt des Gebens vor und nach der herrschenden Lehre auch eine Vermögensverfügung, ein Streitentscheid muss also nicht vorgenommen werden. Der O könnte sich nämlich gegen A und B wehren, gibt das Geld jedoch her, um sich Schläge zu ersparen. Nach beiden Ansichten kann also weiter geprüft werden.

#### cc) Vermögensschaden

Dem O ist ein Vermögensschaden in Höhe von 100 € entstanden.

#### dd) Zwischenergebnis zu a)

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

#### b) Subjektiver Tatbestand

A und O handelten vorsätzlich und mit gemeinsamem Tatplan. Sie handelten überdies in der Absicht, sich zu bereichern. Der Vermögensschaden beruht auch auf der Verfügung, sodass Stoffgleichheit vorliegt.

Fraglich ist jedoch, ob die erstrebte Bereicherung auch aus der Sicht des A rechtswidrig war. Zwar denkt A, es

bestehe ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch, dieser würde jedoch auf einem sittenwidrigen Rechtsgeschäft gemäß § 138 I BGB beruhen, sodass die Bereicherungsabsicht des A auch rechtswidrig war.

#### c) Zwischenergebnis zu 1.

A hat in Mittäterschaft mit B objektiv und subjektiv tatbestandsmäßig gehandelt gemäß §§ 253, 255, 25 II StGB.

#### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

#### II. Ergebnis zu C.

A hat sich wegen räuberischer Erpressung in Mittäterschaft gemäß §§ 253, 255, 25 II StGB strafbar gemacht.

#### D. Gesamtergebnis

A hat sich wegen versuchten Diebstahls gemäß §§ 242, 22, 23 I StGB, Diebstahls in einem besonders schweren Fall gemäß § 243 I 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB und räuberischer Erpressung in Mittäterschaft gemäß §§ 253, 255, 25 II StGB strafbar gemacht.

Christoph Leister\*

## Klausur Allgemeines Verwaltungsrecht: Fortsetzungsfeststellungsklage nach Wohnungsdurchsuchung

*In dieser Klausur zur Vorlesung im Allgemeinen Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht sollte die behauptete Rechtswidrigkeit einer Wohnungsdurchsuchung im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage geprüft werden. Die damit verbundenen Fragestellungen und Probleme waren aus der Vorlesung bekannt. Entscheidend war nicht Detailwissen, sondern die vollständige Durchprüfung der Klage, das Lesen und Anwenden der abgedruckten einschlägigen Normen und ein erkennbares Verständnis der Grundstrukturen des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts.*

### Sachverhalt

M und K sind frisch verheiratet und wollen in die Flitterwochen fahren. Da sie wenig Geld haben, reicht es nur für ein kleines Ferienhäuschen nahe Pinneberg, noch in-

nerhalb Hamburgs. Dort ziehen sie am 13. Februar ein. Auf Grund des Wetters und der Flitterwochen halten sie sich viel innerhalb des Hauses auf und haben auch tagsüber die Vorhänge zugezogen. Als M und K in diesem eher ländlich geprägten Teil Hamburgs das Ferienhaus verlassen, um Lebensmittel zu kaufen, sind die Nachbarn überrascht: M ist ägyptischer Herkunft, seine Frau K ist Konvertitin und trägt ein Kopftuch. Eine besonders ängstliche Nachbarin ruft die Polizei an, weil sie befürchtet, die Eheleute könnten „islamistische Terroristen“ sein. Bei der Polizei wird ihr Anruf zunächst allerdings nicht ernst genommen.

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2010/2011 zur Vorlesung Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht von Jun.-Prof. Dr. iur. Ulrike Lembke an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „sehr gut“ bewertet.

Am 16. Februar gibt es wieder eine Terrorwarnung für Deutschland, die auch Örtlichkeiten in Hamburg als mögliche Anschlagziele nennt. Überdies berichtet die Polizei am 17. Februar, dass sie zwei mögliche Terrorverdächtige aus den Augen verloren hat, die langfristig observiert wurden. Sie seien zuletzt gesehen worden, als sie in die S-Bahn Richtung Pinneberg eingestiegen seien. Daraufhin erinnert sich ein Polizist in Pinneberg an den Anruf der Nachbarin und benachrichtigt seinen Vorgesetzten V. Dieser überlegt, dass ein Ferienhäuschen ein ideales Versteck wäre, und beschließt nach einigem Zögern und Abwägen, das Haus möglichst bald zu durchsuchen, um die untergetauchten Terrorverdächtigen zu finden. Dafür besorgt er sich eine Durchsuchungsanordnung beim Amtsgericht Hamburg und zieht Erkundigungen über M und K ein, die weder vorbestraft noch jemals irgendwie polizeilich aufgefallen sind.

Am Abend des 17. Februar umstellen sechs bewaffnete Polizist/innen das Ferienhaus, der V klopft mit drei weiteren an die Eingangstür. Als der Ehemann M öffnet, stürmen sie gegen seinen Willen ins Haus und durchsuchen alle Räume. Die untergetauchten Terrorverdächtigen finden sie nicht. M und K wird die Suche nach Terrorverdächtigen als Grund der Durchsuchung mitgeteilt und ein Durchsuchungsprotokoll angefertigt.

M und K sind damit nicht zufrieden. Ihre Flitterwochen sind verdorben, sie fahren noch in der Nacht nach Hause. M möchte nicht im Ort bleiben, nachdem das Ferienhaus von zehn bewaffneten Polizist/innen gestürmt wurde. K fühlt sich diskriminiert, weil sie annimmt, dass die Durchsuchung nur auf Grund ihrer Herkunft und Religion erfolgt ist. Die Polizei hätte doch auch einfach mit ihnen reden und ihre Harmlosigkeit feststellen können. Da V und seine Kolleg/innen uneinsichtig behaupten, dass sei doch alles nicht so schlimm gewesen, möchte sie eine gerichtliche Klärung. Wieder zu Hause in Billstedt erheben M und K gleich am nächsten Tag Klage vor dem Verwaltungsgericht Hamburg.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Hinweis: Sollten Sie zur Unzulässigkeit der Klage kommen, prüfen Sie bitte in einem Hilfgutachten weiter.

## Normen

### § 3 SOG Zuständigkeit

(1) Die Verwaltungsbehörden treffen im Rahmen ihres Geschäftsbereichs nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall zum Schutz der Allgemeinheit oder des Einzelnen erforderlichen Maßnahmen, um bevorstehende Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu beseitigen (Maßnahmen zur Gefahrenabwehr).

(2) Unaufschiebbare Maßnahmen dürfen neben der zuständigen Verwaltungsbehörde treffen:

a) die Vollzugspolizei in allen Fällen der Gefahrenabwehr [...]

### § 4 SOG Verhältnismäßigkeit

(1) Eine Maßnahme muss zur Gefahrenabwehr geeignet sein. Sie ist auch geeignet, wenn sie die Gefahr nur vermindert oder vorübergehend abwehrt. Sie darf gegen dieselbe Person wiederholt werden.

(2) Kommen für die Gefahrenabwehr im Einzelfall mehrere Maßnahmen in Betracht, so ist nach pflichtgemäßem Ermessen diejenige Maßnahme zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten belastet. [...]

(3) Maßnahmen zur Gefahrenabwehr dürfen für den Einzelnen oder die Allgemeinheit keinen Nachteil herbeiführen, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht.

### § 13 SOG Gewahrsam von Personen

(1) Eine Person darf in Gewahrsam genommen werden, wenn diese Maßnahme [...]

2. unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung ... einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern; [...]

### § 16 SOG Betreten und Durchsuchen von Wohnungen

(1) Wohnungen im Sinne dieser Vorschrift sind Wohn- und Nebenräume, Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie anderes befriedetes Besitztum, das mit diesen Räumen im Zusammenhang steht.

(2) Eine Wohnung darf ohne Einwilligung des Inhabers betreten und durchsucht werden, wenn

1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihr eine Person befindet, die [...] nach § 13 in Gewahrsam genommen werden darf, [...]

### § 16a SOG Verfahren beim Durchsuchen von Wohnungen

(1) Durchsuchungen dürfen, außer bei Gefahr im Verzug, nur durch den Richter angeordnet werden. Zuständig ist das Amtsgericht Hamburg. [...]

(2) Bei der Durchsuchung einer Wohnung hat der Wohnungsinhaber das Recht, anwesend zu sein. [...]

(3) Dem Wohnungsinhaber ist der Grund der Durchsuchung unverzüglich bekannt zu geben, [...].

(4) Über die Durchsuchung ist eine Niederschrift zu fertigen. [...]

Hinweis: Weitere Normen des SOG sind nicht zu prüfen!

## Gutachten

Die Klage von M und K hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und die Klage begründet ist.

### A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Zunächst müssten die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges gemäß § 40 I 1 VwGO

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I 1 VwGO eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handelt und es keine abdrängende Sonderzuweisung gibt. Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist, richtet sich nach den streitentscheidenden Normen.

Der Polizei geht es um die Durchsuchung eines Ferienhauses. Streitentscheidende Normen sind somit §§ 13 I Nr. 2, 16 II Nr. 1, 16a SOG. Die Normen sind öffentlich-rechtlich, wenn sie ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigen oder verpflichten (sog. modifizierte Subjekttheorie). Durch die oben genannten Normen wird die Polizei als Träger öffentlicher Gewalt zur Durchsuchung von Wohnungen einseitig berechtigt. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt folglich vor.

Ferner sind keine unmittelbar am Verfassungsleben beteiligten Organe vorhanden, welche um Rechte unmittelbar aus der Verfassung streiten. Es besteht somit keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit. Es liegt eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vor.

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist daher gemäß § 40 I 1 VwGO eröffnet.

#### II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welches die statthafte Klageart ist. Dieses richtet sich gemäß § 88 VwGO nach dem Begehren der Kläger/innen. M und K begehren zu wissen, ob die Durchsuchung des Ferienhauses rechtmäßig war. Statthafte könnte hier die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I 4 VwGO sein. Diese ist statthaft, wenn die Kläger/innen die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines bereits erledigten Verwaltungsaktes begehren.

Bei der Durchsuchung<sup>1</sup> durch die Polizei handelt es sich um eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde mit Rege-

lungscharakter für einen Einzelfall (konkret-individuell) mit Außenwirkung und somit um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 HmbVwVfG. Diese Maßnahme hat sich durch Vollzug der Durchsuchung am Abend des 17. Februar erledigt. Es lag somit ein VA vor, der sich nach § 43 II HmbVwVfG erledigt hat.

Eine unmittelbare Anwendung des § 113 I 4 VwGO scheidet jedoch aus. M und K haben erst nach der Erledigung des VA, der Durchsuchung, Klage erhoben. Fraglich ist daher, ob § 113 I 4 VwGO analog anzuwenden ist. Dazu bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage.

Nach einer Ansicht besteht keine Regelungslücke. Bei der Feststellung, ob die Polizei handeln durfte oder nicht, handele es sich um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i. S. d. § 43 I VwGO. Nach anderer Ansicht besteht eine Regelungslücke. M und K begehren nämlich die Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA, also der Durchsuchung. Es handelt sich folglich um die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines VA und nicht um eine diesem vorgelagerte Frage. Eine Regelungslücke liegt damit vor. Aufgrund der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG ist diese auch planwidrig.

Ferner musste eine vergleichbare Interessenlage bestehen. Die Tatsache, ob sich ein VA vor oder erst nach Klageerhebung erledigt, ist rein zufällig für die Kläger/innen. Sie sind daher genauso schutzwürdig, als hätten sie schon vor Erledigung Klage erhoben. Auch eine analoge Anwendung des § 43 I VwGO scheidet aus.<sup>2</sup>

Somit ist § 113 I 4 VwGO analog anzuwenden. Statthafte Klageart ist daher die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I 4 VwGO analog.

#### III. Vorverfahren gemäß §§ 68 ff. VwGO

Fraglich ist, ob ein Vorverfahren durchzuführen ist.

Problematisch ist dies in den Fällen, in denen ein solches nicht durchgeführt wurde, aber aufgrund der noch laufenden Widerspruchsfrist ohne Weiteres noch durchgeführt werden kann. Nach einer Ansicht ist ein solches

<sup>1</sup> Genau genommen, ist der fragliche Verwaltungsakt *die Entscheidung* der Polizei zur Durchsuchung. Die Durchsuchung selbst ist als tatsächliche Handlung ein Realakt. Es mag beruhigen zu wissen, dass es in einer Abschlussklausur im 3. Semester eben nicht so genau genommen wird. Im Folgenden ist daher weiterhin von Durchsuchung die Rede, auch wenn die Entscheidung zur Durchsuchung gemeint ist. (Der Durchsuchungsbeschluss des Amtsgerichtes ist übrigens *kein* Verwaltungsakt, sondern aus Perspektive der Polizei eine Frage der formellen Rechtmäßigkeit ihres Vorgehens.)

<sup>2</sup> Angesichts des Umstandes, dass das BVerwG selbst schon durchaus in Erwägung gezogen hat, bei Erledigung vor Klageerhebung eine einfache Feststellungsklage als zulässige Klageart anzusehen, ist das hier etwas kurz.

durchzuführen. M und K haben dies nicht getan. Ihre Klage wäre daher unzulässig. Nach einer anderen Ansicht bedarf es keines Vorverfahrens. Die Klage von M und K wäre daher insoweit zulässig.

Für die Begründung, ob es eines solchen Verfahrens bedarf, ist auf den Sinn und Zweck abzustellen. Bürgerinnen und Bürger sollen einen erweiterten Rechtsschutz erlangen. Der VA hat sich jedoch bereits erledigt. Diese Funktion kann folglich nicht mehr erfüllt werden. Weiterhin soll die Selbstkontrolle der Verwaltung gewährleistet werden. Eine Aufhebung oder nochmalige Befassung mit der Thematik ist jedoch nicht möglich, da sich der VA erledigt hat. Die Funktion der Selbstkontrolle der Verwaltung kann nicht erfüllt werden. Allein die Entlastung der Gerichte würde für ein Vorverfahren sprechen, wobei das Gerichtsverfahren vorliegend aber nur aufgeschoben wäre.

Die gewichtigeren Argumente sprechen für die zweite Ansicht. Es bedarf daher keines Vorverfahrens.

#### IV. Klagefrist gemäß § 74 VwGO

Fraglich ist weiterhin, ob die Klagefrist gemäß § 74 I VwGO einzuhalten ist. Eine unmittelbare Anwendung scheidet aufgrund des Wortlautes aus. Jedoch könnte § 74 I VwGO analog anzuwenden sein.

Sinn und Zweck einer Klagefrist ist Rechtssicherheit und Vertrauensschutz auf den Bestand eines VA. Die Durchscheidung hat sich jedoch bereits erledigt.<sup>3</sup> Es kann keine Rechtssicherheit mehr geschaffen werden. Auch eines Vertrauensschutzes bedarf es nicht. Die Regelung aus § 74 I VwGO ist demnach auch nicht analog anzuwenden. Es ist ferner nicht ersichtlich, dass M und K ihre Rechte verwirkt haben. § 74 I VwGO ist nicht direkt oder analog anwendbar.

Die Klagefrist nach § 74 I VwGO ist somit nicht einzuhalten.

#### V. Klagebefugnis gemäß § 42 II VwGO analog

Außerdem müssten M und K klagebefugt sein. Dazu müssten sie geltend machen, in eigenen Rechten verletzt zu sein. Eine direkte Anwendung des § 42 II VwGO

<sup>3</sup> Entscheidend ist, dass die Erledigung vor Ablauf der Widerspruchs- oder Anfechtungsfrist eingetreten sein muss, weil der VA sonst vor seiner Erledigung bestandskräftig geworden wäre und der Kläger bzw. die Klägerin ihn dann nicht mehr hätte anfechten können. Die Kläger/innen sollen nämlich durch die Erledigung keinen prozessualen Vorteil erlangen, der sonst nicht bestanden hätte. Dies ist hier unproblematisch, da sich der Durchsuchungsbeschluss noch am selben Tage durch Vollzug erledigt hat. Nach BVerwG vom 14.07.1999, BVerwGE 109, 203–211, unterliegt die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, der sich vorprozessual vor Eintritt der Bestandskraft erledigt hat, grundsätzlich keiner Klagefrist.

scheidet aufgrund seines Wortlautes aus. Eine analoge Anwendung ist jedoch aufgrund des Ausschlusses der Popularklage vor Gericht gegeben. Es müsste also die Möglichkeit einer Rechtsverletzung bei M und K bestehen. Gemäß der sog. Adressatentheorie ist der Adressat eines belastenden VA stets zumindest in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt. Eine Wohnungsdurchscheidung ist ein belastender VA. M und K waren als Bewohner des Ferienhauses auch Adressaten dieses belastenden VA. Sie sind somit klagebefugt.

Ebenfalls möglich erscheint eine Verletzung aus Art. 13 I GG.

#### VI. Fortsetzungsfeststellungsinteresse gemäß § 113 I 4 VwGO analog

Außerdem müssten M und K ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchscheidung haben.

In Betracht kommt ein Rehabilitationsinteresse. Dieses ist gegeben, wenn der VA einen diskriminierenden Charakter hat und das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen beeinträchtigt.

K fühlt sich aufgrund ihrer Religionszugehörigkeit und aufgrund ihres Erscheinungsbildes diskriminiert.<sup>4</sup> Außerdem sei sie aufgrund ihrer Herkunft diskriminiert. M möchte ferner nicht mehr in dem Haus wohnen bleiben. Ein Rehabilitationsinteresse liegt somit vor.

Ebenfalls in Betracht kommt ein tiefgreifender Grundrechtseingriff. Dieser ist bei einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff und einer dauernden faktischen Grundrechtsbeeinträchtigung gegeben. M und K wurden durch die Stürmung und Durchscheidung des Ferienhauses schwerwiegend in ihrem Grundrecht aus Art. 13 I GG beeinträchtigt. Ein Eingriff in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht liegt ebenfalls vor, Art. 1 I GG i. V. m. Art. 2 I GG. Ein tiefgreifender Grundrechtseingriff ist somit gegeben.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Hier ist Vorsicht geboten, denn entscheidend ist nicht das Gefühl einer Diskriminierung. Vielmehr kommt es darauf an, ob die angegriffene Maßnahme einen diskriminierenden Charakter hat. Die Stürmung eines Ferienhauses durch zehn bewaffnete Polizist/innen, die von benachbarten Häusern aus ohne Weiteres wahrgenommen werden kann, hat einen diskriminierenden Charakter. Schließlich können die Nachbar/innen kaum positive oder auch nur neutrale Schlussfolgerungen aus dem beobachteten Geschehen ziehen.

<sup>5</sup> Die behauptete Persönlichkeitsrechtsverletzung sollte begründet werden. Davon abgesehen sind Hausdurchscheidungen das klassische Beispiel für fortdauernde faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen bei typischerweise kurzfristiger Erledigung und damit für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse.

Daher besteht ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit.<sup>6</sup>

## VII. Ordnungsgemäße Klageerhebung gemäß §§ 81, 82 VwGO

M und K haben ordnungsgemäß Klage erhoben gemäß §§ 81, 82 VwGO.

## VIII. Zuständiges Gericht gemäß §§ 45, 52 VwGO

Nach §§ 45, 52 VwGO wäre das Verwaltungsgericht Hamburg zuständig für die Anfechtungsklage gewesen und ist daher auch für die Fortsetzungsfeststellungsklage zuständig.

## IX. Klagegegner gemäß § 78 I Nr. 1 VwGO analog

Nach dem Rechtsträgerprinzip ist Klagegegnerin gemäß § 78 I Nr. 1 VwGO analog die Freie und Hansestadt Hamburg (FHH).

## X. Beteiligten- und Prozessfähigkeit gemäß §§ 61, 62 VwGO

M und K sind gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und gemäß § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die FHH ist gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. Ihre Prozessfähigkeit ergibt sich aus § 62 III VwGO i. V. m. § 6 I VerwBehG.

## XI. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor.

## B. Begründetheit

Die Klage des M und der K ist begründet, soweit die Durchsuchung rechtswidrig war und M und K dadurch in eigenen Rechten verletzt wurden, § 113 I 4 VwGO analog.

### I. Rechtswidrigkeit der Durchsuchung vor Erledigung

Zu prüfen ist, ob die Durchsuchung vor ihrer Erledigung durch Vollziehung rechtswidrig gewesen ist.

<sup>6</sup> Unter dem Fortsetzungsfeststellungsinteresse hätte auch noch die konkrete Wiederholungsgefahr geprüft werden können. Zwar ist unwahrscheinlich, dass M und K jemals wieder (als Flitterwochen oder auch nur zu Urlaubszwecken) in ein Ferienhaus am Stadtrand fahren, andererseits aber stehen sie als scheinbar sofort zu identifizierende „Araber“ und „Muslima“ in Zeiten von Terrorhysterie in Deutschland

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Zunächst bedarf es einer Ermächtigungsgrundlage. Dieses Erfordernis folgt aus dem Vorbehalt des Gesetzes, welcher sich aus dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 III GG ergibt. Ermächtigungsgrundlage ist vorliegend § 16 II SOG.

### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Durchsuchung muss formell rechtmäßig gewesen sein. Es müssten die Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten worden sein.

#### a) Zuständigkeit

Zuständig war gemäß § 3 IIa SOG die Vollzugspolizei. Es lag ein Fall der Gefahrenabwehr zur Abwehr drohender terroristischer Angriffe vor.

#### b) Verfahren

Die Verfahrensvorschriften wurden durch die Anwesenheit des M und der K gemäß § 16a II SOG, die Mitteilung des Grundes der Durchsuchung gemäß § 16a III SOG und aufgrund der Niederschrift der Durchsuchung gemäß § 16a IV SOG eingehalten. Die Durchsuchung wurde zudem ordnungsgemäß angeordnet gemäß § 16a I SOG.

Fraglich ist allerdings, ob eine Anhörung gemäß § 28 I HmbVwVfG erforderlich war. Wie oben dargestellt, waren M und K Adressaten eines belastenden VA. Trotzdem erfolgte keine vorherige Anhörung. Diese könnte jedoch gemäß § 28 II Nr. 1 HmbVwVfG entbehrlich sein.<sup>7</sup> Danach ist eine Anhörung für den Fall der Gefahr im Verzug oder aufgrund eines besonderen öffentlichen Interesses entbehrlich. M und K galten als terrorverdächtig. Eine vorherige Anhörung stünde dem Sinn der Wohnungsdurchsuchung entgegen. Sie war daher gemäß § 28 II Nr. 1 HmbVwVfG entbehrlich.

Die Verfahrensvorschriften wurden eingehalten.

#### c) Form

Ebenfalls eingehalten wurden die Formvorschriften.<sup>8</sup>

#### d) Zwischenergebnis

Die Durchsuchung war somit formell rechtmäßig.

unter Generalverdacht und sind permanent Verdächtigungen und vermehrten Kontrollen ausgesetzt. Auch zeigt die Polizei keine Einsicht bezüglich ihrer diskriminierenden Kriterien für die Einordnung von Personen als „terrorverdächtig“. Das Verwaltungsgericht würde aber wahrscheinlich eine *konkrete* Wiederholungsgefahr ablehnen.

<sup>7</sup> Hier hätte auch § 28 II Nr. 5 HmbVwVfG geprüft werden können.

<sup>8</sup> Vorliegend hätte es sich angeboten, Verfahrens- und Formvorschriften gemeinsam zu prüfen, da bspw. das Erfordernis einer Niederschrift über die Durchsuchung nach § 16a IV SOG eher eine Formvorgabe darstellen dürfte. Auch empfiehlt es sich nicht, die Einhaltung von Formvorschriften zu behaupten, ohne entsprechende Vorschriften auch konkret benennen zu können.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Durchsuchung müsste weiterhin materiell rechtmäßig gewesen sein.

#### a) Tatbestand

Der Tatbestand nach § 16 II Nr. 1 SOG müsste erfüllt sein.

Bei dem Ferienhaus handelt es sich um eine Wohnung i. S. v. § 16 I SOG.

Weiterhin müssten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in der Wohnung eine Person befindet, die nach § 13 I Nr. 2 SOG in Gewahrsam genommen werden darf. Gemäß § 13 I Nr. 2 SOG darf eine Person in Gewahrsam genommen werden, wenn dieses unerlässlich ist, um die unmittelbare Begehung von Straftaten zu verhindern. Befürchtete terroristische Anschläge sind Straftaten von erheblicher Bedeutung, so dass Terrorist/innen nach § 13 I Nr. 2 SOG in Gewahrsam genommen werden dürften.

Fraglich ist aber, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigten, dass M und K terroristische Anschläge planten oder unterstützten. Es bestand der konkrete Verdacht, es handle sich bei M und K um zwei zuvor noch observierte Terrorverdächtige. Das äußere Erscheinungsbild der beiden trug zu diesem Verdacht ebenso bei wie ihre zurückgezogene Lebensweise.<sup>9</sup>

Der Tatbestand des § 16 II Nr. 1 SOG ist somit erfüllt.

#### b) Rechtsfolge: Ermessen

Mögliche Rechtsfolge nach § 16 II Nr. 1 SOG ist die Durchsuchung der Wohnung ohne Einwilligung der Inhaber. Eine Einwilligung von M und K lag nicht vor, trotzdem wurde das Ferienhaus durchsucht. Die Regelung in § 16 II Nr. 1 SOG räumt der zuständigen Behörde ein Ermessen aufgrund des Wortlautes „darf“ ein.

<sup>9</sup> Hier hätte mehr argumentiert werden müssen. Und hier hätte auch anders entschieden werden können. Für die Annahme, dass sich Terroristen im Ferienhaus von K und M aufhalten, sprachen die Terrorwarnung für Hamburg, das ortsnahe Untertauchen von Terrorismusverdächtigen, evtl. die gleiche Religionszugehörigkeit von K und M und den Verdächtigen sowie ggf. das Verhalten von K und M, insbesondere die zugezogenen Gardinen und ihre Zurückgezogenheit insgesamt. Auch wurden schon einmal terroristische Anschläge in einem Ferienhaus geplant (Sauerland) und angesichts des Ausmaßes der angenommenen Gefahr sind an das Vorliegen eines Verdachtes keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Andererseits sprachen auch sehr gewichtige Gründe gegen die Annahme der Polizei, so insbesondere die Allgemeinheit der Terrorwarnung, die Plausibilität des Verhaltens von K und M angesichts ihrer Flitterwochen sowie der Umstand, dass sie völlig unbescholtene Bürger/innen sind und noch niemals polizeilich aufgefallen waren. Auch kann ihre Religionszugehörigkeit schlicht nicht als Grundlage für einen Terrorverdacht dienen – und wenn dieses diskriminierende Kriterium unberücksichtigt bleibt, lagen eigentlich überhaupt keine Tatsachen vor, die ausgerechnet K und M zu Terrorverdächtigen machen konnten.

Es folgt daher nur eine Prüfung der Entscheidung auf Ermessensfehler hin, § 114 VwGO.

#### aa) Ermessensreduktion auf Null

Ausnahmsweise könnten Tatsachen vorliegen, die nur eine Rechtsfolge als zulässig erscheinen lassen. Dieses ist jedoch aufgrund der besonders schutzwürdigen Position der Kläger/innen abzulehnen. Eine Ermessensreduktion auf Null liegt nicht vor.<sup>10</sup>

#### bb) Ermessensnichtgebrauch

Die mehrstündige Entscheidungsphase durch die Polizei spricht deutlich gegen einen Ermessensnichtgebrauch. Das eingeräumte Ermessen wurde ausgeübt.

#### cc) Ermessens Fehlgebrauch

Es könnte aber ein Ermessens Fehlgebrauch vorliegen. Dies ist gegeben, wenn die zuständige Behörde aus sachfremden Erwägungen entschieden hat. Die äußerlich erkennbare Religionszugehörigkeit von M und K begründet keinen Terrorverdacht. Eine allein darauf gestützte Durchsuchungsentscheidung wäre sachfremd. Allerdings lagen auch eine Terrorwarnung sowie das Untertauchen zweier Terrorverdächtiger vor, so dass nicht unterstellt werden kann, dass die Polizei aus sachfremden Motiven entschieden hat.

#### dd) Ermessensüberschreitung

Es könnte jedoch eine Ermessensüberschreitung vorliegen. Zwar hat die Polizei die vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge der „Durchsuchung ohne Einwilligung der Inhaber“ gewählt. Jedoch ist zu prüfen, ob die gewählte Maßnahme verhältnismäßig war.

##### (1) Legitimes Ziel

Die Abwehr von terroristischen Angriffen oder Anschlägen zum Schutz der Allgemeinheit ist ein legitimes Ziel.

##### (2) Geeignetheit

Die Durchsuchung des Ferienhauses, um Terrorverdächtige aufzufinden und in Gewahrsam zu nehmen, war auch geeignet, um dieses Ziel zu erreichen. Die Maßnahme war daher geeignet.

##### (3) Erforderlichkeit

Außerdem müsste die Durchsuchung erforderlich gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn es kein milderes, gleich geeignetes Mittel gab. Als milderes Mittel kam ein Gespräch mit den Verdächtigen M und K in Betracht. Die-

<sup>10</sup> Es ist doch recht fern liegend, hier eine Ermessensreduktion auf Null zu prüfen. Wenn eine solche vorliegen könnte, würde sie sich auch nicht aus Tatsachen, sondern aus höherrangigen Normen, insbesondere Grundrechten, ergeben. Im zu prüfenden Fall ist gerade nicht zu erkennen, dass die Grundrechte der Kläger/innen nur eine richtige Entscheidung als ermessensfehlerfrei erscheinen ließen. Die Argumentation, dass die besonders schutzwürdige Position der Kläger/innen eine Ermessensreduktion auf Null verhindere, ist etwas sonderbar.

ses Mittel ist milder. Allerdings ist fraglich, ob das Mittel gleich geeignet wäre. Hätte es sich bei M und K tatsächlich um Terroristen gehandelt, so wäre ein einfaches Gespräch nicht gleich geeignet gewesen. M und K hätten dann immer noch eventuell vorhandenes Werkzeug oder Gegenstände zurückhalten können.

Die Durchsuchung war somit auch erforderlich.

#### (4) Angemessenheit

Fraglich ist allerdings, ob die Maßnahme auch angemessen war. Es ist abzuwägen zwischen dem angestrebten Ziel der Durchsuchung und der dadurch erfolgten Beeinträchtigung der Rechtsgüter von M und K.

Die Durchsuchung erfolgte aufgrund bloßer vager Vermutungen und Verdächtigungen durch Nachbarn. M und K waren weder vorbestraft noch jemals polizeilich aufgefallen. Auf der anderen Seite ist ein polizeiliches Auffallen kein Hindernis dafür, terroristische Aktivitäten zu planen. Allerdings erfolgte die Durchsuchung mit zehn bewaffneten Polizisten.

M und K befanden sich in den Flitterwochen. Ihre Abgeschiedenheit hatte demnach andere private Gründe. Weiter anzuführen ist, dass alle Räumlichkeiten sofort durchsucht wurden. Die Privatsphäre von M und K wurde daher schwerwiegend verletzt. Dass M nicht mehr in dem Haus verweilen möchte, deutet auf die Art und Weise der Durchführung hin.

Zwar hat die Polizei zwei Terrorverdächtige aus den Augen verloren. Diese befanden sich zudem in der Nähe der Kläger/innen. So lag eine Vermutung nahe, dass M und K diese Verdächtigen waren. Allerdings hätte eine weitere Observation ausgereicht, wie auch zuvor schon erfolgt.

Abseits im Wald war nicht mit terroristischen Anschlägen zu rechnen. Die Abwägung gelangt daher zu dem Ergebnis, dass die Durchsuchung durch die Polizei nicht angemessen war.

#### (5) Zwischenergebnis

Die Durchsuchung war unverhältnismäßig. Eine Ermessensüberschreitung liegt vor.

#### ee) Zwischenergebnis

Die Ermessensgrenzen wurden nicht eingehalten. Es liegen Ermessensfehler vor.

#### c) Zwischenergebnis

Die Durchsuchung war materiell rechtswidrig.

#### 4. Zwischenergebnis

Die Durchsuchung war rechtswidrig.

### II. Rechtsverletzung von M und K

Die Durchsuchung stellte einen Eingriff in Art. 2 I GG, Art. 13 I GG dar, der auf Grund der Ermessensüberschreitung durch die Polizei nicht gerechtfertigt war. Eine Rechtsverletzung von M und K lag damit vor.

### III. Zwischenergebnis

Die Klage der K und des M ist begründet.

## C. Ergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor und die Klage von K und M ist begründet. Sie hat damit Aussicht auf Erfolg.

Vanessa Katharina Schramm\*

## Die Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen aus rechtsökonomischer Sicht – Die Ablehnung der U.S.-amerikanischen Fraud-on-the-Market-Doctrine durch den BGH

### A. Einleitung

Die Anforderungen an eine Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen aus § 826 BGB wurden vom BGH in einer Vielzahl von Entscheidungen konkretisiert.<sup>1</sup> Im Zusammenhang mit Unternehmen des neuen Marktes wie Infomatec, EM.TV und ComROAD, deren Kurse während des Börsenbooms 2000/2001 erheblich anstiegen, stellte sich im Nachhinein heraus, dass ein Großteil dieses Erfolges weniger auf den fundamentalen Wert der Unternehmen zurückzuführen war, als vielmehr auf die Veröffentlichung einer Reihe unwahrer positiver Unternehmensdaten als Ad-hoc-Mitteilungen, die zu Werbezwecken missbraucht wurden. Die durch die darauf folgenden Kurseinbrüche geschädigten Anleger versuchten daher einen gerichtlichen Ausgleich zu erlangen.

Neben den spezialgesetzlichen Anspruchsgrundlagen der §§ 37b, c WpHG kommt dem § 826 BGB dabei vor allem deshalb eigenständige Bedeutung zu, weil er neben der Inanspruchnahme des Emittenten auch einen Durchgriff auf Vorstand und Geschäftsführer ermöglicht, insb. im Fall der Insolvenz des Unternehmens.<sup>2</sup> Trotz der grds. Anwendbarkeit der Vorschrift scheiterten allerdings fast alle Klagen. Grund hierfür ist vor allem der vom BGH verlangte Nachweis einer konkreten Kausalität zwischen der einzelnen Ad-hoc-Mitteilung und der individuellen Anlageentscheidung.<sup>3</sup> Wie auch der BGH feststellt, wird dem Anleger ein derartiger Nachweis i. d. R. nahezu unmöglich sein.<sup>4</sup>

Andere Lösungswege sucht die von U.S.-amerikanischen Gerichten entwickelte Fraud-on-the-Market-Doctrine<sup>5</sup>, welche unter Verzicht auf die individuelle Kenntnis

primär auf die Feststellung einer Preisverzerrung abstellt. Eine Anwendung dieser Theorie wird vom BGH aber prinzipiell abgelehnt. Das ist verwunderlich, sind die Probleme in den USA doch bereits seit den 1970er Jahren Gegenstand der Diskussion, die deshalb wichtige Hinweise auch für die deutsche Rspr. geben könnte. Eine rechtsvergleichende Betrachtung scheint daher angebracht, wobei der rechtsökonomische Denkansatz aufgrund seiner rechtsordnungsübergreifenden Anwendbarkeit hierfür besonders geeignet ist. Im Folgenden soll daher analysiert werden, ob und inwieweit die Anforderungen des BGH sinnvoll erscheinen bzw. die Fraud-on-the-Market-Doctrine dem über- oder unterlegen ist. Ausgehend von einigen ökonomischen Grundlagen ist dabei auf Gesichtspunkte des Verursachungszusammenhangs sowie prozessrechtliche Aspekte hinsichtlich Beweislastverteilung und Anspruchsdurchsetzung einzugehen.

### B. Grundlagen

Aus rechtsökonomischer Sicht kommt der Deliktshaftung vor allem eine Präventivfunktion zu.<sup>6</sup> Sie hat verhaltenssteuernde Wirkung und soll für die Akteure einer Gesellschaft Anreize zu gesamtgesellschaftlich effizientem Verhalten setzen.<sup>7</sup> Indem sie dem Einzelnen Schadensersatzzahlungen auferlegt, kann sie ihn zur Internalisierung externer Kosten zwingen, welche nur aufgrund prohibitiv hoher Transaktionskosten entstehen, die eine Verhandlungslösung unmöglich machen.<sup>8</sup> Im Bezug auf die Ad-hoc-Publizität, die in Abgrenzung zur primärmarktbezogenen Prospektspflicht die Information des Sekundärmarktes betrifft, können insofern Anreize zu deren pflichtgemäßer Einhaltung gesetzt werden. Auf diese Weise kann die deliktische Haftung auch zur Sicherung der mit der Ad-hoc-Publizität verfolgten ökonomischen Funktion und der Vermeidung der ansonsten befürchteten Schäden beitragen.

Die Ausgestaltung der Haftung und ihrer Voraussetzungen sollten dabei immer dem Ziel der Minimierung der gesamtgesellschaftlichen Schadens- und Schadensver-

\* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer von Jun.-Prof. Dr. iur. Patrick C. Leyens, LL.M. (London) gestellten Schwerpunktbereichsarbeit der Verfasserin, die im Sommersemester 2010 mit „sehr gut“ bewertet wurde. Der Text wurde in Absprache mit dem Aufgabensteller an einigen Stellen vereinfacht und um Begriffserklärungen ergänzt, um auch für Leser/innen ohne rechtsökonomische Vorkenntnisse interessant zu sein.

1 Im Rahmen der Ad-hoc-Publizität nach § 15 I WpHG hat ein Emittent von Finanzinstrumenten kursrelevante, dem Publikum nicht bekannte Umstände unverzüglich zu veröffentlichen; Rechtsprechungsnachw. bei Jürgen Oechsler, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2009, § 826 Rn. 384d.

2 Gerhard Wagner, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2009, § 826 Rn. 68.

3 BGH vom 26.04.2008, WM 2008, 790 (791) – ComROAD VIII.

4 BGH vom 19.07.2004, NJW 2004, 2664 (2666) – Infomatec I.

5 Basic, Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224 (1988).

6 Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, 7. Aufl. 2007, S. 23f.

7 Oliver Mörsdorf, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizität gemäß § 15 WpHG, 2005, S. 78f.

8 Luidger Röckrath, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung: Rechtliche und ökonomische Analyse, 2004, S. 83.

meidungskosten folgen.<sup>9</sup> Es sind stets auch die Durchsetzungskosten wie auch die Kosten und Nutzen, die durch die gesetzten Anreize auf die verschiedenen Akteure entstehen, zu berücksichtigen.

Neben diesen allgemeinen Grundsätzen sind bei der Ausformung speziell der deliktischen Informationshaftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen aber auch die funktionellen Besonderheiten des Sekundärmarktes zu berücksichtigen, die nur vor dem Hintergrund derjenigen des Primärmarktes vollständig erfassbar sind. Der Primärmarkt als jener Teil des Kapitalmarktes, über den Finanzinstrumente erstmals von Unternehmen emittiert und beim interessierten Anlegerpublikum platziert werden, erfüllt eine wertvolle Allokationsfunktion, indem er es ermöglicht, den Finanzbedarf der kapitalnachfragenden Unternehmen und den Anlagebedarf von Investoren auszugleichen, und so das knappe Gut Kapital in seine nutzbringendste Verwendung zu lenken.<sup>10</sup> Der Sekundärmarkt ist demgegenüber der Umlaufmarkt für bereits emittierte Finanzinstrumente. Die Transaktionen erfolgen zwischen den Anlegern, ohne Beteiligung des emittierenden Unternehmens.<sup>11</sup> Damit bietet der Sekundärmarkt diesen eine Veräußerungsmöglichkeit für den Fall, dass sie ihr Kapital anderweitig verwenden möchten. Dies ist deshalb relevant, da Kapitalnehmer und -geber häufig über unterschiedliche Zeiträume Kapital aufnehmen bzw. anlegen möchten. Der Sekundärmarkt erleichtert die erforderliche Fristentransformation.<sup>12</sup> Ein funktionsfähiger und liquider Sekundärmarkt hat daher eine unmittelbare Rückwirkung auf den Primärmarkt. Die Anleger werden unter diesen Umständen eher bereit sein, Instrumente auf dem Primärmarkt zu erwerben, was für den Emittenten zugleich die Sicherung der Kapitalaufnahmemöglichkeit zu Preisen entsprechend der tatsächlichen Geschäftsaussichten bedeutet.<sup>13</sup>

### C. Ökonomische Analyse der Anforderungen an die haftungsbegründende Kausalität

Für eine Haftung aus § 826 BGB aufgrund fehlerhafter Ad-hoc-Mitteilungen ist nach Ansicht des BGH im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität ergänzend auf den Schutzzweck der Norm abzustellen, der im „Schutz der Integrität der Willensentschließung“<sup>14</sup> des potenziellen Anlegers bestehe. Daher sei ein konkreter Kausalzusammenhang zwischen fehlerhafter Mittei-

lung und Anlageentscheidung erforderlich.<sup>15</sup> Dies setze den Nachweis voraus, dass der Anleger den Inhalt der Mitteilung persönlich zur Kenntnis genommen und zur Grundlage seiner Anlageentscheidung gemacht habe.<sup>16</sup>

Aus rechtsökonomischer Sicht ist die Frage der Schadenszurechnung normativ zu beurteilen unter Berücksichtigung der dargelegten Ziele der Deliktshaftung.<sup>17</sup> Entscheidend für die effiziente Zuordnung der Rechtspositionen ist dabei, wie die gesellschaftlichen Akteure jene bei Transaktionskosten von Null vertraglich festgelegt hätten.<sup>18</sup> Danach kommt eine Zurechnung der Schäden nur dann in Betracht, wenn der Haftende den Schaden zu geringerem Aufwand hätte verhindern können als alle anderen Akteure (sog. cheapest cost avoider) und sein Vermeidungsaufwand den erwarteten Schaden nicht übersteigt.<sup>19</sup>

#### I. Anlass der Haftung

Fraglich ist zunächst, vor welchen primären Schäden die Pflicht zur fehlerfreien Ad-hoc-Publizität schützen soll. Aus ökonomischer Sicht hat nur ein gesamtgesellschaftlicher Ressourcenschaden Relevanz.<sup>20</sup> Bei dem durch fehlerhafte Mitteilungen verursachten individuellen Schaden handelt es sich primär um einen reinen Vermögensschaden. Dieser besteht in der Differenz zwischen tatsächlich gezahltem und hypothetischem fairem Preis bei fehlerfreier Information.<sup>21</sup> Die hier als Verlust auftretende Summe fließt bei Transaktionen am Sekundärmarkt aber nicht an den Emittenten, sondern als Gewinn zum jeweiligen Transaktionspartner. Es handelt sich lediglich um Umverteilungsschäden, die den sozialen Schaden nicht tangieren.<sup>22</sup> Eine darüber hinausgehende Beeinträchtigung der individuellen Willensentschließung dadurch, dass der Anleger vom Kauf bei Kenntnis der wahren Sachlage gänzlich abgesehen hätte, kommt jedenfalls an funktionsfähigen Sekundärmärkten wegen jederzeitiger Wiederveräußerungsmöglichkeit nicht als Schaden in Betracht.<sup>23</sup>

<sup>15</sup> Ebd.

<sup>16</sup> Vgl. *Thomas M. J. Möllers*, Konkrete Kausalität, Preiskausalität und uferlose Haftungsausdehnung – ComROAD I-VIII, NZG 2008, S. 413 (414).

<sup>17</sup> *Luidger Röckrath*, Kausalität, 2004, S. 97.

<sup>18</sup> Vgl. *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 113 m. w. N.; *Hein Kötz*, Schweinepanik, in: *Kötz/Schäfer* (Hg.), *Judex Oeconomicus*, 2003, S. 16 (28).

<sup>19</sup> *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 228; *Hein Kötz*, in: *Kötz/Schäfer* (Hg.), *Judex Oeconomicus*, 2003, S. 16 (29).

<sup>20</sup> *Claus Ott*, Die Haftung von Wirtschaftsprüfern gegenüber Anlegern am Kapitalmarkt, in: *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse*, Festschrift für Hans-Bernd Schäfer, 2008, S. 171 (189).

<sup>21</sup> *Alexander Hellgardt*, Kapitalmarktdelikttsrecht, 2008, S. 140.

<sup>22</sup> *Alexander Hellgardt*, Kapitalmarktdelikttsrecht, 2008, S. 140 f.

<sup>23</sup> *Alexander Hellgardt*, Kapitalmarktdelikttsrecht, 2008, S. 171.

<sup>9</sup> *Guido Calabresi*, *The Cost of Accidents*, 4. Aufl. 1975, S. 26.

<sup>10</sup> *Alexander Hellgardt*, Kapitalmarktdelikttsrecht, 2008, S. 111.

<sup>11</sup> *Hans P. Becker*, *Investition und Finanzierung*, 3. Aufl. 2009, S. 116; *Richard A. Brealey/Stewart C. Myers/Alan J. Marcus*, *Fundamentals of Corporate Finance*, 6. Aufl. 2009, S. 35.

<sup>12</sup> *Thomas Hartmann-Wendels/Andreas Pfingsten/Martin Weber*, *Bankbetriebslehre*, 5. Aufl. 2010, S. 6.

<sup>13</sup> *Alexander Hellgardt*, Kapitalmarktdelikttsrecht, 2008, S. 119 f.

<sup>14</sup> BGH vom 26.04.2008, WM 2008, 790 (791) – *ComROAD VIII*.

Fraglich ist daher, ob anderweitig ein sozialer Schaden entstehen könnte. Auf dem Sekundärmarkt werden beide Vertragspartner typischerweise nicht über die nötigen Informationen verfügen, um die Geschäftsaussichten des Emittenten und somit die Qualität des Wertpapiers korrekt beurteilen zu können. Diesbezüglich stehen dem Emittenten selbst die besten Möglichkeiten zur Verfügung.<sup>24</sup> Kommt es vermehrt zu Fehlinformationen oder werden wesentliche Informationen gar nicht veröffentlicht, kann das Anlegerpublikum die Qualität nicht mehr sicher einschätzen und seine Zahlungsbereitschaft entsprechend ausrichten. Da sich die Anleger nie sicher sein können, nicht mit einem besser informierten Insider zusammenzutreffen, ist die Wahrscheinlichkeit zu den Opfern einer Fehlinformation zu gehören überdurchschnittlich hoch.<sup>25</sup> Daher werden sie von Investitionen gänzlich absehen oder Risikoabschläge berechnen.<sup>26</sup> Die erhöhte Volatilität des Marktes<sup>27</sup>, der nur punktuell bei neuer Kapitalaufnahme oder Regelpublizitätsveröffentlichungen mit korrekten Informationen versorgt wird, verursacht bei risikoaversen Anlegern Kosten.<sup>28</sup> Wird das Verhalten der Sekundärmarktkäufer von den Käufern am Primärmarkt daher antizipiert, können sie also nicht sicher sein, später jederzeit wieder zu einem fairen Preis verkaufen zu können, werden sie bereits auf dem Primärmarkt Abschläge fordern oder anderweitig investieren. Dies bedeutet für die betroffenen Emittenten eine Steigerung der Kapitalkosten.<sup>29</sup> Bei regelmäßig auftretenden Fehlinformationen können die Anleger zudem nicht zwischen guten und schlechten Informationen unterscheiden, so dass alle Unternehmen gleichermaßen mit Abschlägen bestraft werden.<sup>30</sup> Insb. die ehrlichen Emittenten können dann nicht mehr zu angemessenen Preisen verkaufen (negative externe Effekte).<sup>31</sup> Zu diesen werden sie nicht bereit sein, eine Beteiligung in gleichem Ausmaß anzubieten.<sup>32</sup> Dies führt zu einem suboptimalen Aktivitätsniveau derartiger Unternehmen.<sup>33</sup> Weiter sinkt dadurch die erwartete Durchschnittsqualität der In-

formationen und es kann im Extremfall zum Einsetzen eines Prozesses der adversen Selektion kommen.<sup>34</sup> Jedenfalls kommt es aber zu einer systematischen Fehlleitung von Kapital in weniger ertragreiche Projekte und zu einer Beeinträchtigung der Allokationsfunktion des Kapitalmarktes.<sup>35</sup> Hinzu treten vermeidbare Kosten aus dem Ressourceneinsatz für die Erstellung und Verdeckung der Fehlinformation durch die Manager und für verstärkte Informationssuche und -verifikation durch die Anleger. Während pflichtgetreue Emittenten erhöhte Signalisierungskosten einsetzen müssen, um ihre Vertrauenswürdigkeit glaubhaft machen zu können.<sup>36</sup> Fehlerhafte Mitteilungen können also auch beträchtliche soziale Schäden verursachen. Dem individuellen Schaden kommt dabei nur insoweit Bedeutung zu, als er die Bedingung für den befürchteten sozialen Schaden darstellt. Dieser wird ausgelöst, wenn das Anlegerpublikum das Vertrauen verliert, am Sekundärmarkt jederzeit zu fairen Preisen Transaktionen durchführen zu können.

## II. Schadenszurechnung und Vertrauenskriterium

Der Emittent bzw. die für ihn handelnden Manager verfügen bereits über die notwendigen Informationen bzw. können diese günstig beschaffen und verifizieren. Dem stünde eine Vielzahl gleichgerichteter Informationsbemühungen der Anleger gegenüber, die nicht in gleicher Weise geeignet wären, eine kostengünstige, vollständige und richtige Information zu gewährleisten. Die Manager sind daher jedenfalls insofern *cheapest cost avoider*<sup>37</sup>, als es um die Verhinderung von Schäden geht, die dadurch entstehen, dass ihre Fehlinformation Einfluss auf die Bewertung des Finanzinstruments nimmt und die Anleger deshalb Transaktionen zu ungerechtfertigten Preisen abschließen. Im Gegenzug für die verlässliche Information verzichten die Anleger zudem auf Risikoabschläge, was für die Emittenten eine Senkung ihrer Kapitalkosten bedeutet. Bei Transaktionskosten von Null hätten die Akteure für diesen Fall daher einen Vertrag über die Verantwortung der Manager abgeschlossen. Die besagten Schäden sind aber von solchen abzugrenzen, für deren Eintritt die Fehlinformation die Wahrscheinlichkeit nicht erhöht hat<sup>38</sup> und welche vom Anleger besser verhindert werden können. Fraglich ist, inwiefern es zu die-

24 Theodor Baums, Haftung wegen Falschinformation des Sekundärmarktes, ZHR 167 (2003), S. 139 (143); Hanno Merkt, Unternehmenspublizität, 2001, S. 307.

25 Alexander Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht, 2008, S. 143.

26 Thorben Rein, Die Prospektpflicht und Prospekthaftung bei Wertpapieremissionen, 2009, S. 56.

27 Maß für die Schwankungsintensität, insb. von Wertpapierkursen innerhalb eines bestimmten Zeitraums und zugleich Risikokennzahl, Wolfgang Breuer/Thilo Schweizer (Hg.), Gabler Lexikon Corporate Finance, 2003, Stichwort: Volatilität, S. 566.

28 Richard A. Posner, Law and the Theory of Finance: Some Intersections, Geo. Wash. L. Rev. 54 (1986), S. 159 (170).

29 Alexander Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht, 2008, S. 183; Klaus J. Hopt/Hans-Christoph Voigt, Grundsatz- und Reformprobleme der Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, in: dies. (Hg.), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, 2005, S. 9 (114).

30 Theodor Baums, ZHR 167 (2003), S. 139 (144).

31 Alexander Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht, 2008, S. 184.

32 Bernard S. Black, The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets, UCLA L. Rev. 48 (2001), S. 781 (787).

33 Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 660.

34 Grundlegend mit ausf. Darstellung der allg. Problematik der Negativauslese George A. Akerlof, The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Q. J. Econ. 84 (1970), S. 488–500 (insb. 489f.); Markus Ruffner, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, 2000, S. 364; Tilman Weichert, Der Anlegerschaden bei fehlerhafter Kapitalmarktpublizität, 2008, S. 257.

35 Theodor Baums, ZHR 167 (2003), S. 139 (144).

36 Richard A. Posner, Geo. Wash. L. Rev. 54 (1986), S. 159 (170); Tilman Weichert, Anlegerschaden, 2008, S. 258.

37 Theodor Baums, ZHR 167 (2003), S. 139 (143).

38 Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 270.

ser Abgrenzung des Kriteriums des Vertrauens auf die konkrete Information bedarf.

## 1. Informationsverarbeitung und Preisbildung auf entwickelten Kapitalmärkten

### a) Traditionelles Modell der Investitionsentscheidung

Verlangt der BGH den Nachweis der Kenntnis des Anlegers von der konkreten Fehlinformation und dass er diese zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht hat<sup>39</sup>, liegt dem eine bestimmte Vorstellung von der Informationsverarbeitung auf den Kapitalmärkten zugrunde und von der Art und Weise wie der einzelne Anleger Investitionsentscheidungen trifft.<sup>40</sup> Es wird indirekt davon ausgegangen, dass er vor seiner Investitionsentscheidung sämtliche öffentlich verfügbaren Informationen über den Emittenten sammelt und auswertet, um hierauf aufbauend eine umfassend informierte Entscheidung treffen zu können.<sup>41</sup> Die Informationsverarbeitung findet beim Anleger selbst statt. Aufgrund der Informationen wird es ihm ermöglicht, sich ein Bild von der Qualität des Finanzinstruments zu machen und seine Zahlungsbeurteilung entsprechend auszurichten. Durch die Verarbeitung fehlerfreier Informationen käme es aufgrund der individuellen Nachfrage- und Angebotsentscheidungen auch auf Marktebene zu einer korrekten Preisbildung. Dieses traditionelle Modell der Investitionsentscheidung ist auf Face-to-Face-Transaktionen ausgerichtet, bei denen sich die Vertragspartner individuell gegenüberstehen und die Information dem Anleger direkt übermittelt wird.<sup>42</sup> Vor diesem Hintergrund wird auch der Zweck des Transaktionskausalitätserfordernisses verständlich: Nur bei Kenntnis der konkreten Fehlinformation kann der Anleger diese in seinen Entscheidungsprozess einbeziehen, ihr einen subjektiven Wert zuweisen, seine Vorstellung von der Qualität und somit auch den verhandelten Preis mitbestimmen.<sup>43</sup> Erst die Kenntnis und der Einbezug der Fehlinformation begründet die Gefahr, dass Finanzinstrument nur zu einem unfairen Preis verkaufen zu können und führt daher zum Vertrauensverlust der Anleger mit allen negativen Konsequenzen. Nur für diesen Fall wäre der Manager daher *cheapest cost avoider*. Hatte die Information hingegen keinerlei Einfluss auf die Qualitätsbewertung durch den Anleger, ist es zwar möglich, dass er sich aus anderen irrationalen Gründen zur Transaktion zu einem objektiv unangemessenen Preis entschließt, die Wahrscheinlichkeit hierfür wurde

39 BGH vom 26.04.2008, WM 2008, 790 (791) – *ComROAD VIII*.

40 Zur im Folgenden vorgenommenen Unterscheidung von „Traditional Model of the Investment Decision“ und „Market Model of the Investment Decision“ s. *Daniel R. Fischel*, *Use of Modern Finance Theory in Securities Fraud Cases Involving Actively Traded Securities*, *Bus. Law.* 38 (1982), S. 1 (2–5).

41 *Daniel R. Fischel*, *Bus. Law.* 38 (1982), S. 1 (3); *Knut Sauer*, *Haftung für Falschinformation des Sekundärmarktes*, 2004, S. 182.

42 *Knut Sauer*, *Kausalität und Schaden bei der Haftung für falsche Kapitalmarktinformation*, ZBB 2005, S. 24 (27).

43 *Knut Sauer*, ZBB 2005, S. 24 (29).

aber durch die nicht verarbeitete Fehlinformation nicht erhöht. Derartige Entscheidungsrisiken aus seinem persönlichen Umfeld könnten vielmehr vom Anleger besser beherrscht werden, so dass eine Haftung ausscheiden müsste.

### b) Marktmodell der Investitionsentscheidung

In der Realität ist es eher die Ausnahme, dass insb. Privatanleger bei ihrer Entscheidung auf Ad-hoc-Mitteilungen zurückgreifen. Nun könnte man meinen, dann sei das Vertrauenserfordernis doch erst recht wünschenswert, um Informationsanreize zu setzen und dem Anleger so bessere Entscheidungen zu ermöglichen.<sup>44</sup> Fraglich ist aber, ob die Informationsaufnahme und -verarbeitung hierfür tatsächlich durch den Anleger selbst erfolgen muss und sollte.

Bei den an Sekundärmärkten abgeschlossenen Geschäften handelt es sich typischerweise nicht um Transaktionen mit direktem Kontakt der Vertragspartner, sondern um solche zwischen anonymen Anlegern (open market transactions).<sup>45</sup> Auch die vom Emittenten bekanntgegebenen Informationen werden nicht direkt an den Anleger weitergeleitet, sondern in unpersönlichen an die Allgemeinheit gerichteten Mitteilungen veröffentlicht.<sup>46</sup> Zudem ist eine Informationssammlung und -verarbeitung immer auch mit Kosten verbunden.<sup>47</sup> Für den Anleger ist eine solche daher nur sinnvoll, wenn dem ein entsprechender Nutzen gegenübersteht.

Nach der von der ökonomischen Finanzlehre entwickelten Kapitalmarkteffizienzhypothese (Efficient Capital Market Hypothesis – ECMH)<sup>48</sup> in ihrer mittelstrengen Form werden alle öffentlich verfügbaren Informationen innerhalb kürzester Zeit im Marktpreis der Finanzinstrumente widerspiegelt.<sup>49</sup> Der neue Gleichgewichtspreis bildet sich durch Angebot und Nachfrage der Marktteilnehmer unter Berücksichtigung ihres jeweiligen Wissensstandes.<sup>50</sup> Die eigenständige Informationsauswertung hat für den Anleger dabei nur dann einen Nutzen, wenn er die kurzfristig über- bzw. unterbewerteten Wertpapiere besser identifizieren kann als andere und die Kosten den Gewinn nicht gänzlich aufzehren.<sup>51</sup>

Um die Auswirkungen einer Information auf die Bewertung der Wertpapierqualität einschätzen zu können,

44 Vgl. *Shores v. Sklar*, 647 F.2d 462, 483 (5th Cir., 1981).

45 *Oliver Mörsdorf*, *Ad-hoc-Publizität*, 2005, S. 87.

46 *Knut Sauer*, ZBB 2005, S. 24 (27).

47 *Thorben Rein*, *Prospektpflicht und -haftung*, 2009, S. 50.

48 Grundlegend *Eugene F. Fama*, *The Behavior of Stock-Market Prices*, *J. Bus.* 38 (1965), S. 34–105; *ders.*, *Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work*, *J. Fin.* 25 (1970), S. 383–417.

49 *Richard A. Brealey/Stewart C. Myers/Franklin Allen*, *Principles of Corporate Finance*, 9. Aufl. 2009, S. 359.

50 *Alexander Hellgardt*, *Fehlerhafte Ad-hoc-Publizität als strafbare Marktmanipulation*, ZIP 2005, S. 2000 (2004).

51 *Daniel R. Fischel*, *Bus. Law.* 38 (1982), S. 1 (4).

sind ein umfassendes Fachwissen sowie professionelle Auswertungsmethoden erforderlich. Für ein Verständnis der Mechanismen werden aufgrund sich ständig vergrößernder Anzahl und Komplexität der Finanzinstrumente zunehmend höhere Anforderungen gestellt. Gerade dem durchschnittlichen Kleinanleger, der lediglich über geringe geschäftliche und finanzielle Erfahrung verfügt, fehlen die für eine angemessene Untersuchung erforderlichen Fähigkeiten und Hilfsmittel, so dass er die neue Mitteilung im Kontext der vielen vorhandenen Daten nicht ohne weiteres auswerten kann.<sup>52</sup>

Dem steht eine Gruppe professioneller Marktteilnehmer wie Analysten, Ratingagenturen, Broker, etc. gegenüber, die aufgrund der regelmäßigen Beschaffung und Auswertung neuer Informationen sowie der Vielzahl der von ihnen abgeschlossenen Verträge über Informationsvorteile verfügen. Diese Wissensspezialisierung führt zusammen mit der besseren Verfügbarkeit technischer Ressourcen dazu, dass neue Informationen von ihnen sehr viel besser und kostengünstiger verarbeitet werden.<sup>53</sup> Sie haben daher einen Anreiz, solange in die Informationsauswertung zu investieren wie hierdurch noch ein geringfügig über dem Durchschnitt liegender Gewinn erzielt werden kann.<sup>54</sup> Indem sie unter- oder überbewertete Papiere identifizieren und entsprechende Geschäfte tätigen, fließen auch neue Informationen in den Preis ein.<sup>55</sup>

Der durchschnittliche Anleger, der nicht über entsprechende Vorteile verfügt, wird hingegen i. d. R. keinen über dem Marktdurchschnitt liegenden Gewinn erzielen und hat daher keinerlei Anreiz, Ressourcen in die Auswertung von Ad-hoc-Mitteilungen zu investieren.<sup>56</sup> Da nach der ECMH der Marktgleichgewichtspreis unter Zugrundelegung aller öffentlich verfügbaren Informationen die beste Schätzung für den Wert des Finanzinstruments darstellt, ist es für den Anleger vielmehr rational, diesen als gegeben zu akzeptieren, also als reiner Preisnehmer aufzutreten.<sup>57</sup>

Die auf diese Weise erreichte Verlagerung des Informationsverarbeitungsprozesses auf die spezialisierten Informationsintermediäre ist aufgrund ihrer kosten-senkenden Funktion auch gesamtgesellschaftlich wünschenswert. Verlangt man nun im Prozess die Kenntnis der fehlerhaften Mitteilung, würde man beim Anle-

ger Anreize zur Aufwendung von Kosten setzen, denen kein entsprechender individueller oder gesellschaftlicher Vorteil gegenübersteht.<sup>58</sup> Dies ist aus ökonomischer Sicht nicht wünschenswert. Hierin liegt eine wesentliche Schwäche der vom BGH vertretenen Sichtweise.

## 2. Folgen für die Kausalitätsanforderungen

Während bei Face-to-Face-Geschäften der Anleger selbst die Unterscheidung zwischen für seine Qualitätsbewertung und Zahlungsbereitschaft relevanten und irrelevanten Informationen trifft, übernimmt auf dem Kapitalmarkt der Markt diese Aufgabe „as an unpaid agent of the investor“.<sup>59</sup> Geht man mit der ECMH davon aus, dass alle öffentlich verfügbaren Informationen zeitnah im Marktpreis reflektiert werden, muss das ebenso für die Fehlinformation gelten.<sup>60</sup> Wird sie von den professionellen Marktteilnehmern als relevant betrachtet, kommt es zu einer Preisverzerrung. Der Markt wird als Ganzes getäuscht und leitet das fehlerhafte Signal weiter, dass der Wert der Aktie dem verzerrten Marktpreis entspricht. Indem der Anleger auf die fehlerfreie Preisbildung vertraut und eine Transaktion vornimmt, wird damit auch er wie sein Agent getäuscht und zwar unabhängig von seiner persönlichen Kenntnis der konkreten Information.<sup>61</sup> Da die Anleger die Bewertung nicht selbst vornehmen, sondern im Bezug hierauf vielmehr auf den Markt angewiesen sind, tritt ein individueller Schaden gerade aufgrund der Information bereits dann ein und ist das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Marktes bereits dann gefährdet, wenn der Marktpreis durch fehlerhafte Mitteilungen verfälscht wird. Um dies zu verhindern muss auch hier ein Ausgleich für den erlittenen Schaden vom Informationsgeber gewährt werden<sup>62</sup>, der insoweit *cheapest cost avoider* ist.

Fraglich ist, wie die umgekehrte Situation zu bewerten ist, in der es zwar nicht zu einer Preisverzerrung kommt, aber der Anleger Kenntnis von der Einzelinformation hat und aufgrund dessen meint, ein unter- bzw. überbewertetes Wertpapier vor sich zu haben und ein besonders gutes Geschäft machen zu können. Zwar geht er in dieser Situation von einer falschen Qualität aus, diese Einzelvorstellung kann jedoch die Preisbildung nicht beeinflussen.<sup>63</sup> Daher zahlt er nur den nicht verzerrten Marktpreis. Dieser entspricht der besten Einschätzung der tatsächlichen Aussichten auf zukünftige Zahlungsströme. Der Anleger erhält die angemessene Marktren-

52 Knut Sauer, Falschinformation des Sekundärmarktes, 2004, S. 183.

53 Daniel R. Fischel, Bus. Law. 38 (1982), S. 1 (13).

54 Daniel R. Fischel, Bus. Law. 38 (1982), S. 1 (14); Knut Sauer, ZBB 2005, S. 24 (26).

55 Alexander Hellgardt, Kapitalmarktdeliktensrecht, 2008, S. 521 f.; ders., ZIP 2005, S. 2000 (2004).

56 Daniel R. Fischel, Bus. Law. 38 (1982), S. 1 (4).

57 Daniel R. Fischel, Bus. Law. 38 (1982), S. 1 (4 f.); Knut Sauer, Falschinformation des Sekundärmarktes, 2004, S. 305; Maximilian Findeisen, Die Bedeutung der haftungsbegründenden Kausalität einer fehlerhaften Ad-hoc-Mitteilung für die Anlageentscheidung des Schadenersatzklägers, NZG 2007, S. 692 (694).

58 Daniel R. Fischel, Bus. Law. 38 (1982), S. 1 (14).

59 Basic, Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224, 244 (1988).

60 Klaus J. Hopt/Hans-Christoph Voigt, in: dies. (Hg.), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, 2005, S. 9 (134).

61 Daniel R. Fischel, Bus. Law. 38 (1982), S. 1 (10); Theodor Baums, ZHR 167 (2003), S. 139 (182).

62 Klaus J. Hopt/Hans-Christoph Voigt, in: dies. (Hg.), Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, 2005, S. 9 (131).

63 Alexander Hellgardt, Kapitalmarktdeliktensrecht, 2008, S. 522.



se einschränken könnte<sup>79</sup>, in dieser Hinsicht obliegt es jedoch den Gerichten, hinreichend präzise Verhaltensstandards herauszubilden, welche verbleibende Unsicherheiten der Marktteilnehmer beseitigen.<sup>80</sup> Soweit dies gelingt, besteht eine Gefahr der Überabschreckung bereits deshalb nicht. Eine Korrektur des vom Schädiger ex ante erwarteten Schadensersatzes durch eine Absenkung der Haftungswahrscheinlichkeit mittels erhöhter Anforderungen im Rahmen der Kausalität<sup>81</sup> ist daher nicht erforderlich.

## 2. Verlagerung des Marktrisikos

Weiter könnte die Feststellung des BGH auch so gedeutet werden, dass unter Bezug auf eine reine Preisverzerung die Gefahr bestehe, dass das Risiko eines Kursverlustes, der nichts mit der Fehlinformation zu tun hat, auf den Haftenden abgewälzt werde.<sup>82</sup> Dies wäre in der Tat ein unerwünschtes Ergebnis, denn bei Wertpapieren handelt es sich definitionsgemäß gerade um die Zurverfügungstellung von Risikokapital. Während der Anleger das Einzelrisiko weitgehend durch Diversifikation<sup>83</sup> eliminieren kann, erhält er für das Marktrisiko als Gegenleistung ein dem Risikomaß entsprechendes Renditeversprechen.<sup>84</sup> Würde nun der Informationsgeber verpflichtet für negative Kursentwicklungen einzustehen, die unabhängig von der Fehlinformation eintreten, die er also durch seine Veröffentlichungspraxis nicht beeinflussen kann, führte dies evtl. zu einer übermäßigen Abschreckung. Für den Anleger würde eine solche Haftung hingegen wie eine Versicherung gegen schlechte Markttrends wirken<sup>85</sup> und Anreize zu einer für ihn risikolosen Spekulation auf Kosten des Emittenten setzen. Dies hätte evtl. eine Vervielfältigung des zu ersetzenden Schadens, eine Verstärkung des obigen Effektes auf den Emittenten und mithin eine ineffiziente Ressourcenallokation zur Folge, so dass es gilt, eine derartige Risikoverteilung zu vermeiden. Allerdings wird eine solche weniger durch die Verursachungsanforderungen als vielmehr durch die Art des gewährten Schadensersatzes bestimmt.<sup>86</sup> In dieser Hinsicht ist nicht ersichtlich, inwieweit die Fraud-on-the-Market-Theorie zu einer derartigen Verlagerung führen soll. Wendet man sie konsequent an, ist der Scha-

densersatz ausschließlich auf die durch die Preisverzerung verursachte Kursdifferenz beschränkt, d. h. auf jene zwischen dem Transaktionskurs und dem, den das Finanzinstrument bei fehlerfreier Information des Marktes gehabt hätte (Kursdifferenzschaden bzw. Out-of-Pocket-Methode<sup>87</sup>). Eine darüber hinausgehende Entwicklung durch externe Einflüsse ist gerade nicht erfasst.<sup>88</sup> Vielmehr verhält es sich genau umgekehrt: Indem der BGH die individuelle Willensfreiheit in den Mittelpunkt stellt und zu deren Sicherung auch den Ersatz des Transaktionsschadens gestattet, d. h. die vollständige Rückabwicklung der Transaktion, wird das Risiko allgemeiner Marktbewegungen für die Zeit zwischen Kauf und Klageerhebung auf den Anspruchsgegner übertragen, mit den beschriebenen negativen Konsequenzen.

## 3. Zwischenergebnis

Die Gefahr einer uferlosen Ausweitung der Haftung ist daher jedenfalls unter den obigen Gesichtspunkten bei der Fraud-on-the-Market-Theorie nicht zu befürchten.

## IV. Gültigkeit der Kapitalmarkteffizienzhypothese

Grundlegende Annahme der U.S.-amerikanischen Theorie ist das Vorliegen eines semi-informationseffizienten Kapitalmarktes.<sup>89</sup> Als der Supreme Court sich 1988 in seiner Grundsatzentscheidung für eine Anwendung der Fraud-on-the-Market-Theorie aussprach, galt die ECMH als eine der empirisch am besten unterlegten Thesen überhaupt und war allgemein anerkannt.<sup>90</sup> In den vergangenen Jahren sind jedoch mehr und mehr Zweifel an dieser geäußert worden. Zwar legen empirische Untersuchungen nahe, dass entwickelte Kapitalmärkte, wie der deutsche oder U.S.-amerikanische, jedenfalls in normalen Marktphasen grds. informationseffizient in halbstarker Form sind.<sup>91</sup> Insb. von Vertretern der Behavioral Finance (verhaltensorientierte Finanzierungslehre) wird aber darauf hingewiesen, dass in bestimmten Marktphasen hiervon abweichende Ergebnisse festgestellt werden können.<sup>92</sup> Im Folgenden sollen einige Bedenken dargestellt werden.

### 1. Relative Informationseffizienz

Gegen die auf der ECMH beruhende Fraud-on-the-Market-Theorie könnte eingewandt werden, dass sie in sich

<sup>79</sup> Vgl. dazu *Thomas M. J. Möllers/Franz C. Leisch*, in: Möllers/Rotter (Hg.), Ad-hoc-Publizität, 2003, § 15 Rn. 83 ff. i. V. m. Rn. 21 ff.; *dies.*, in: Kölner Komm., WpHG, 2007, §§ 37b, c Rn. 426 ff.

<sup>80</sup> Vgl. auch *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 305, 118.

<sup>81</sup> Vgl. *Oliver Mörsdorf*, Ad-hoc-Publizität, 2005, S. 81.

<sup>82</sup> Vgl. *Thomas M. J. Möllers*, NZG 2008, S. 413 (415).

<sup>83</sup> Strategie zur Risikostreuung und -minderung durch Verteilung des Vermögens auf eine Vielzahl unterschiedliche Investments mit möglichst geringer Korrelation; *Richard A. Brealey/Stewart C. Myers/Alan J. Marcus*, Corporate Finance, 6. Aufl. 2009, S. 323 f.

<sup>84</sup> *Richard A. Brealey/Stewart C. Myers/Alan J. Marcus*, Corporate Finance, 6. Aufl. 2009, S. 339, 356.

<sup>85</sup> *Daniel R. Fischel*, Bus. Law. 38 (1982), S. 1 (15).

<sup>86</sup> Vgl. *Georg Maier/Nikolaos Paschos*, in: Habersack/Mülbelt/Schlitt (Hg.), Handbuch der Kapitalmarktinformation, 2008, § 29 Rn. 173, 184.

<sup>87</sup> *Thorben Rein*, Prospektpflicht und -haftung, 2009, S. 140 m. w. N.

<sup>88</sup> *Daniel R. Fischel*, Bus. Law. 38 (1982), S. 1 (15); *Gerhard Wagner*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2009, § 826 Rn. 75.

<sup>89</sup> *Daniel R. Fischel*, Efficient Capital Markets, the Crash, and the Fraud on the Market Theory, Cornell L. Rev. 74 (1989), S. 907 (911).

<sup>90</sup> Vgl. *Michael C. Jensen*, Some Anomalous Evidence Regarding Market Efficiency, J. Fin. Econ. 6 (1978), S. 95.

<sup>91</sup> *Alexander Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktstrafe, 2008, S. 127 ff. m. w. N.; *Markus Ruffner*, Publikumsgesellschaft, 2000, S. 360.

<sup>92</sup> *Gerald Spindler*, Persönliche Haftung der Organmitglieder für Falschinformationen des Kapitalmarktes, WM 2004, S. 2089 (2093) m. w. N.

widersprüchlich sei. Denn wenn alle Investoren sich dafür entschieden, auf den Preis zu vertrauen, würden neue Informationen nicht mehr in den Marktpreis einfließen, so dass er diese auch nicht reflektierte. Der Markt würde informationsineffizient.<sup>93</sup> Dieses Problem korrigiert sich aber von selbst. Bewegen sich die fundamentalen Werte von dem ausgewiesenen Kurs weg, bietet dies ab einem bestimmten Punkt für die professionellen Investoren eine Gewinnmöglichkeit.<sup>94</sup> Durch die von ihnen vorgenommenen Transaktionen würde der Markt dann wieder ins Gleichgewicht gebracht, so dass der Preis die öffentlich verfügbaren Informationen jedenfalls insoweit widerspiegelt, als dass professionelle Marktteilnehmer noch einen Gewinn aus der Informationsverarbeitung ziehen können (equilibrium degree of disequilibrium).<sup>95</sup>

## 2. Fehleinschätzungen irrationaler Anleger aus konventioneller Sicht

Zwar geht auch die neoinstitutionelle Forschung davon aus, dass es ebenso uninformierte oder irrationale Anleger gibt, dies beeinträchtigt die Informationseffizienz aber insoweit nicht, als es stets besser informierte Marktteilnehmer gäbe, welche durch Arbitrage risikoloses Gewinne erzielen können und auf diese Weise die Fehlbewertung korrigieren.<sup>96</sup> Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die Fehleinschätzungen zufällig verteilt sind.<sup>97</sup>

## 3. Verhaltensökonomische Erkenntnisse

Die Behavioral Finance Forschung stützt ihre Kritik auf Untersuchungen, welche auf das Vorhandensein von Anomalien bei der Preisbildung hindeuten, die sie unter Verwendung von Erkenntnissen der Kognitionspsychologie zu deuten versucht.<sup>98</sup> Unter Abkehr von der Rationalitätshypothese der Neoklassik stellt sie dabei vor allem auf die innere emotionale und kognitive Veranlagung der Marktteilnehmer ab.<sup>99</sup> Danach sollen Fehleinschätzungen irrationaler Anleger (sog. noise traders<sup>100</sup>)

nicht immer zufällig verteilt sein, sondern teilweise korrelieren. Insb. bestehe beim menschlichen Verhalten die Tendenz sich an Stimmungen und Erwartungen einer Gruppe zu orientieren (Herdenverhalten).<sup>101</sup> Hierdurch könne es dann entgegen der konventionellen Sicht zu einer Verschiebung der Nachfragekurve und mithin zu einer Beeinflussung des Marktpreises durch die irrationalen Anleger kommen.<sup>102</sup> Zudem wird das Prinzip der unbegrenzten Arbitrage angezweifelt.<sup>103</sup> Die Marktpreise können sich durch Einfluss der noise traders auch über längere Zeit von den fundamentalen Werten wegbewegen. Für professionelle Marktteilnehmer ist dieser Zeitraum im Voraus schwer einschätzbar. Hinzu tritt die größere Fehleranfälligkeit mittel- und langfristiger Prognosen.<sup>104</sup> In einer solchen Situation gehen die auf fundamentale Werte setzenden Arbitrageure die Gefahr ein, über längere Zeit Verluste zu erleiden und möglicherweise vor Realisierung der Gewinne aus dem Markt gedrängt zu werden.<sup>105</sup> Daher kann es für sie rational sein, entgegen besseren Wissens mit der Herde mitzulaufen oder die Bildung spekulativer Blasen sogar zu unterstützen, um durch frühen Kauf und späteren Verkauf von der Überbewertung zu profitieren, aber vor dem Kurssturz auszusteigen.<sup>106</sup> Auf diese Weise lassen sich Phänomene wie Blasenbildung und Modewellen erklären. Bei Vorliegen derartiger Verzerrungen der Preisbildungsprozesse auf „noisy markets“ scheint es fraglich, ob die ECMH noch ein zutreffendes Bild von den tatsächlichen Abläufen darstellen kann und ein Vertrauen über die Integrität der Marktpreisbildung herzustellen ist.<sup>107</sup> Auch wenn es zu systematischen Fehlinterpretationen veröffentlichter Informationen kommt, bedeutet das zwar nicht, dass eine wesentliche Fehlinformation gänzlich unbeachtet bleibt.<sup>108</sup> Allerdings lässt sich nicht mehr nachvollziehen, inwieweit Kursauschläge auf die Information oder anderweitige Noise-Einflüsse zurückzuführen sind.<sup>109</sup> Daher sollte die Kausalität in derartigen Marktphasen anders als mit der Fraud-on-the-Market-Theorie hergestellt werden.

<sup>93</sup> Vgl. *Sanford J. Grossman/Joseph E. Stiglitz*, On the Impossibility of Informationally Efficient Markets, *AER* 70 (1980), S. 393–408; *Daniel R. Fischel*, *Bus. Law* 38 (1982), S. 1 (14); *Knut Sauer*, Falschinformation des Sekundärmarktes, 2004, S. 184.

<sup>94</sup> *Daniel R. Fischel*, *Bus. Law* 38 (1982), S. 1 (14).

<sup>95</sup> *Sanford J. Grossman/Joseph E. Stiglitz*, *AER* 70 (1980), S. 393–408.

<sup>96</sup> Dies geschieht durch Ankauf unterbewerteter Finanzinstrumente von irrationalen Anlegern zu Preisen, die negativ vom fundamentalen Wert abweichen, oder Verkauf an diese zu ungerechtfertigt hohen Preisen bei gleichzeitigen Gegentransaktionen zu angemessenen Preisen, vgl. *Eugene F. Fama*, The Behavior of Stock-Market Prices, *J. Bus.* 38 (1965), S. 34 (38f.).

<sup>97</sup> Zum Ganzen *Markus Ruffner*, Publikums-gesellschaft, 2000, S. 371–373 m. w. N.

<sup>98</sup> Vgl. *Frederik C. Dunbar/Dana Heller*, Fraud on the Market Meets Behavioral Finance, *D. J.* 31 (2006), S. 455 (471 ff.); *Christina Reifschneider*, Informationeller Anlegerschutz: Ökonomische Analyse der Konkretisierung und Durchsetzung sekundärmarktbezogener Informationspflichten in Deutschland und den USA, 2007, S. 18 ff. m. w. N.

<sup>99</sup> *Robert J. Shiller*, From Efficient Markets Theory to Behavioral Finance, *Econ. Persp.* 17 (2003), S. 83 (93); vgl. *Thorben Rein*, Prospektpflicht und -haftung, 2009, S. 51 m. w. N.

<sup>100</sup> Begriffsprägung durch *Albert S. Kyle*, Continuous Auctions and

Insider Trading, *Econometrica* 53 (1985), S. 1315–1335 und *Fischer Black*, Noise, *J. Fin.* 41 (1986), S. 529–543.

<sup>101</sup> *Abhijit V. Banerjee*, A Simple Model of Herd Behavior, *Q. J. Econ.* 107 (1992), S. 797 (797 f.).

<sup>102</sup> *Markus Ruffner*, Publikums-gesellschaft, 2000, S. 375; *Christina Reifschneider*, Informationeller Anlegerschutz, 2007, S. 157.

<sup>103</sup> Vgl. *Alexander Hellgardt*, Kapitalmarktdelikt-recht, 2008, S. 132 f.

<sup>104</sup> *Markus Ruffner*, Publikums-gesellschaft, 2000, S. 376 f.

<sup>105</sup> *Alexander Hellgardt*, Kapitalmarktdelikt-recht, 2008, S. 133.

<sup>106</sup> *Markus Ruffner*, Publikums-gesellschaft, 2000, S. 379; *Christina Reifschneider*, Informationeller Anlegerschutz, 2007, S. 157.

<sup>107</sup> *Claus Ott*, in: FS Hans-Bernd Schäfer, 2008, S. 171 (188); *Alexander Hellgardt*, Kapitalmarktdelikt-recht, 2008, S. 526.

<sup>108</sup> *Alexander Hellgardt*, ZIP 2005, S. 2000 (2005); *Larry E. Ribstein*, Fraud on a Noisy Market, *Illinois Law and Economics Working Paper Series*, Working Paper No. LE05-022, University of Illinois 2005, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=803064> (01.10.2010), S. 156.

<sup>109</sup> *Alexander Hellgardt*, Kapitalmarktdelikt-recht, 2008, S. 526; *Larry E. Ribstein*, U. Illinois Law and Economics Working Paper Series, Working Paper No. LE05-022, 2005, S. 156 f.

## D. Ökonomische Analyse prozessrechtlicher Aspekte

### I. Verteilung der Beweislast

Fraglich ist, wie die Beweislastverteilung in Deutschland und den USA zu bewerten ist.

#### 1. Vollbeweis

Nach deutschem Recht obliegt grds. dem Kläger der Vollbeweis. Ein solcher ist in Bezug auf die konkrete Kausalität vom Anleger schon aufgrund der tatsächlichen Abläufe auf Kapitalmärkten i. d. R. nicht erbringbar. Fraglich ist, ob man einen solchen aber zumindest im Hinblick auf die Preiskausalität verlangen sollte. Die Einwirkung der Information auf den Marktpreis ist jedoch nicht direkt wahrnehmbar.<sup>110</sup> Um sie sichtbar zu machen wäre eine Befragung sämtlicher nach dem Veröffentlichungszeitpunkt Geschäfte abschließender Marktteilnehmer erforderlich in Bezug auf ihre Motive und die Kenntnis der Information. Es müsste auch die Weiterverarbeitung der Information verfolgt und deren Auswirkung auf Angebot und Nachfrage bestimmt werden. Dies alles ist aufgrund der Anonymität und Vielzahl der Markttransaktionen nicht möglich.<sup>111</sup> Forderte man hier den unmöglichen Vollbeweis, könnte der Schädiger wie beim BGH davon ausgehen, nicht zum Schadensersatz herangezogen zu werden. Von der Haftungsandrohung ginge dann keinerlei Steuerungswirkung aus.<sup>112</sup> Aus ökonomischer Sicht ist eine optimale Sorgfalt hingegen dann gewährleistet, wenn der erwartete Schadensersatz dem erwarteten Schaden entspricht. Dies wird idealerweise durch die Wahrscheinlichkeitskausalität umgesetzt.<sup>113</sup> Jedenfalls näherungsweise führt aber auch der Anscheinsbeweis zu diesem Ergebnis, indem er eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen lässt.<sup>114</sup>

#### 2. Widerlegbare Vermutung nach der Fraud-on-the-Market-Theorie

Zu ähnlichen Ergebnissen kommt die Fraud-on-the-Market-Theorie, indem sie bei Vorliegen eines informationseffizienten Marktes eine widerlegbare Vermutung des Vertrauens<sup>115</sup> begründet. Obgleich die Einpreisung nicht direkt zu beobachten ist, besteht unter Zugrundelegung der Kenntnisse über die Informationsverarbeitung nach der ECMH und dem Marktmodell jedenfalls in normalen Marktphasen eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit,

dass wesentliche Fehlinformationen in die Bewertung des Papiers wie angenommen einfließen<sup>116</sup> und der rationale Anleger hierdurch auch bei Unkenntnis geschädigt wird. Es handelt sich insofern um einen typischen Geschehensablauf, der auch nach deutschem Recht einen Anscheinsbeweis rechtfertigen sollte.<sup>117</sup> Indem die Fraud-on-the-Market-Theorie dies ausreichen lässt, ermöglicht sie die Internalisierung der Schadenskosten durch den Informationsgeber und kann entsprechende Steuerungswirkungen entfalten.

Die Vermutung gilt allerdings nur für Wertpapiere, die auf einem semi-informationseffizienten Markt gehandelt wurden, was der Anspruchsteller beweisen muss.<sup>118</sup> Selbst in Fachkreisen kennt man bisher jedoch keine verlässlichen Kriterien zur Abgrenzung.<sup>119</sup> Der Beurteilung durch Gerichte oder die geschädigten Anleger sind aufgrund fehlender fachlicher Kenntnisse daher erst recht Grenzen gesetzt.<sup>120</sup> Wollte man die Effizienz jedenfalls näherungsweise nachweisen, wäre eine komplexe und kostspielige Untersuchung des entsprechenden Marktes erforderlich.<sup>121</sup> Einsparungen könnten durch vereinfachte Testmethoden erzielt werden. Jedenfalls soll die Illiquidität eines Marktes, d. h. ein sehr geringes Handelsvolumen, ein Indiz für eine mangelhafte Informationsverarbeitung sein.<sup>122</sup> Andere von Gerichten berücksichtigte Aspekte<sup>123</sup> waren die Anzahl der beobachtenden Wertpapieranalysten, der market maker, die unmittelbare Reaktion auf Informationen in der Vergangenheit, Notierung an der NYSE, etc. Diese sind aber wenig stichhaltig.<sup>124</sup> Wesentlich genauer scheint der Nachweis von statistisch signifikanten Effekten der Information auf den Marktpreis mittels sog. Ereignisstudien (event studies), der einen

<sup>116</sup> Vgl. André Güttler, Wird die Ad-hoc-Publizität korrekt umgesetzt? Eine empirische Analyse unter Einbezug von Unternehmen des Neuen Markts, zfbf 57 (2005), S. 237 (254 ff.).

<sup>117</sup> Rüdiger Veil, Die Ad-hoc-Publizitätshaftung im System kapitalmarktrechtlicher Informationshaftung, ZHR 167 (2003), S. 365 (382).

<sup>118</sup> *Basic, Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 248 (Fn. 27) (1988).

<sup>119</sup> Christina Reifschneider, Informationeller Anlegerschutz, 2007, S. 163.

<sup>120</sup> *Basic, Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 253 (1988); Geoffrey C. Rapp, Proving Markets Inefficient: The Variability of Federal Court Decisions on Market Efficiency in *Cammer v. Bloom* and its Progeny, U. Miami Bus. L. Rev. 10 (2002), S. 303–328 (insb. 317 ff.); John A. MacKerrow, The Price Integrity Cause of Action Under Rule 10b-5: Limiting an Expanding the Use of the Fraud on the Market Theory, O. L. Rev. 69 (1990), S. 177 (204); Christina Reifschneider, Informationeller Anlegerschutz, 2007, S. 163–165.

<sup>121</sup> Jonathan R. Macey et al., Lessons from Financial Economics: Materiality, Reliance, and Extending the Reach of *Basic v. Levinson*, V. L. Rev. 77 (1991), S. 1017 (1049).

<sup>122</sup> Christina Reifschneider, Informationeller Anlegerschutz, 2007, S. 24; Alexander Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht, 2008, S. 542.

<sup>123</sup> *Cammer v. Bloom*, 711 F. Supp. 1264, 1286 f. (D. N.J., 1989).

<sup>124</sup> Christina Reifschneider, Informationeller Anlegerschutz, 2007, S. 164; Jannis Bischof, Zur Fraud-on-the-market-Theorie im US-amerikanischen informationellen Kapitalmarktrecht: Theoretische Grundlagen, Rechtsprechungsentwicklung und Materialien, SFB 504 Working Paper Series, Working Paper No. 05-13, Universität Mannheim 2005, abrufbar unter <http://www.sfb504.uni-mannheim.de/publications/dp05-13.pdf> (01.10.2010), S. 15.

<sup>110</sup> Alexander Hellgardt, ZIP 2005, S. 2000 (2003).

<sup>111</sup> Ebd.

<sup>112</sup> Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 275.

<sup>113</sup> Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 276.

<sup>114</sup> Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 271.

<sup>115</sup> *Basic, Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 241, 247 (1988).

Rückschluss auf die Informationseffizienz zulassen soll.<sup>125</sup> Aber auch durch die hierfür erforderlichen Sachverständigengutachten werden hohe Durchsetzungskosten verursacht, die im deutschen Recht so nicht auftreten.

### 3. Anscheinsbeweis aufgrund Anlagestimmung

Nach dem BGH obliegt zwar dem Kläger grds. die volle Beweislast, jedoch wird eine Beweiserleichterung in Form eines Anscheinsbeweises nach den zur Prospekthaftung entwickelten Grundsätze einer „Anlagestimmung“ in Betracht gezogen. Der Nachweis einer solchen soll aber nur im Einzelfall möglich sein.<sup>126</sup> Entsprechend den Grundsätzen zur Prospekthaftung müsste die Mitteilung am Markt eine positive Stimmung erzeugt haben, d. h. für die Bewertung des Instruments bestimmend geworden sein.<sup>127</sup> Fraglich ist, wie ein derartiger Lösungsversuch der Probleme bei der Rechtsdurchsetzung ökonomisch zu beurteilen ist.

#### a) Normale Marktphasen

Zwar würde die entsprechende Anwendung der Anlagestimmung mit dem Verzicht auf die individuelle Kenntnis der konkreten Information teilweise zu ähnlichen Ergebnissen führen wie die Fraud-on-the-Market-Theorie, hierdurch würden aber die strukturellen Unterschiede zwischen Transaktionen auf Primär- und Sekundärmärkten verkannt.<sup>128</sup> Bei ersteren handelt es sich nämlich um typische Face-to-Face-Geschäfte, für welche die oben ausgeführten Besonderheiten hinsichtlich der Informationsverarbeitung nicht zutreffen. Auch besteht für erstmalig emittierte Wertpapiere noch kein funktionsfähiger informationseffizienter Markt, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein vorgeschlagener Preis verlässlich alle verfügbaren Informationen widerspiegelt.<sup>129</sup> Vielmehr ist hier im Grundsatz eine selbstständige Informationsauswertung erforderlich, für die der Prospekt i. d. R. die einzige umfassende Informationsquelle darstellt. Daher kann für die Kausalität auch grds. die Kenntnis der fraglichen Information vorausgesetzt werden.<sup>130</sup> Zwar wird im Rahmen der Anlagestimmung auf die direkte Kenntnis verzichtet, um den Kläger von möglichen Beweisschwierigkeiten zu entlasten, letztendlich wird aber auch hier wieder auf das Bestehen einer bestimmten Tatsachenvorstellung abgestellt, die sich – wenn auch indirekt – auf die konkrete Information stützt. Da in zeitlichem Zusammenhang mit dem Prospekt genügend Anleger den Empfehlungen aus Fachkreisen gefolgt sind, ist

davon auszugehen, dass sämtliche Anleger – also auch der Kläger – die Tatsachenvorstellung hatten, ein besonders aussichtsreiches Instrument zu erwerben.<sup>131</sup>

Der korrekten Bewertung durch die Öffentlichkeit kann sich der Anleger dabei aber nie sicher sein, so dass auch hier ein subjektives Element hinzutreten muss.<sup>132</sup> Auf dem Sekundärmarkt ist der Anleger hingegen von jeglicher Informationsauswertung entlastet. Von den im Marktpreis verarbeiteten Informationen braucht er gerade keinerlei Vorstellung zu haben. Die Anwendung der primärmarktrechtlichen Anlagestimmung im Bereich der Sekundärmarkthaftung würde den strukturellen Unterschieden in beiden Bereichen daher nicht gerecht.<sup>133</sup> Mithin ist ihre Anwendung jedenfalls auf informationseffizienten Sekundärmärkten abzulehnen.

#### b) Marktanomalien

Fraglich ist aber, ob es nicht jedenfalls bei fehlender Informationseffizienz – wie der BGH meint also im Einzelfall – zur Entstehung einer Anlagestimmung kommen kann, die den erforderlichen Kausalzusammenhang herstellt. Zwar hat die Ad-hoc-Mitteilung im Gegensatz zum Prospekt nicht die umfassende Information des Anlegers über alle bewertungsrelevanten Tatsachen zum Ziel und keine entsprechende werbende Funktion, sondern informiert lediglich punktuell über neue Tatsachen<sup>134</sup>, sie könnte aber jedenfalls bei Marktanomalien auch entsprechend stärkere Auswirkungen haben. Wie die Forschungsergebnisse der Behavioral Finance zeigen, kann es auf dem Kapitalmarkt zu systematischen Überbewertungen, insb. in Form von Modewellen bzw. spekulativen Blasen kommen. Herrscht eine derartige Euphorie, wie z. B. auch während der Boomphase am Neuen Markt, die ganze Branchen erfasst, kann bereits eine einzige besonders positive Fehlmitteilung den Eindruck erwecken, ebenfalls über entsprechende Aussichten zu verfügen, eine Wahrnehmung, die durch Herdenverhalten ganze Anlegergruppen erfassen kann, so dass der Marktpreis in die Höhe getrieben wird, ohne dass die Anleger selbst Kenntnis von der Einzelinformation haben müssen.<sup>135</sup> Hier kann in der Tat davon gesprochen werden, dass die Information für die Bewertung des Instruments „bestimmend“ geworden ist<sup>136</sup>, so dass eine große Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Anleger sich

<sup>125</sup> Jonathan R. Macey et al., V. L. Rev. 77 (1991), S. 1017 (1018, 1021, 1028 ff.).

<sup>126</sup> BGH vom 19.07.2004, NJW 2004, 2664 (2667) – *Infomatec I*.

<sup>127</sup> Klaus J. Hopt/Hans-Christoph Voigt, in: dies. (Hg.), *Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung*, 2005, S. 9 (137); Katja Langenbacher, *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, 2008, § 14 Rn. 57.

<sup>128</sup> Knut Sauer, *Falschinformation des Sekundärmarktes*, 2004, S. 303.

<sup>129</sup> Thorben Rein, *Prospektpflicht und -haftung*, 2009, S. 53 f., 138.

<sup>130</sup> Knut Sauer, *Falschinformation des Sekundärmarktes*, 2004, S. 303.

<sup>131</sup> Oliver Mörsdorf, *Ad-hoc-Publizität*, 2005, S. 175.

<sup>132</sup> Knut Sauer, *Falschinformation des Sekundärmarktes*, 2004, S. 303.

<sup>133</sup> Ebd.

<sup>134</sup> BGH vom 19.07.2004, NJW 2004, 2664 (2667) – *Infomatec I*; Klaus J. Hopt/Hans-Christoph Voigt, in: dies. (Hg.), *Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung*, 2005, S. 9 (138).

<sup>135</sup> Alexander Hellgardt, *Kapitalmarktdelikttsrecht*, 2008, S. 527; ders./Jörn Kowalewski, *Der Stand der Rechtsprechung zur delikttsrechtlichen Haftung für vorsätzlich falsche Ad-hoc-Mitteilungen*, DB 2005, S. 1839 (1841).

<sup>136</sup> Alexander Hellgardt/Jörn Kowalewski, DB 2005, S. 1839 (1841).

bei seiner Entscheidung zumindest indirekt auf diese gestützt hat.

Fraglich ist, ob derartige Auswirkungen für den Manager vorab vorhersehbar sind, da eine Haftung nur dann Steuerungswirkungen entfalten kann und nicht bloß zu kostenträchtigen Umverteilungen der Schäden führt<sup>137</sup>, oder ob der Anleger durch derartig irrationales Verhalten ausgelöste Transaktionen nicht selbst kostengünstiger verhindern kann. Es scheint aber speziell in solchen Marktphasen ein besonderer Schutz vor Fehlmeldungen erforderlich, die gezielt ausgesandt werden, um die Stimmung des Marktes zu instrumentalisieren und besonders starke Kurseffekte hervorzurufen. Dies ist für die Führungspersonen nicht nur vorhersehbar, sondern häufig gerade beabsichtigt, während der durchschnittliche Anleger die Besonderheiten des Marktes nicht einsehen kann. Erstere sind daher zu geringeren Kosten in der Lage, die schädlichen Folgen zu verhindern, und können und sollten zu Steuerungszwecken zum Schadensersatz herangezogen werden. Ist eine Marktanomalie in diesem Sinne hingegen nicht erkennbar, kann auf den Preisbildungsprozess entsprechend der ECMH abgestellt werden.<sup>138</sup>

## II. Geltendmachung der Rechte und rationales Desinteresse

Damit die Haftung ihre verhaltenssteuernde Wirkung entfalten kann, bedarf es der tatsächlichen Durchsetzung der Ansprüche vor Gericht, denn der Schädiger wird seinen Vermeidungsaufwand nicht an der Höhe des erwarteten Schadens, sondern der des wahrscheinlichen Schadensersatzes ausrichten.<sup>139</sup> Unabhängig von der Art des materiell-rechtlich geforderten Kausalverlaufs könnte es vorliegend zu einem Absinken des erwarteten Schadensersatzes unter den Schaden aufgrund eines rationalen Desinteresses der Anleger an der Geltendmachung ihrer Ansprüche kommen.<sup>140</sup> Bei den durch Preisverzerrungen verursachten Folgen handelt es sich typischerweise um Streuschäden. Da es für den Anleger rational ist ein diversifiziertes Portfolio zu halten, wird sein Schaden im Einzelfall gering sein trotz evtl. hohen Gesamtschadens.<sup>141</sup> Dem stehen bereits vor Prozessbeginn hohe Fixkosten in Form von Zeitverlusten und Informationsaufwendungen zu Ermittlungs- und Beweiszwcken gegenüber, die selbst bei Klageerfolg nicht auf den

Schädiger übergewälzt werden können.<sup>142</sup> Dabei sind der Ausgang der Klage sowie die Höhe des Schadensersatzes bei Aufwendung der Kosten unsicher.<sup>143</sup> Für den Anleger können die Kosten daher den Nutzen einer Klage übersteigen, so dass es für ihn allein rational ist, auf die Geltendmachung seiner Ansprüche zu verzichten. Folge ist eine zu geringe Abschreckung.

Dem kann durch Bündelung der Klagen entgegen gewirkt werden, z. B. im Rahmen einer Gruppenklage nach U.S.-amerikanischem Recht (class action) oder eines Musterverfahrens nach dem KapMuG.<sup>144</sup> Ein Effizienzvorteil ergibt sich hierbei aber nur für den Nachweis solcher Tatsachen, die für alle Anleger einheitlich ermittelt werden können. Der höchste Zeitaufwand entsteht u. a. bei der Ermittlung der Kausalität. Stellt man mit dem BGH hierfür auf die individuell geprägten Willensentschlüsse der Einzelkläger ab, handelt es sich jedoch nicht um ein zulässiges Feststellungsziel und eine Bündelung scheint in der Tat – wie der BGH richtig erkennt – wenig zweckmäßig.<sup>145</sup> Demgegenüber ermöglicht die Fraud-on-the-Market-Theorie durch Verzicht auf den individuellen Vertrauensnachweis und die objektive Ermittlung der Kausalität eine einheitliche Feststellung und kann so durch Überwindung des rationalen Desinteresses für eine effektivere Durchsetzung sorgen.<sup>146</sup> Hierdurch werden zugleich die große Vielzahl ähnlicher Prozesse und die damit verbundenen Gerichtskosten reduziert.<sup>147</sup> Auch in dieser Hinsicht ist die Fraud-on-the-Market-Theorie den durch den BGH aufgestellten Kausalitätsanforderungen daher vorzuziehen. Wie genau die ermöglichte Anspruchsbündelung prozessrechtlich ausgestaltet sein sollte, um Fehlentwicklungen zu vermeiden, wie sie im Rahmen der class action in Form von räuberischen Klagen zu beobachten sind, ist eine davon unabhängige Frage.

## E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Zusammenfassend kann Folgendes festgestellt werden:

1. Ein effektives Kapitalmarktdeliktsrecht lässt sich nur unter Einbezug ökonomischer Theorien schaffen. Dies zu beachten, stellt einen wesentlichen Vorzug der U.S.-amerikanischen Regelung dar.

<sup>137</sup> Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 265.

<sup>138</sup> Alexander Hellgardt, *Kapitalmarktdeliktsrecht*, 2008, S. 545; Larry E. Ribstein, U. Illinois Law and Economics Working Paper Series, Working Paper No. LE05-022, 2005, S. 157.

<sup>139</sup> Hans-Bernd Schäfer, *Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage*, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, 1999, S. 67 (68).

<sup>140</sup> Oliver Mörsdorf, *Ad-hoc-Publizität*, 2005, S. 229.

<sup>141</sup> Klaus J. Hopt/Hans-Christoph Voigt, in: dies. (Hg.), *Prospekt- und Kapitalmarktinformatiionshaftung*, 2005, S. 9 (181).

<sup>142</sup> Alexander Hellgardt, *Kapitalmarktdeliktsrecht*, 2008, S. 547.

<sup>143</sup> Ebd.

<sup>144</sup> Alexander Hellgardt, *Kapitalmarktdeliktsrecht*, 2008, S. 548; Oliver Mörsdorf, *Ad-hoc-Publizität*, 2005, S. 229; s. dazu auch Heribert Hirte, *Ad-hoc-Publizität und Krise der Gesellschaft*, ZInsO 2006, S. 1289 (1294f.).

<sup>145</sup> BGH vom 09.05.2005, NZG 2005, 672 (675) – *EM.TV*.

<sup>146</sup> Alexander Hellgardt, *Kapitalmarktdeliktsrecht*, 2008, S. 549; Nina Miller, *Das Haftungsrecht als Instrument der Kontrolle von Kapitalmärkten: Eine vergleichende Analyse*, 2003, S. 201.

<sup>147</sup> Oliver Mörsdorf, *Ad-hoc-Publizität*, 2005, S. 230.

2. Die Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Meldungen dient nicht dem Schutz der Integrität der Willensent-schließung, sondern jener der Marktpreisbildung.
3. Hinsichtlich der auf Sekundärmärkten tatsächlich ablaufenden Informationsverarbeitungs- und Preisbil-dungsprozesse ist die U.S.-amerikanische Fraud-on-the-Market-Theorie der Ansicht des BGH überlegen. Das rationale Verhalten des Anlegers besteht darin, den Marktpreis als richtig zu akzeptieren. Das Erfordernis der konkreten Kausalität setzt Anreize zu einer ineffizienten Ressourcenverschwendung. Ausgehend von der ECMH und dem Marktmodell der Investitionsentscheidung sollte es für die Haftung allein auf den Nachweis einer Preisverzerrung ankommen.
4. Die Gefahr einer Überabschreckung aufgrund der Haftung für reine Vermögensschäden besteht bei hin-reichend präzise erkennbarem Sorgfaltsstandard nicht. Auch eine Verlagerung des Marktrisikos ist bei konse-quenter Beschränkung auf den Kursdifferenzschaden nicht zu befürchten.
5. Die Beweiserleichterungen der U.S.-amerikanischen Theorie vermeiden einen Verlust der Steuerungswirkung des Rechts. Dies sollte für normale Marktphasen hier mittels Anscheinsbeweis umgesetzt werden.
6. Durch Verzicht auf den individuellen Vertrauens-nachweis und die objektive Ermittlung ermöglicht die Fraud-on-the-Market-Theorie eine Bündelung der Kla- gen und durch Überwindung des rationalen Desinteres-ses eine effektivere Durchsetzung.
7. Die Anwendung dieser Theorie könnte so auch im deutschen Recht zu einem verbesserten Schutz beitragen. Dies gilt allerdings nur, soweit angemessene Kriterien zur Bewertung der Informationseffizienz angelegt wer- den.
8. Die Behavioral Finance zeigt, dass es aufgrund ver-haltenspsychologischer Besonderheiten und limitierter Arbitrage zu Marktanomalien kommen kann. In diesen Marktphasen muss an der Gültigkeit der ECMH gezwei- felt werden.
9. Zwar scheidet die Anwendung der primärmarktli- chen Anlagestimmung in normalen Marktphasen aus, etwas anderes ergibt sich aber bei Marktanomalien. Die bei Blasenbildungen zu beobachtende Euphorie kommt dem sehr nahe, was der BGH im Einzelfall als Anlage- stimmung gelten lassen will. Wenn man hier die richti- gen Kriterien anlegt, was – wie Infomatec zeigt – bislang nicht geschieht, stellte dies eine sinnvolle Ergänzung der Fraud-on-the-Market-Theorie für bestimmte Marktpha- sen dar, in denen mit Blick auf die ECMH kein Kausal- zusammenhang herzustellen ist.
10. Aufgrund der Wandelbarkeit ökonomischer Er- kenntnisse sollte eine regelmäßige Überprüfung und Weiterentwicklung der dargelegten Grundsätze erfolgen.

S. Ashkan Rahmani\*

## Sozialethische Einschränkung des Abwehrrechts in Fällen der Notwehrprovokation: Vorschlag einer „objektiv-subjektiven Neutralisationsmethode“

### A. Untersuchungsgegenstand

Es ist heute nahezu unbestritten, dass das seinem Wortlaut nach unbeschränkte Notwehrrecht aus § 32 StGB sozialethisch begründeter Einschränkungen bedarf<sup>1</sup>.

\* Doktorand an der Bucerius Law School Hamburg und zuvor Stud. iur. an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die im Sommersemester 2009 in einem Seminar von Prof. Dr. iur. Wilhelm Degener an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg geschrieben und mit „gut“ bewertet wurde. Die Arbeit wurde vor der Veröffentlichung stark gekürzt.

Zu den diskutierten Konstellationen gehört namentlich auch der Missbrauch des Notwehrrechts durch Vertei- diger/innen.<sup>2</sup> Diese unter dem Begriff „Absichts- oder Notwehrprovokation“ diskutieren Fälle sind Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, für die sich die folgen- de Frage stellt: *Hat derjenige, der eine Notwehrsituation*

<sup>1</sup> Statt vieler *Thomas Rönnau/Kristian Hohn*, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 225.

<sup>2</sup> Daneben werden vor allem noch die Fälle a) unerträglicher Miss- verhältnisse, b) schuldlos Handelnder und c) sozialer Nähebeziehungen diskutiert.

gezielt hervorruft, noch das Recht, sich gegen den gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff der provozierten Person zu wehren?

## B. Herleitung eines sozialetischen Korrektivs

Als hinreichend bestimmter Anknüpfungspunkt für die diskutierten Einschränkungen wird nahezu einhellig der in § 32 I StGB enthaltene Begriff der Gebotenheit angesehen, der als sozialetisches Wertungskorrektiv aufgefasst wird<sup>3</sup>. Der „unhandliche“ Begriff der Sozialethik geht auf eine Formulierung des Gesetzgebers zurück<sup>4</sup>. Bei seiner inhaltlichen Ausgestaltung zur Konkretisierung der erforderlichen Einschränkungen stößt man naturgemäß auf Schwierigkeiten.

### I. Zugrunde liegender materialer Grundgedanke

Dabei sind die inhaltlichen Anforderungen an das einschränkende Korrektiv aus dem materialen Grundgedanken der Notwehr selbst zu ziehen. Sowohl Voraussetzung als auch Folge einer Notwehreinschränkung haben sich stets an dem zugrunde liegenden Prinzip zu orientieren. Welches Prinzip sich jedoch hinter der sozialetischen Einschränkung verbirgt, wird bisweilen nicht einheitlich beantwortet.

### 1. Darlegung der vertretenen Positionen

#### a) Zumutbarkeit und Rechtsmissbrauch

Die Rechtsprechung stützt sich auf zwei Kriterien: während das Reichsgericht sich auf die *Zumutbarkeit der Preisgabe eigener Interessen durch verteidigungsloses Ausweichen*<sup>5</sup> berief, verneint der BGH – insbesondere im Falle der Notwehrprovokation – die Notwehr wegen *Rechtsmissbrauchs*<sup>6</sup>. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs kommt insbesondere in §§ 226, 826 BGB zum Ausdruck. Auch ein Teil der Literatur leitet das sozialetische Korrektiv aus dem Gedanken des *Rechtsmissbrauchs* ab.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> BGH vom 12.02.2003, BGHSt 48, 207 (212); *Theodor Lenckner/Walter Perron*, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 44; *Thomas Rönnau/Kristian Hohn*, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 228; *Claus Roxin*, StrafR AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, S. 684 f.; *Johannes Wessels/Werner Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, Rn. 342; a. A. *Günter Spindel*, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 224 ff. (m. w. N.), der eine sozialetische Einschränkung der Notwehr gänzlich ablehnt.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 5/4095, S. 14.

<sup>5</sup> RG vom 04.05.1932, RGSt 66, 244 (245); so auch BGH vom 01.08.1961, NJW 1962, 308–309.

<sup>6</sup> BGH vom 07.06.1983, NJW 1983, 2267.

<sup>7</sup> *Claus Roxin*, Anmerkung zu BGH vom 14.06.1972, NJW 1972, S. 1821–1823; *Hans-Joachim Rudolphi*, Notwehrexzess nach provoziertem Angriff, JuS 1969, S. 461 (464); *Theodor Lenckner*, Anmerkungen zu BGH vom 14.06.1972, JZ 1973, S. 252–256; *Dietrich Kratzsch*, Anmerkung zu BGH vom 15.05.1975, NJW 1975, S. 1933–1934; *Heribert Schumann*, Zum Notwehrrecht und seinen Schranken, JuS 1979, S. 559–566.

#### b) Verfassungsmäßiges Übermaßverbot

Vereinzelt wird in der Literatur als Grundprinzip der sozialetischen Einschränkung der Notwehr das *verfassungsmäßige Übermaßverbot*<sup>8</sup> als Ausfluss aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) herangezogen.

#### c) Mindestsolidarität

*Günter Jakobs* bezieht sich auf eine gegenüber allen Rechtsgenoss/innen geltende *Mindestsolidarität*<sup>9</sup>, die zur sozialen Rücksichtnahme verpflichtet. Er zieht diese Mindestsolidarität aus einem Konflikt zwischen der unbegrenzten Notwehr aus § 32 II StGB und der allgemeinen Hilfspflicht aus § 323c StGB. Denn aus dem Grundgedanken des § 323c StGB ergebe sich, dass auch Personen, „die ansonsten in keiner Sonderbeziehung stehen, im öffentlichen Interesse gegenseitig zu Solidarität verpflichtet sind“<sup>10</sup>.

#### d) Die immanenten Schranken der Notwehr

Überwiegend werden die Einschränkungen des Notwehrrechts aus sozialetischen Gründen jedoch aus den *immanenten Schranken der Notwehr selbst und seinen Grundprinzipien*<sup>11</sup> abgeleitet. Die besondere Strenge des Notwehrrechts, keine Güterabwägung und kein Vorrang der Flucht, stamme aus dem Zusammentreffen von Individualschutz- und Rechtsbewährungsprinzip.<sup>12</sup> Jener besonderen Strenge sei ihre Grundlage jedoch immer dann entzogen, wenn eines der Schutzprinzipien zurücktrete.

### 2. Kritik und Stellungnahme

Der Ansatz der *Zumutbarkeit* ist bereits aufgrund seiner individualistischen Überausprägung ungeeignet. In der übrigen Rechtsordnung bezeichnet die *Zumutbarkeit* stets eine persönliche Opfergrenze und ist im Rahmen der Notwehr missverständlich. Hierbei bleibt nämlich gänzlich außer Acht, dass das Notwehrrecht nicht nur einen individualistischen Zweck verfolgt, sondern auch den der Rechtsordnung.<sup>13</sup> Auch der Übertragung der Lehre vom *Rechtsmissbrauch* aus dem Zivilrecht ist kritisch zu begegnen. Der Rechtsmissbrauchsgedanke resultiert aus einer auf Treu und Glauben beruhenden

<sup>8</sup> *Klaus Bernsmann*, Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen, ZStW 1992, 290 (310); *Volker Krey*, Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ 1979, S. 702 (713); *Friedrich-Christian Schroeder*, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in: Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 127 (137 ff.); *Otto Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 265 f.

<sup>9</sup> *Günther Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 12/46.

<sup>10</sup> *Günther Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1993, 12/46.

<sup>11</sup> *Theodor Lenckner/Walter Perron*, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 47; *Thomas Rönnau/Kristian Hohn*, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 227; *Claus Roxin*, StrafR AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, S. 684 f.; *Harro Otto*, Die Grundlagen der Notwehrregelung, in: Kultur, Kriminalität, Strafrecht, Festschrift für Thomas Wertenberger, 1977, S. 129 (138).

<sup>12</sup> *Theodor Lenckner/Walter Perron*, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 47.

<sup>13</sup> So die h. M. Ausführlich hierzu siehe unten: B. II. 2.

Lückenfüllung im Wege der freien Rechtsfindung.<sup>14</sup> Einer Übertragung ins Strafrecht steht daher Art. 103 II GG entgegen.

Das *Übermaßverbot* – wie aber auch die *Zumutbarkeit* – müssen sich ihre Unhandlichkeit entgegenhalten lassen, denn letztendlich wird nur die Leerformel der Sozialethik gegen eine ebenso unhandliche Leerformel ausgetauscht.<sup>15</sup>

Aber auch dem Ansatz *Günter Jakobs*, sich auf den Grundgedanken des § 323c StGB zu beziehen, muss kritisch begegnet werden. Anders als bei § 323c StGB stehen sich nicht Unbekannte gegenüber, sondern Angreifer/in und Opfer. Selbst wenn man geneigt sein sollte, eine Mindestsolidarität im Sinne einer gegenseitigen Einstandspflicht grundsätzlich anzuerkennen, so wären auch dieser Grenzen gesetzt. Wenn aber eine Person dazu ansetzt, eine andere anzugreifen, so verletzt sie m. E. gleichzeitig ihre eigene Mindestsolidaritätspflicht. Dies gar in so eklatanter Weise, dass sie ihren eigenen Anspruch auf Mindestsolidarität gegenüber dem Opfer verliert. Der Ansatz *Günter Jakobs* vermag daher gerade im Notwehrrecht nicht zu überzeugen.

Einzig konsequent ist es daher, auf die *der Notwehr zugrunde liegenden immanenten Schranken* abzustellen.

## II. Konkretisierung der immanenten Schranken der Notwehr

Jegliche Einschränkung der Notwehr hat daher ihre Begründung und Voraussetzung aus den der Notwehr zugrunde liegenden Prinzipien zu ziehen. Welche Prinzipien sind es also, die der Notwehr zugrunde liegen?

### 1. Darlegung der vertretenen Positionen

#### a) Dualistischer Ansatz

Die h. M. schließt aus dem Merkmal der Rechtswidrigkeit des Angriffs auf einen der Notwehr zugrunde liegenden *dualistischen Erklärungsansatz*, zusammengesetzt aus dem Individualschutz- und dem Rechtsbewährungsprinzip.<sup>16</sup> Der/die in Notwehr Handelnde verteidigt nicht

nur sich selbst, sondern auch die Rechtsordnung.<sup>17</sup> Dies folge auch aus der Reichweite der Befugnisse. Als Repräsentant/in der Rechtsordnung stehe ihm/ihr die volle Breite der Abwehrmittel ohne Einschränkung zur Verfügung. Auch wenn nur geringwertige Individualrechtsgüter betroffen sind, könne zum Erhalt der Rechtsordnung prinzipiell ohne Einschränkung vorgegangen werden. Insbesondere müsse das Recht dem Unrecht nicht weichen, so dass auch eine schämliche Flucht ausscheidet.

#### b) Monistische Ansätze

Teilweise wird die Notwehr aber auch mit rein monistischen Ansätzen zu erklären versucht. Die Vertreter/innen eines *monistisch-individualistischen* Begründungsansatzes beziehen sich auf die ausschließliche Nennung von Individualrechtsgütern.<sup>18</sup> Dies impliziere eine individualrechtliche Schutzkonzeption. Vereinzelt wird aber auch ein *monistisch-überindividueller* Begründungsansatz vertreten.<sup>19</sup> Insbesondere das Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Angriffs deute in diese Richtung, denn anders als § 34 StGB wird bei § 32 StGB ein rechtswidriger – die Rechtsordnung verletzender – Angriff gefordert<sup>20</sup>.

### 2. Kritik und Stellungnahme

Die Vertreter/innen der überindividualistischen Begründung können zwar die Reichweite des Notwehrrechts mit der Bedeutung der Rechtsordnung erklären und haben auch einen Anknüpfungspunkt im Gesetz, stellen sie jedoch einzig auf eine vage Vermutung ab. Die Annahme, dass Notwehrende als Repräsentant/innen der Rechtsordnung auftreten, ist nicht begründbar, vielmehr steht im Mittelpunkt ihres Interesses die Verteidigung ihrer Individualrechtsgüter. Auch lässt sich so nicht erklären, weshalb § 32 StGB eine gegenwärtige konkrete Gefahr nur für Individualrechtsgüter verlangt, denn konsequent wäre es, auch die drohende Beeinträchtigung von Universalrechtsgütern genügen zu lassen.<sup>21</sup> Aber auch die Vertreter/innen der individualrechtlichen Begründung gelangen in Erklärungsnot. Sie können das Erfordernis eines rechtswidrigen Angriffs nicht überzeugend erklä-

<sup>14</sup> Angelos Constadimidis, Die „Actio illicita in causa“, 1982, S. 92.

<sup>15</sup> Theodor Lenckner/Walter Perron, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 47.

<sup>16</sup> BGH vom 14.06.1972, BGHSt 24, 356 (359); Wilhelm Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 155 (177); Gerd Geilen, Notwehr und Notwehrrezeß (I. Teil), Jura 1981, S. 200–210; Winfried Hassemer, Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts, in: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 225 (239f.); Theodor Lenckner/Walter Perron, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 1 f.; Klaus Marxen, Kompaktkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, 2003, S. 35ff.; Claus Roxin, Die sozioethischen Einschränkungen des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981), S. 68 (70ff.); Bernd Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform, GA 1985, S. 341 (368).

<sup>17</sup> Kristian Kühl, Sozialethische Einschränkungen der Notwehr, Jura 1990, S. 244 (248).

<sup>18</sup> Mit Unterschieden im Einzelnen: Helmut Frister, GA 1988, S. 291 (301f.); Heinz Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 32; Volker Erb, in: MüKo, StGB, 2003, § 32 Rn. 12; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, 7/19; Wolfgang Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, S. 533 (545); etwas unschlüssig Thomas Rönnau/Kristian Hohn, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 74.

<sup>19</sup> Eberhard Schmidhäuser, Über die Wertstruktur der Notwehr, in: Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S. 185 (193); Nikolaos Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984, S. 53.

<sup>20</sup> Vgl. Theodor Lenckner/Walter Perron, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 47.

<sup>21</sup> Thomas Rönnau/Kristian Hohn, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 67.

ren.<sup>22</sup> Auch scheitern sie an der Begründung der Reichweite des Notwehrrechts.

Den monistischen Ansätzen sind bedeutende Bedenken entgegenzuhalten, so dass einzig die Kumulierung der Positionen zu überzeugen vermag. Die umfassende Erklärung des Notwehrrechts ist somit in einem dualistischen Ansatz zu suchen.

### III. Zusammenfassung

Die Notwehr ist aufgrund ihrer unbeschränkten Reichweite in sozialemethischer Weise einzuschränken. So wie erst die Prinzipien der Notwehr die Reichweite des Notwehrrechts begründen, so sind es Beschränkungen dieser Prinzipien, die eine Notwehreinschränkung bewirken. Die Reichweite des Notwehrrechts reduziert sich daher um den Umfang, wie das Individualschutz- und Rechtsbewährungsinteresse gemindert sind.

## C. Voraussetzungen der Absichtsprovokation

Aus der Erkenntnis, dass es eines sozialemethischen Korrektivs bedarf und dieses in der Gebotenheit des § 32 I StGB angesiedelt ist, folgt nunmehr die Frage nach den Voraussetzungen für eine Einschränkung des Notwehrrechts. In subjektiver Hinsicht verlangt die Absichtsprovokation, im Gegensatz zu den sonst vorwerfbaren Provokationsfällen,<sup>23</sup> das gezielte Hervorrufen einer Notwehrlage. Welche Voraussetzungen müssen jedoch objektiv gegeben sein, um eine Einschränkung des Notwehrrechts vorzunehmen?

### I. Qualitative Voraussetzung der Provokation

Bereits die Frage, welche Qualität das provozierende Vorverhalten haben muss, um einer sozialemethischen Einschränkung zu unterfallen, ist umstritten.

#### 1. Darlegung der vertretenen Positionen

##### a) Rechtswidriges/ strafbares Verhalten

In den meisten Fällen ist eine Provokation, die einen Angriff herbeiführen soll, ihrerseits selbst rechtswidrig und zumeist gar mit Strafe bedroht; sei dies eine Beleidigung, ein Hausfriedensbruch oder eine Sachbeschädigung oder auch nur ein zivilrechtlich rechtswidriges Verhalten wie Besitzentzug/Besitzstörung. Zur klaren Abgrenzung wird daher überwiegend nur ein Vorverhalten als Notwehr einschränkend berücksichtigt, welches seiner-

seits jedenfalls die Schwelle zur Rechtswidrigkeit überschritten hat.<sup>24</sup>

##### b) Sozialemethisch missbilligendes Verhalten

Es gibt aber auch Verhaltensweisen, die sozialemethisch als verwerflich angesehen werden, in den Strafkatalog jedoch nicht aufgenommen wurden und auch zivilrechtlich nicht gefasst werden können. Derart sozialwidriges Verhalten liegt beispielsweise in reinen Belästigungen, Anspielungen, Taktlosigkeiten und fehlender Rücksichtnahme. Vereinzelt wird aber auch derart juristisch nicht verbotbares Verhalten als die Notwehr provozierend einbezogen.<sup>25</sup> Der Grund für die Notwehreinschränkung liegt nach *Bernd Schünemann* in der besonderen Stärke der Provokation, nicht in der formellen Kategorisierung des Verhaltens als rechtswidrig. Vielmehr kommt es auf den *sozialtypischen Provokationsgehalt* an. Auch ein nicht rechtswidriges Verhalten sei Notwehr einschränkend zu berücksichtigen, wenn ein Angriff die typische, verständliche und oft fast schon „normale“ Folge der Provokation ist.<sup>26</sup>

Nachdem der BGH zunächst ein „von Rechts wegen vorwerfbares Verhalten“<sup>27</sup> verlangt hatte, neigte er in einer späteren Entscheidung mit der Formulierung „ein Vorverhalten, das bei vernünftiger Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles den folgenden Angriff als eine adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheinen lässt“<sup>28</sup> eher zu der von *Bernd Schünemann* vertretenen Ansicht. Schließlich hat der BGH in einer jüngeren Entscheidung eine Provokation durch Öffnen des Abteufel Fensters – mit der Intention, einen angetrunkenen und nach Alkohol riechenden späteren Angreifer aus dem Abteil rauszuekeln – bejaht und dies trotz fehlender Rechtswidrigkeit als vorwerfbares Vorverhalten ausdrücklich genügen lassen.<sup>29</sup> Es ist daher davon auszugehen, dass der BGH bereits ein sozialemethisch zu missbilligendes Verhalten genügen lässt.

24 *Theodor Lenckner*, Urteil vom 14.06.1972, JZ 1973, S. 253 (254); *Heribert Schumann*, Zum Notwehrrecht, JuS 1979, S. 559 (565); *Claus Roxin*, ZStW 93 (1981), S. 68 (89 ff.); *Gerd Geilen*, Notwehr und Notwehrexzeß (Schluß), Jura 1981, S. 370 (373); *Felix Herzog*, in: NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 32 Rn. 121; *Erich Samson*, in: SK, StGB, 4. Aufl. 1977, § 32 Rn. 54.

25 *Bernd Schünemann*, Strafrecht – Liebhaber und Teilhaber, JuS 1979, 275 (279); ablehnend wohl noch BGH vom 14.06.1972, BGHSt 24, 356 (359); andeutend dann BGH vom 12.01.1978, BGHSt 27, 336 (338); endgültig zustimmend aber BGH vom 21.03.1996, NStZ 1996, 380–382; *Johannes Wessels/Werner Beulke*, StrafR AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 348; damals noch *Claus Roxin*, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 (1963), S. 541 (570 ff.); damals noch *Erich Samson*, in: SK, StGB, 4. Aufl. 1977, § 32 Rn. 28.

26 *Bernd Schünemann*, JuS 1979, 275 (279).

27 BGH vom 14.06.1972, BGHSt 24, 356 (359).

28 BGH vom 12.01.1978, BGHSt 27, 336 (338).

29 BGH vom 21.03.1996, NStZ 1996, 380–382.

22 *Thomas Rönau/Kristian Hohn*, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 69.

23 Die Fälle sonst vorwerfbarer Provokation bleiben für die Untersuchung außer Betracht (hierzu aber Fn. 74).

## 2. Kritik und Stellungnahme

Dem BGH und denjenigen Autor/innen, die bereits ein sozialwidriges Verhalten einschränkend berücksichtigen möchten, ist entgegenzuhalten, dass bei einem Angriff, der durch eine nach rechtlichen Maßstäben erlaubte Provokation ausgelöst wurde, allein der/die Provozierte den Boden des Rechts verlässt, so dass Provokateur/innen allenfalls ein moralischer Vorwurf zu machen wäre, jedoch kein rechtlicher.<sup>30</sup> Mangels rechtlichen Vorwurfs müssen aber auch die rechtlichen Reaktionsmittel, namentlich Notwehreinschränkungen, unangewendet bleiben.

Daneben stellt sich die Frage, wie die aus der Notwehrlage resultierende Notwehrhandlung denn rechtswidrig sein soll, wenn die Herbeiführung der Notwehrlage selbst es nicht ist.<sup>31</sup> Dürfen Provokateur/innen nun – nach rechtlichen Maßstäben – rechtmäßig eine Gefahrensituation herbeiführen, dann ist es widersinnig, ihnen die Abwehr der daraus resultierenden Gefahren zu verwehren.

Für die Vertreter/innen eines rechtswidrigen Vorverhaltens ist aber entscheidend einzuwenden, dass entsprechend der obigen Ausführungen die immanenten Schranken der Notwehr nur dann ihre einschneidenden Wirkungen entfalten können, wenn die zugrunde liegenden Prinzipien geschmälert sind. Die grundsätzliche Uneingeschränktheit des Notwehrrechts folgt nicht zuletzt aus dem Rechtsbewährungsprinzip und dem aus diesem abgeleiteten Grundsatz, dass *das Recht dem Unrecht nicht zu weichen brauche*<sup>32</sup>. Als Hüter der Rechtsordnung kann der/die Notwehrende, solange er/sie als „glaubwürdiger Repräsentant“ der Rechtsordnung auftritt, sich der einschneidenden Mittel der Notwehr bedienen. Die Rechtsordnung definiert sich durch die Gesamtheit ihrer Normen. Handeln Notwehrende nun sozialetisch verwerflich, aber nicht normwidrig, so stehen sie im Einklang mit der zu verteidigenden Rechtsordnung, im Einklang mit dem Rechtsbewährungsprinzip und folglich im Einklang mit den der Notwehr immanenten Schranken.<sup>33</sup> Solange verteidigende Provokateur/innen ihre Glaubwürdigkeit nicht durch ein *rechtswidriges* Vorverhalten verloren haben, solange sind die immanenten Schranken der Notwehr nicht geschmälert und ist einer Einschränkung des Notwehrrechts jeglicher Boden entzogen.

<sup>30</sup> So auch Volker Erb, in: MüKo, StGB, 2003, § 32 Rn. 208.

<sup>31</sup> So auch Paul Bockelmann, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S. 19 (28).

<sup>32</sup> Theodor Lenckner, Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr, GA 1968, S. 1 (4).

<sup>33</sup> Hierzu siehe oben: B. II 1.

## II. Zeitlicher und räumlicher Zusammenhang

Aber auch bei einem rechtswidrigen Vorverhalten hat dieses nur dann einen beschränkenden Einfluss auf das Notwehrrecht, wenn das Vorverhalten und der spätere Angriff miteinander verknüpft sind. Eine solche Verknüpfung kann jedoch nur bei zeitlichem und räumlichem Zusammenhang bestehen.<sup>34</sup> Erfolgt im Vorfeld eine rechtswidrige Provokation, die aber aufgrund zeitlicher und/oder räumlicher Zäsur schon abgeschlossen ist, und folgt daraufhin ein Angriff der/des Provozierten, so haben Restriktionen des Notwehrrechts nicht mehr zu erfolgen. Das Unrecht des Vorverhaltens ist restlos verklungen und konnte nicht mehr in das Unrecht des Angriffs mit einfließen. Eine Einschränkung scheidet aus.

## III. Adäquat-typische Folge

Darüber hinaus darf auch die Reaktionsqualität der/des Provozierten nicht völlig außer Verhältnis zum Anlass stehen. Es muss sich um eine adäquat-typische Reaktion handeln<sup>35</sup>. Ist dies nicht der Fall, so steht zwar eine die Rechtsordnung verletzende rechtswidrige Provokation im Raum, die jedoch in Bezug auf die überproportionale Reaktion nur noch eine marginale Rolle spielt. Eine inadäquate Reaktion stellt – gegenüber der durch die Provokation angestrebten „normalen“ Unrechts – ein qualifiziertes Unrecht dar. Dieses „Mehr“ an Unrecht schafft auch ein erhöhtes Rechtsbewährungsinteresse, welches wiederum das „Weniger“ an Glaubwürdigkeit der/des Provokateurs (als Hüter/in der Rechtsordnung) kompensiert und die durch das rechtswidrige Vorverhalten begründete Einschränkung des Notwehrrechts beseitigt.

## D. Sozialetische Einschränkung des Notwehrrechts in Fällen der Absichtsprovokation

Hat man die Notwendigkeit einer Notwehreinschränkung mittels eines sozialetischen Korrektivs festgestellt und die Voraussetzungen hinsichtlich des provozierenden Vorverhaltens herausgearbeitet, gelangt man schließlich zu der hoch umstrittenen Frage nach der rechtlichen Behandlung der Absichtsprovokation.

### I. Stand der Diskussion

#### 1. Ablehnung eines Notwehrrechts

Die überwiegende Ansicht in der Literatur lehnt im Einklang mit der Rechtsprechung ein Notwehrrecht gänzlich ab.

<sup>34</sup> Theodor Lenckner/Walter Perron, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 59.

<sup>35</sup> Theodor Lenckner/Walter Perron, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 59.

lich ab<sup>36</sup>. Dabei überschneiden sich die Begründungsansätze teilweise.

#### a) Fehlende Gebotenheit

Ganz überwiegend wird sich im Einklang mit dem BGH<sup>37</sup> auf das rechtsmissbräuchliche Verhalten der/des Provokateurs bezogen, mit Berufung auf den allgemeinen Rechtsgedanken, dass der Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz beanspruchen könne.<sup>38</sup> *Claus Roxin* begründet die gänzliche Ablehnung der Notwehr zusätzlich mit der bewussten Eingehung eines Risikos für die eigenen disponiblen Rechtsgüter und mit der fehlenden Rechtsbewahrung, denn Absichtsprovokateur/innen fehle die überpersönliche Legitimation<sup>39</sup>.

Auf die der Notwehr zugrunde liegenden Grundprinzipien zurückführend lehnt *Theodor Lenckner* ein Notwehrrecht der/des Provokateurs ebenfalls ab. Diese Ablehnung erfolgt jedoch unter der Prämisse, dass der/dem Notwehrenden noch eine Ausweichmöglichkeit verbleibt.<sup>40</sup> Das Rechtsbewahrungsprinzip sei durch die Provokation gerade in sein Gegenteil verkehrt und werde völlig in den Hintergrund gedrängt. Das Individualschutzprinzip hingegen sei davon nicht betroffen. Dem reinen Individualschutzprinzip werde jedoch bei Wahrnehmung einer gegebenen Ausweichmöglichkeit genüge getan. Fehlt diese Ausweichmöglichkeit, so kann auch Provokateur/innen nicht eine praktische Pflicht zur Duldung eines rechtswidrigen Angriffs auferlegt werden. Bei fehlender Ausweichmöglichkeit steht ihnen daher noch ein beschränktes Notwehrrecht zu.

#### b) Actio illicita in causa

Auch die Vertreter/innen der sog. actio illicita in causa gelangen zur Strafbarkeit der/des Provokateurs.<sup>41</sup> Diese

36 *Hans-Ludwig Günther*, in: SK, StGB, 7. Aufl. 1999, § 32 Rn. 121; *Theodor Lenckner/Walter Perron*, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 54f.; *Fischer*, in: ders., StGB, 56. Aufl. 2009, § 32 Rn. 23; *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 32 Rn. 14f.; *Volker Erb*, in: MüKo, StGB, 2003, § 32 Rn. 115; *Theodor Lenckner*, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, S. 299–314; *Ulrich Berz*, An der Grenze von Notwehr und Notwehrprovokation, JuS 1984, S. 340–344; *Claus Roxin*, StrafR AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, S. 687f.

37 BGH vom 07.06.1983, NJW 1983, 2267.

38 *Johannes Wessels/Werner Beulke*, StrafR AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 346 (m. w. N.).

39 *Claus Roxin*, ZStW 93 (1981), S. 68 (85f.); *Claus Roxin*, StrafR AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, S. 688; so auch *Hans-Joachim Rudolphi*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 371 (395); so auch *Heinz Wagner*, Notwehrbegründung, 1984, S. 71; *Reinhard Maurach/Heinz Zipf*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 1992, S. 368.

40 *Theodor Lenckner*, Notwehr, GA 1961, S. 209 (301ff.); *Theodor Lenckner/Walter Perron*, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 32 Rn. 56; so auch *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, StrafR AT, 5. Aufl. 1996, S. 346; *Kristian Kühl*, Die Notwehrprovokation (Schluß), Jura 1991, S. 175 (178).

41 *Christian Bertel*, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972), S. 1 (14ff.); *Gunther Arzt*, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 77 (83); *Jürgen Baumann*, Rechtsmissbrauch bei Notwehr, MDR 1962, S. 349–350; *Rudolf Bailer*, Die verschuldete Notwehrlage in strafrechtlicher Beziehung, 1928,

Rechtsfigur knüpft, wie auch die actio libera in causa, an das Vorverhalten der/des Provokateurs an. Die Strafbarkeit von Provokateur/innen resultiert nicht aus der unmittelbaren Verletzungshandlung, denn diese soll nach § 32 StGB gerechtfertigt sein, sondern aus der vorausgegangen Provokationshandlung. Der Verletzungserfolg sei als zurechenbare Folge der Provokation zu interpretieren.

Der BGH hat die actio illicita in causa wiederholt und ausdrücklich abgelehnt.<sup>42</sup> Im Ergebnis hat der BGH aber – wenn auch nicht ausdrücklich – jedenfalls im Rahmen des Fahrlässigkeitsdeliktes die actio illicita in causa angewandt, indem er eine Strafbarkeit bezüglich der unmittelbaren Verletzungshandlung wegen Notwehr verneinte, gleichzeitig aber an eine Pflichtwidrigkeit im Vorfeld anknüpfend die Strafbarkeit bejahte.<sup>43</sup>

*Horst Schlehofer* begründet die Anknüpfung an ein Vorverhalten, ohne dabei jedoch ausdrücklich auf die Rechtsfigur der actio illicita in causa Bezug zu nehmen, mit einem rechtlichen Vergleich zu den Grundsätzen der Versuchsstrafbarkeit.<sup>44</sup> Dort gelte nämlich nahezu als allgemein anerkannt, dass ein unmittelbares Ansetzen auch mit einem Vorverhalten begründet werden könne. Gemeint sind die Fälle der antizipierten Entlassung aus dem Herrschaftsbereich. Wenn aber ein Vorverhalten bereits versuchsbegründend angetragen werden könne, so müsse dies erst recht für den Fall gelten, in dem die Tat später zur Vollendung gelangt.

#### c) Fehlender Verteidigungswille

Vereinzelt wird die Lösung des Problems jedoch auch außerhalb der Gebotenheit des § 32 I StGB gesucht. Insbesondere *Hans Joachim Hirsch* stimmt mit der Rechtsprechung teilweise überein und verweist auf das fehlende subjektive Rechtfertigungselement, namentlich den Verteidigungswillen.<sup>45</sup>

#### d) Einwilligungähnlicher Rechtsschutzverzicht

Sehr gewagt erscheint hingegen die Annahme *Heinz Zipfs*, dass es bereits an einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff mangle.<sup>46</sup> Provokateur/innen rechneten den Angriff der/des Provozierten in ihren Gesamtplan mit ein, daher liege in ihrem Vorverhalten ein der Ein-

S. 24ff.; *Michael Lindemann/Tilman Reichling*, Die Behandlung der so genannten Abwehrprovokation nach den Grundsätzen der actio illicita in causa, JuS 2009, S. 496 (496f.).

42 BGH vom 07.06.1983, NJW 1983, 2267; BGH vom 07.07.1987, NStZ 1988, 450–451.

43 BGH vom 22.11.2000, NStZ 2001, 143–145.

44 *Horst Schlehofer*, in: MüKo, StGB, 2003, Vor §§ 32 ff., Rn. 62f.

45 BGH vom 30.03.1954, bei Dallinger, MDR 1954, 335; *Hans Joachim Hirsch*, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2003, Vor § 32, Rn. 62; *Dietrich Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968, S. 39; *Gerd Geilen*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1977, S. 96; *Volker Krey*, Strafrecht AT, Band 1, 3. Aufl. 2008, Rn. 510.

46 *Reinhard Maurach/Heinz Zipf*, StrafR AT, 8. Aufl. 1992, S. 368.

willigung und der bewussten Risikoübernahme ähnlicher Verzicht auf ihre Rechtsgüter. Zwar wisse der/die Provozierte regelmäßig nichts von diesem einwilligungsähnlichen Verzicht, so dass das Handlungsunrecht bestehen bleibt, der Erfolgswert sei in so einem Fall jedoch nicht gegeben. Mangels Erfolgswertes verneint *Heinz Zipf* sodann schon einen *rechtswidrigen* Angriff.

### e) Mittelbarer Eigenangriff

Auch *Angelos Constadinidis* lehnt ein Notwehrrecht für Absichtsprovokateur/innen gänzlich ab. Die Begründung meint er schon in einem fehlenden (Fremd-)Angriff erkennen zu können, denn tatsächlich liege nur ein „scheinbarer Fremdangriff“ vor. So schreibt er, dass „[...] in Wahrheit ein Angriff des Provozierten gar nicht vorliegt, sondern der Provokateur durch die Hand des Provozierten als seines Werkzeugs mittelbar sich selbst angreift, [...]“<sup>47</sup>. Zu diesem Ergebnis gelangt er über die Grundsätze der mittelbaren Täterschaft, wobei er eine mittelbare Täterschaft selbst ablehnt.<sup>48</sup>

## 2. Uneingeschränktes Notwehrrecht

Indessen wollen *Paul Bockelmann* und *Winfried Hassemer* Provokateur/innen ein gar uneingeschränktes Notwehrrecht zugestehen.<sup>49</sup> Ungesetzliches Verhalten könne zwar Sanktionen zur Folge haben, die das Gesetz für solches Verhalten vorsieht, des Schutzes der Rechtsordnung gegen Angreifer/innen beraube es das Opfer jedoch nicht.<sup>50</sup> Begründet wird diese Ansicht mit der Erwägung, dass die Rechtsordnung von der provozierten Person – wie von allen anderen Normadressat/innen auch – erwarte, dass sie der Provokation standhalte und auf einen rechtswidrigen Angriff verzichte.<sup>51</sup> Zudem ist es nach *Winfried Hassemer* inkonsequent und ungerecht, einerseits die Provokation als der Notwehr vorausgegangenes Vorverhalten zu berücksichtigen, andererseits die dem Vorverhalten selbst vorausgegangenen Umstände auszublenken.<sup>52</sup> Würde man aber sämtliche zum Angriff führenden Umstände in die Frage der Notwehreinschränkung einfließen lassen wollen, um diese Ungerechtigkeit zu vermeiden, so würde dies das Ende jedweder sicheren Grenzziehung zwischen erlaubtem und unerlaubtem Verteidigungshandeln bedeuten.

## 3. Abgestuftes Notwehrrecht/ Drei-Stufen-Theorie

Wieder andere möchten den rechtswidrigen Angriff zwar beendet wissen, machen den Notwehrenden jedoch Einschränkungen im Rahmen der ihnen zur Verfügung ste-

henden Mittel.<sup>53</sup> Nach der sog. „Drei-Stufen-Theorie“<sup>54</sup> ist es Notwehrenden zuzumuten, zunächst die Flucht zu suchen, sodann sich auf Schutzwehr zu beschränken und erst als ultima ratio Trutzwehr auszuüben. Dabei hängt die notwendige Verweildauer auf der jeweiligen Stufe unmittelbar von dem Grad der vorwerfbaren Provokation ab, wobei durch weniger erfolgversprechende Verteidigungshandlungen leichtere Verletzungen hingenommen werden müssen.

## II. Kritische Würdigung der Ansichten

### 1. Ablehnung eines Notwehrrechts

#### a) Fehlende Gebotenheit

Der gänzlichen Ablehnung eines Notwehrrechts muss kritisch begegnet werden, denn es ist *Paul Bockelmann* insoweit beizupflichten, dass Provokateur/innen auch durch ungesetzliches Verhalten nicht per se ihr Recht verlieren. Dem entgegnet *Claus Roxin*, dass der Provokateur sein Recht nicht wegen eines ungesetzlichen Verhaltens verliert, sondern deshalb, „weil er gegen die gewollten Gefahren einer selbst geschaffenen Situation nicht geschützt zu werden braucht“<sup>55</sup>. Unter Berücksichtigung eines dualistischen Begründungsansatzes der Notwehr lässt sich damit die fehlende Schutzwürdigkeit der Rechtsordnung aber nicht erklären.

*Theodor Lenckners* Begründungsansatz ist insoweit zu folgen, als dass er ihn in den immanenten Schranken der Notwehr sucht und anhand eines zurückgedrängten Rechtsbewährungsinteresses argumentiert. Das Notwehrrecht gänzlich vorenthalten kann man dann aber nur, wenn man das Rechtsbewährungsinteresse als gänzlich verdrängt ansieht. Die Rechtsordnung hat jedoch auch weiterhin ein außerordentliches Interesse an dem provozierten Angriff. Sie begegnet ihm mit der vollen Breite ihrer Sanktionsmittel. Solange der Angriff der/des Provozierten als rechtswidrig eingestuft wird, solange besteht auch das Interesse der Rechtsordnung an der Sanktionierung fort. Wenn aber einerseits ein Notwehrrecht verwehrt wird, andererseits aber Sanktionen gegenüber der/dem Provozierten verhängt werden, so ist dies ein Totalwiderspruch zu den allgemein anerkannten Strafmaximen, denn ausgehend von der *präventiven*

<sup>53</sup> *Thomas Rönna/Kristian Hohn*, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 252 f.; *Felix Herzog*, in: NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 32 Rn. 117; *Hans-Ludwig Günther*, in: SK, StGB, 7. Aufl. 1999, § 32 Rn. 121; *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, StrafR AT, 5. Aufl. 1996, S. 346 f.

<sup>54</sup> Die sog. Drei-Stufen-Theorie wurde vom BGH zu den Fällen sonst vorwerfbarer Provokation entwickelt (BGH vom 14.06.1972, BGHSt 24, 356 (359); BGH vom 15.05.1975, BGHSt 26, 143–148; BGH vom 12.12.1975, BGHSt 26, 256–258; BGH vom 26.10.1993, BGHSt 39, 374–381; BGH vom 21.03.1996, BGHSt 42, 97–103). Die Literatur hat jedenfalls die Voraussetzungen der „Drei-Stufen-Theorie“ übernommen, wenn sie ihr auch teilweise einen anderen Namen gibt (so etwa *Felix Herzog*, in: NK, StGB, 2. Aufl. 2005, § 32, Rn. 117, unter dem Begriff der sog. *Schrankentrias*).

<sup>55</sup> *Claus Roxin*, ZStW 93 (1981), S. 68 (86).

<sup>47</sup> *Angelos Constadinidis*, Die „actio illicita in causa“, 1982, S. 123.

<sup>48</sup> *Angelos Constadinidis*, Die „actio illicita in causa“, 1982, S. 125.

<sup>49</sup> *Paul Bockelmann*, in: FS Richard M. Honig, 1970, S. 19 (31), *Winfried Hassemer*, Die provozierte Provokation, in: FS Paul Bockelmann, 1979, S. 225 (243 f.).

<sup>50</sup> *Winfried Hassemer*, in: FS Paul Bockelmann, 1979, S. 225 (233 f.).

<sup>51</sup> *Winfried Hassemer*, in: FS Paul Bockelmann, 1979, S. 225 (233 f.).

<sup>52</sup> *Winfried Hassemer*, in: FS Paul Bockelmann, 1979, S. 225 (233 f.).

*Vereinigungstheorie* kann der Zweck jeglicher Strafe nur präventiver Art sein<sup>56</sup>. Wenn dem begangenen Unrecht nun mit Sanktionen begegnet wird und diese einen präventiven Charakter haben, um zukünftige Taten zu verhindern, dann wird die vorausgegangene Möglichkeit ignoriert – bereits im Vorfelde – die zu bestrafende Tat durch Gewährung eines Notwehrrechts zu verhindern. Die Rechtsordnung kann aber kein größeres Interesse an der Bestrafung der Tat haben, als sie es an ihrer Verhinderung hat. Jedenfalls die Behauptung, dass das Rechtsbewährungsinteresse völlig in den Hintergrund gedrängt werde, mit der Folge der gänzlichen Ablehnung eines Notwehrrechts, ist als reine Fiktion abzutun und zu verwerfen.

#### b) Actio illicita in causa

Die Rechtsfigur der *actio illicita in causa* vermag insoweit nicht zu überzeugen, als ein und dieselbe Handlung nicht einmal rechtmäßig und einmal rechtswidrig sein kann (sog. Unvereinbarkeitsthese).<sup>57</sup> Es ist widersprüchlich, wenn die unmittelbare Verletzungshandlung als durch § 32 StGB gerechtfertigt gilt und die vorausgegangene Provokation als Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit dient. Die Provokation selbst verwirklicht nämlich nur den in ihr enthaltenen Unrechtsgehalt, beispielsweise eine Beleidigung gemäß § 185 StGB. Rechnet man Provokateur/innen nun das Unrecht der Verteidigungshandlung zu, so begründet erst die als rechtmäßig gewertete Verteidigungshandlung ihre Strafbarkeit. Somit hätte ihre vermeintlich rechtfertigende Verteidigung ebenfalls strafbegründenden Charakter.

Einer der wesentlichen Kritikpunkte gegen die *actio illicita in causa* ist zudem die fehlende Zurechenbarkeit. Die freie Entscheidung der/des Provozierten, zu einer rechtswidrigen Handlung überzugehen, kann zwar die Kausalität der Provokationshandlung nicht unterbrechen, jedoch den Zurechnungszusammenhang und vor allem die Tatherrschaft des Provokateurs.<sup>58</sup> Eben letztgenannter Punkt ist es auch, weshalb ein Vergleich zu den Fällen der antizipierten Entlassung aus dem Herrschaftsbereich sich nicht durchzusetzen vermag. Bei diesen Fällen handelt es sich nämlich um eine – in der Anwendung begrenzte – Ausnahmeregelung bezogen auf die mittelbare Täterschaft. Konstruiert man die mittelbare Täterschaft über die provozierten Personen, so scheidet sie mangels Strafbarkeitsdefizits aus. Konstruiert man sie über die Provokateur/innen selbst, als ihre eigenen Werkzeuge, so widerspricht dies dem Wortlaut des § 25 I Alt. 2 StGB, denn mittelbare Täterschaft ist nur *intersubjektiv* bege-

bar, eine *intrasubjektive* Begehung, bei welcher der mittelbare Täter sich selbst zum Werkzeug macht, ist ausgeschlossen.

#### c) Fehlender Verteidigungswille

Ungeachtet der Frage, ob bereits die volle Tatsachenkenntnis zur Rechtfertigung genügt oder vielmehr darüber hinaus noch eine subjektive Zwecksetzung zu erfolgen hat, stellt sich die Annahme des BGH,<sup>59</sup> dass Provokateur/innen einen Verteidigungswillen nur vor-täuschen, als falsch dar. Denn was von ihnen vorge-täuscht wird, ist nicht der Wille zur Gefahrenabwendung, denn insoweit geht der angestrebten Verletzung der/des Provozierten notwendig die eigene Gefahrabwendung voraus. Vielmehr täuschen Provokateur/innen *nur* vor, unverschuldet in die Gefahrenlage gelangt zu sein. Eine Täuschung dahingehend hat aber – und das ist insoweit unbestritten – keinen Einfluss auf das Notwehrrecht.

Der fehlende Verteidigungswille ist aber insoweit ein interessanter Begründungsansatz, als erstmalig eine Lösung auf der subjektiven Ebene der Absichtsprovokateur/innen gesucht wird. In der dargebotenen Weise lässt sich ein fehlender Verteidigungswille jedoch nicht überzeugend begründen.

#### d) Einwilligungähnlicher Rechtsschutzverzicht

Sowohl die Annahme eines Rechtsverzichts als auch die gezogene Konsequenz, dass mangels Erfolgswertes ein rechtswidriger Angriff ausscheidet, stoßen auf Bedenken. Zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit des provozierten Angriffs gelangt man bei fehlendem Erfolgswert nämlich nur, wenn man ein subjektives Rechtfertigungselement nicht anerkennt. Nur so kann man aus einem etwaigen nur objektiven Rechtsverzicht eine Rechtfertigung konstruieren. Dieser Annahme ist jedoch zu widersprechen. Zum einen ist ein subjektives Rechtfertigungselement zu fordern, zum andern hat das Ausbleiben nicht die Straflosigkeit zur Folge. Vielmehr bleibt ein gegenwärtiger *rechtswidriger* Versuch,<sup>60</sup> dem mit der Notwehr jedoch begegnet werden kann.

Die Konstruktion *Heinz Zipfs*, der Provokateur willige in die Verletzung seiner Rechtsgüter oder jedenfalls in die Risikoübernahme ein, ist als bloße Fiktion abzutun. Zwar wollen Absichtsprovokateur/innen die Verletzungshandlung der/des Provozierten bewusst und gezielt hervorrufen; dass sie das Haftungsrisiko des Angreifers übernehmen wollen, ergibt sich hieraus jedoch nicht. Wollte man Provokateur/innen einen solchen Willen unterstellen, so stünde dieser fiktive Wille in direktem Widerspruch zu der eigentlichen Absicht, die/den Provozierte/n unter dem Deckmantel der Notwehr rechtmäßig verletzen

<sup>56</sup> Hierzu siehe Claus Roxin, *StrafR AT*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, S. 85 (m.w.N.); Selbst wenn man der *vergeltenden Vereinigungstheorie* zugeneigt wäre, so käme dem in der Strafe vorhandenen Vergeltungscharakter nur ein Nebeneinander zu dem Präventionsinteresse zu.

<sup>57</sup> So auch Claus Roxin, *ZStW* 75 (1963), S. 541 (545 ff.).

<sup>58</sup> Christian Bertel, *ZStW* 84 (1972), S. 1 (16); Claus Roxin, *ZStW* 93 (1981), S. 68 (92).

<sup>59</sup> Ihm folgend: siehe Fn. 45.

<sup>60</sup> Hierzu siehe unten: D. IV. 3. b).

zu wollen. Ein und dieselbe Person kann aber nicht den Willen haben, einerseits selber rechtmäßig zu handeln und andererseits den Angreifer gerechtfertigt handeln zu lassen. Vielmehr müsste – selbst bei Anerkennung eines einwilligungsähnlichen Willens – der fiktive Wille im Konfliktfall zurücktreten.

### e) Mittelbarer Eigenangriff

Ob dem Einfall *Angelos Constadinidis*, die Fälle der Absichtsprovokation über eine entsprechende Anwendung der Grundsätze zur mittelbaren Täterschaft zu lösen, gefolgt werden kann, ist mehr als fraglich. Denn mittelbare Täterschaft liegt eindeutig nicht vor. Das die Tatherrschaft verhindernde Moment liegt in der Entscheidungsfreiheit der/des Provozierten, zu Aggressionen überzugehen. Dies ist insoweit aber auch unbestritten. So erklärt *Angelos Constadinidis* zwar, dass es sich bei seiner Konstruktion gar nicht um mittelbare Täterschaft handelt und dass die für die mittelbare Täterschaft maßgeblichen Voraussetzungen auf die Absichtsprovokationsfälle somit auch nicht übertragbar seien, es leuchtet jedoch nicht ein, wie sich auf einen Grundgedanken bezogen werden kann, ohne dessen Voraussetzungen als Grundlage zu nehmen.

Mangels Vergleichbarkeit sind auch die Grundsätze der mittelbaren Täterschaft nicht auf die Fälle der Absichtsprovokation übertragbar. Für die mittelbare Täterschaft ist es nämlich gerade entscheidend, dass es zu einer Verantwortungsverlagerung vom Tatmittler (Provozierten) auf den Hintermann (Absichtsprovokateur) kommt. Hingegen ist (jedenfalls) die Unrechtsverantwortung der/des Provozierten, also die Rechtswidrigkeit des Angriffs, für die Notwehrvoraussetzungen, namentlich die Notwehrlage, und somit für die Voraussetzungen der Absichtsprovokation unabdingbar. Eine Konstruktion, die sich auf die mittelbare Täterschaft bezieht, mit dieser jedoch nicht vergleichbar ist und auch nicht deren Regeln folgt, vermag nichts zur Lösung des Problems beizutragen.

## 2. Uneingeschränktes Notwehrrecht

Ein vermeintlicher Widerspruch scheint *Paul Bockelmanns* Ansicht zu stützen: Wenn nun unbeteiligte Dritte der/dem Absichtsprovokateur/in wegen bestehendem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ohne jegliche Einschränkungen *Nothilfe* leisten dürfen und das insoweit auch unbestritten ist, dann ist es unverständlich – bei Anerkennung eines Fremdhilferechts – der/dem Angegriffenen ein Selbsthilferecht zu verwehren. Hiergegen ist aber einzuwenden, dass Einschränkungen des Notwehrrechts gerade auch aus dem Intentionunwert von Provokateur/innen entstammen. Wenn nun *Nothelfer/innen* eine solche Intention nicht vorzuwerfen ist, so ist es auch nicht widersprüchlich, ihnen das volle *Nothilfe*-recht zu gewähren.

Andererseits ist es auch nicht einzusehen, weshalb das volle Notwehrrecht erhalten bleiben soll, obgleich das Rechtsbewährungsinteresse deutlich geschmälert ist. Begründen ließe sich das allenfalls über einen der Notwehr zugrunde liegenden monistisch-individuellen Begründungsansatz, bei dem das Rechtsbewährungsinteresse, ob geschmälert oder nicht, gänzlich außer Betracht bleibt.<sup>61</sup> Zu einem uneingeschränkten Notwehrrecht gelangen selbstverständlich auch die Personen, die eine sozialetische Einschränkung der Notwehr schon per se ablehnen.<sup>62</sup>

Ausgehend von der Notwehr als nicht unbeschränktes Recht mit doppeltem Schutzzweck, müssen die der Notwehr zugrunde liegenden immanenten Schranken hinreichend berücksichtigt werden. Ist eines der zugrunde liegenden Prinzipien geschmälert, so kann jedenfalls ein uneingeschränktes Notwehrrecht nicht mehr greifen.

## 3. Abgestuftes Notwehrrecht/ Drei-Stufen-Theorie

Es ist den Vertreter/innen eines abgestuften Notwehrrechts insoweit beizupflichten, als, an die der Notwehr immanenten Schranken anknüpfend, die Beschränkung der Notwehr mit einem nur geminderten Rechtsbewährungsinteresse begründet wird. Richtig ist nämlich, dass das Rechtsbewährungsinteresse durch die vorausgegangene Provokation nicht gänzlich verdrängt wird. Der provozierte Angriff bleibt rechtswidrig. Ist aber die Rechtsordnung verletzt, so kann das Rechtsbewährungsprinzip nicht gänzlich weichen. Ein nur gemindertem Rechtsbewährungsinteresse hat aber nicht den gänzlichen Ausschluss des Notwehrrechts zur Folge, sondern allenfalls ein eingeschränktes Notwehrrecht. Ausgehend von der Erkenntnis, dass jeder Provokation ein unterschiedlicher Unwert zukommt und die Reichweite der Einschränkung unmittelbar im Zusammenhang mit dem Unwertgehalt des Vorverhaltens stehen muss, vermag bislang einzig die differenzierte Betrachtung eines beschränkten Notwehrrechts das Problem der Absichtsprovokation einer vertretbaren Lösung zuzuführen. Wird erkannt, dass Notwehrprovokationen qualitative Unterschiede aufweisen können mit erheblich unterschiedlichem Unwertgehalt, so scheiden unflexible und somit undifferenzierte Lösungsansätze von vornherein aus. Einzig ein abgestuftes Notwehrrecht, welches den Unwert der Provokation im Rahmen der Verweildauer auf der jeweiligen Stufe (Ausweichen, Schutzwehr und Trutzwehr) zu berücksichtigen in der Lage ist, kann mit einer überzeugenden Lösung aufwarten.

Obgleich von den dargelegten Lösungsansätzen am überzeugendsten, genügt es nicht, im Rahmen der Frage nach der Einschränkung des Notwehrrechts lediglich

<sup>61</sup> Hierzu aber siehe oben: B. II. 2. b).

<sup>62</sup> Hierzu aber bereits oben: B. II. 3. b).

objektive Momente zu berücksichtigen. Die Absichtsprovokation ist geradezu geprägt von dem Intentionunwert. Diese rechtsfeindliche Intention aus der rechtlichen Bewertung gänzlich auszublenden, ist einer umfassenden differenzierten Betrachtung hinderlich. Die große Schwäche der „Drei-Stufen-Theorie“ offenbart sich nämlich im Fall *fachlich versierter Absichtsprovokateur/innen*. Diese kennen ihre Rechte und die Konsequenzen der „Drei-Stufen-Theorie“. Sie wissen um die Einschränkungen ihres Notwehrrechts und nehmen diese Einschränkungen von Anfang an in ihren Tatplan mit auf. Sie provozieren, um unter dem Deckmantel der Notwehr nach der letzten Stufe der einschränkenden Verteidigung letztendlich – wie von Anfang an geplant – zur Trutzwehr übergehen zu können. Obwohl Provokateur/innen hier Abstriche bei ihrer Verteidigung vornehmen, ist es unbillig, ihnen das Notwehrrecht mit der Konsequenz der Straflosigkeit zu gewähren. Der Intentionunwert ist nach wie vor vorhanden. Noch immer nutzen sie die Schwächen der gesetzlichen Regelung, um eigene Ziele durchzusetzen, die im genauen Gegensatz zur ratio legis des § 32 StGB stehen. Gerade am Beispiel fachlich versierter Absichtsprovokateur/innen wird die Schwäche der „Drei-Stufen-Theorie“ deutlich. Sie verlagert die Problematik der Absichtsprovokation in dieser Konstellation nur auf einen späteren Zeitpunkt und vermag es nicht, zu einem überzeugenden Ergebnis zu kommen, so dass auch mit ihr eine umfassende Lösung nicht erreicht werden kann.

### III. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der gänzliche und endgültige Vorenthalt des Notwehrrechts nicht zu überzeugen vermag. Ist es doch die provozierte Person, welche die gesellschaftliche Ordnung verletzt, Verbote missachtet und den freiverantwortlichen Entschluss der aggressiven Auseinandersetzung fällt. Dann müssen im vorliegenden Kollisionsfall zwischen passiv-aggressivem Provokateur und aktiv-aggressivem Angreifer jedoch aktive Aggressor/innen diejenigen sein, die Rechtsverletzungen mittellos hinzunehmen haben. Hingegen darf auch das rechtswidrige Provokationsverhalten nicht gänzlich ausgeblendet werden. Einer jeden Provokation lässt sich aber ein unterschiedlicher Unrechtsgehalt entnehmen. Auf differenzierte Unrechtsebenen lässt sich das Alles-oder-nichts-Prinzip der Rechtsprechung und Teile der Lehre jedoch nicht anwenden.

Auch der „Drei-Stufen-Theorie“, die eine Konstruktion zur differenzierten Anwendung darstellt, kann mangels der hinreichenden Beachtung des subjektiven Moments und der damit einhergehenden Schwäche gegenüber fachlich versierten Absichtsprovokateur/innen nicht ohne Bedenken gefolgt werden.

Die Annahme eines fehlenden Verteidigungswillens hingegen vermag zwar den Intentionunwert zu berücksichtigen, dies jedoch zum einen zu einseitig und undifferenziert, in konkreter Anwendung gar lediglich fiktional und zum anderen die objektiven Momente der Provokation gänzlich aus dem Bewertungsspektrum ausblendend.

Keine der dargelegten Konstruktionen vermag es somit, die Absichtsprovokation einer vollständig überzeugenden Lösung zuzuführen.

### IV. Die Entwicklung einer objektiv-subjektiven Neutralisationsmethode

Das Unrecht der Tat setzt sich zusammen aus dem un kompensierten Vorliegen des Handlungs- und Erfolgswertes. Absichtsprovokateur/innen haben durch ihre (Notwehr-)Handlung in der Tatbestandsmäßigkeit Handlungs- und Erfolgswert verwirklicht. Die Notwehrvoraussetzungen hingegen kompensieren durch Handlungs- und Erfolgswert den Unwert der Tat. Nur die ungeminderten Werte können die Unwerte kompensieren. Eine Wertminderung kann dabei sowohl bezüglich des Individualschutz- als auch Rechtsbewährungsprinzips, jeweils sowohl objektiv als auch subjektiv, vorliegen.

Im Folgenden wird nun versucht, einen eigenen Lösungsansatz zu formulieren. Zur hinreichenden Bezugnahme auf sowohl objektive als auch subjektive Momente der Absichtsprovokation sind die Elemente der Notwehr und die Elemente der Absichtsprovokation zunächst in objektive und subjektive Komponenten aufzuteilen und gegenüberzustellen. Sodann sind die objektiven und subjektiven Elemente der Provokation im Rahmen der jeweiligen Ebene der Notwehr hinreichend zu berücksichtigen. Erst wenn die ungeminderte Wertigkeit der Verteidigungshandlung bestimmt wurde, lassen sich Aussagen zur spiegelbildlichen Kompensation der Tatbestandsmäßigkeit (zusammengesetzt aus Handlungs- und Erfolgswert) treffen.

#### 1. Vorüberlegungen

##### a) Einteilung der Notwehr in objektive und subjektive Komponenten

###### aa) Die Gebotenheit als objektive Komponente

Die Einordnung der Notwehrlage und Notwehrhandlung als objektive Komponente ist noch unproblematisch. Auch die Gebotenheit wird, soweit als Voraussetzung der Notwehr überhaupt anerkannt, einheitlich als objektives Kriterium verstanden.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Hierzu siehe oben: B. II. 3.

### bb) Inhaltliche Anforderungen an das subjektive Rechtfertigungselement

Soweit man geneigt ist, ein subjektives Rechtfertigungselement als Voraussetzung der Notwehr überhaupt anzuerkennen, ist die Einordnung als subjektive Komponente zwingend. Wie noch zu beweisen sein wird, ist das subjektive Rechtfertigungselement zur umfassenden Unrechtskompensation zwingende Voraussetzung.<sup>64</sup> Fraglich ist allerdings, was das sog. subjektive Rechtfertigungselement überhaupt ist und welche Anforderungen an dieses zu stellen sind.

Obleich in der Literatur leicht missverständlich, kongruieren die Begriffe des subjektiven Rechtfertigungselementes und der sog. Verteidigungswille nicht. Der Verteidigungswille setzt nämlich einen Verteidigungszweck voraus. Ob eine solche subjektive Zwecksetzung zu fordern ist, wird bisweilen nicht einheitlich beantwortet. Teilweise soll es schon genügen, wenn Notwehrende die Umstände kennen, die ihr Verhalten nach § 32 StGB rechtfertigen lassen.<sup>65</sup> Demgegenüber vertritt insbesondere der BGH die Ansicht, dass es zur Rechtfertigung – über der Kenntnis der Rechtfertigungsumstände hinaus – noch einer besonderen subjektiven Zwecksetzung zur Angriffsabwehr bedarf.<sup>66</sup> Dabei genügt es bereits, wenn die Verteidigung eines von mehreren Motiven darstellt (Motivbündel), solange der Rettungswille nicht vollkommen überlagert ist.<sup>67</sup>

Sieht man das subjektive Rechtfertigungselement als eine Kompensation des Handlungsunwertes an, so genügt es nicht, die schlichte Kenntnis der Rechtfertigungsumstände genügen zu lassen. Vielmehr müsste das subjektive Rechtfertigungselement der Qualität des Handlungsunwertes entsprechen. Da dem Handlungsunwert aber – jedenfalls im Rahmen der Vorsatzdelikte – neben einem kognitiven auch ein voluntatives Element zukommt, ist ein solches ebenso für die Kompensation des Handlungsunwertes zu verlangen.<sup>68</sup> Insoweit ist dem BGH beizupflichten und eine subjektive Zwecksetzung des Notwehrenden zu verlangen.

<sup>64</sup> Hierzu siehe unten: D. IV. 3. a).

<sup>65</sup> Thomas Rönnau/Kristian Hohn, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 266; Hans-Ludwig Günther, in: SK, StGB, 7. Aufl. 1999, § 32 Rn. 134 f.; Wolfgang Frisch, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, in: Festschrift für Karl Lackner, 1987, S. 113 (135 ff.); Wilhelm Gallas, in: FS Paul Bockelmann, 1979, S. 155 (176); Hans-Joachim Rudolph, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 51 (57); Jürgen Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002, S. 238 ff.

<sup>66</sup> BGH vom 01.07.1952, BGHSt 3, 194 (198); BGH vom 21.03.1996, NSTZ 1996, 380–382; Fischer, in: ders., StGB, 56. Aufl. 2009, § 32 Rn. 14; Eberhard Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, S. 97 (131); Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, StrafR AT, 5. Aufl. 1996, S. 342 f.

<sup>67</sup> BGH vom 01.07.1952, BGHSt 3, 194 (198); BGH vom 04.09.1979, GA 1980, 67–68; BGH vom 05.11.1982, NSTZ 1983, 117.

<sup>68</sup> Ähnlich auch Peter Cramer/Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Hg.), StGB, 27. Aufl. 2006, § 16 Rn. 22.

### b) Einteilung der Provokation in objektive und subjektive Komponenten

Auch die Provokation lässt sich in objektive und subjektive Komponenten einteilen. Die rein rechtsfeindliche Intention ist nach obigen Ausführungen nicht Grund genug zur sozialemischen Einschränkung der Notwehr.<sup>69</sup> Vielmehr bedarf es der Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens. Die Rechtswidrigkeit der Provokation ist als objektive Komponente einzuordnen. Demgegenüber stellt der Intentionunwert von Absichtsprovokateur/innen – die provozierte Person unter dem Deckmantel der Notwehr angreifen zu wollen – die subjektive Komponente der Absichtsprovokation dar.

### c) Doppelfunktionale Relevanz der Schutzkonzeptionen

Soweit ersichtlich, werden die der Notwehr zugrunde liegenden immanenten Schranken bislang nur auf objektiver Ebene berücksichtigt. Einschränkungen der Notwehr aus sozialemischen Gründen können aber sowohl auf objektiver, als auch auf subjektiver Ebene der Notwehr stattfinden. Ausgehend von einem der Notwehr zugrunde liegenden dualistischen Ansatz, sind die Prinzipien des Individualschutzes und der Rechtsbewahrung doppelfunktional zu berücksichtigen: zum einen auf der objektiven Ebene im Rahmen der Notwehrhandlung, zum anderen auf der Ebene des subjektiven Rechtfertigungselementes. Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, ob der/die Provokateur/in tatsächlich sich und vor allem die Rechtsordnung *verteidigen will*.

## 2. Objektiv-subjektive Neutralisationsmethode

Zunächst ist zu prüfen, ob die Schutzprinzipien der Notwehr, als wertbildende Faktoren, im Rahmen der Absichtsprovokation sowohl objektiv (Erfolgswert) als auch subjektiv (Handlungswert) hinreichend gewahrt werden. Ist dies nicht der Fall, stellt sich die Frage, welche Konsequenz dies für das Notwehrrecht hat und wie etwaige wertmindernde Umstände aus dem Konflikt wieder neutralisiert werden können. Wenn die eingebrachten objektiven und subjektiven wertmindernden Umstände durch gegenläufige objektive und subjektive Einschränkungen neutralisiert werden, so kann angegriffenen Absichtsprovokateur/innen auch ein umfassendes Notwehrrecht wieder zugebilligt werden.

### a) Beeinträchtigung des Individualschutzprinzips

Die Frage, ob die individuellen Rechtsgüter von Absichtsprovokateur/innen auch durch eine uneingeschränkte Notwehrhandlung sowohl objektiv als auch subjektiv hinreichend gewahrt bleiben, lässt sich zweifelsfrei bejahen, denn auf objektiver Ebene kommt es aufgrund der rechtzeitigen Verteidigungshandlung zu keiner Verletzung der eigenen Individualrechtsgüter.

<sup>69</sup> Hierzu siehe oben: D. II. 1. c).

Eine Minderung des Individualschutzprinzips durch die Absichtsprovokation findet auf objektiver Ebene somit nicht statt. Auch in subjektiver Hinsicht gilt, dass Provokateur/innen gerade den unbedingten Willen haben, eigene Rechtsgüter gewahrt bleiben zu lassen. Sie täuschen diesen Willen auch nicht vor, wie es der BGH behauptet.<sup>70</sup> Ausgehend vom Gesamtplan der Absichtsprovokation soll es zu einer Schädigung eigener Rechtsgüter ja gar nicht erst kommen. Auch auf subjektiver Ebene bestehen bezüglich der Wahrung des Individualschutzprinzips somit keine Bedenken.

#### b) Beeinträchtigung des Rechtsbewährungsprinzips

Nach der Feststellung, dass die Absichtsprovokation das Individualschutzprinzip nicht verletzt, bleibt zu prüfen, inwieweit sie sich wertmindernd auf das Rechtsbewährungsinteresse auswirkt.

##### aa) Erfolgswertmindernde Umstände/ Objektive Ebene

Zwar wehren Provokateur/innen einen gegenwärtigen *rechtswidrigen* Angriff der provozierten Person ab, so dass die Rechtsordnung auf objektiver Ebene geschützt erscheint. Anders als im „Normalfall“ haben sie aber selbst durch eine *rechtswidrige* Provokation den Konflikt überhaupt erst veranlasst. Insoweit kommt ihnen eine Mitverantwortung für den ausgelösten Konflikt zu. Wegen ihres eigenen rechtswidrigen Verhaltens verlieren sie ihre Glaubwürdigkeit, um als Repräsentant/innen der Rechtsordnung tätig zu werden. Das Interesse der Rechtsordnung an der Beendigung des Angriffs durch Provokateur/innen ist sichtlich geschwächt. Ein wertmindernder Umstand auf objektiver Ebene, d. h. ein *erfolgswertmindernder* Umstand, ist somit gegeben.

##### (1) Konsequenz fehlender objektiver überindividueller Legitimation

Die fehlende objektive überindividuelle Legitimation führt als *erfolgswertmindernder* Umstand zur fehlenden *Erfolgsunwertkompensation*; eine Rechtfertigung scheidet aus. Es wäre wegen vollendeter Tat zu bestrafen.<sup>71</sup>

##### (2) Neutralisation des erfolgswertmindernden Umstandes

Das geminderte objektive Rechtsbewährungsinteresse kann aber wieder voll erstarken, wenn Absichtsprovokateur/innen ihren *erfolgswertmindernden* Umstand aus dem Konflikt wieder herausnehmen. Fraglich ist jedoch, wie eine derartige Neutralisation zu erfolgen hat. Die in der Provokation enthaltene Gefahr, dass es zu einer Auseinandersetzung kommt, kann nur durch gegenläufige

Maßnahmen, welche die Möglichkeit nahe legen, dass die begonnene Auseinandersetzung beendet wird, neutralisiert werden. Daher hat die Rückkehr von Provokateur/innen in die Rechtsordnung in objektiv erkennbarer Weise nach außen zu treten. Wenn der Provokateur den Täter vorher durch sein Verhalten provoziert hat, dann muss er jetzt versuchen, den Täter durch ein entgegenwirkendes Verhalten zu beschwichtigen. Dies geschieht durch die oben erläuterte „Drei-Stufen-Theorie“<sup>72</sup>. Diese bietet auf objektiver Ebene eine differenzierte Lösung zur Neutralisierung der objektiven Provokationskomponente, namentlich des *erfolgswertmindernden* Umstandes. Weichen Provokateur/innen zunächst aus und beschränkt sich sodann auf Schutzwehr, wird dem Täter die Möglichkeit gegeben, sein Gemüt zu beruhigen. Bleibt die/der Provozierte von den Beschwichtigungsversuchen unbeeindruckt und setzt den Angriff weiter fort, so erstarkt das geminderte Rechtsbewährungsinteresse wieder. Der Provokateur hat seine Glaubwürdigkeit als Repräsentant der Rechtsordnung zurückverdient. Wird die objektive Provokationskomponente restlos neutralisiert, so scheidet auch der *erfolgswertmindernde* Umstand aus.

##### bb) Handlungswertmindernde Umstände/ Subjektive Ebene

Ausgehend von der Notwendigkeit einer subjektiven Zwecksetzung,<sup>73</sup> genügt es nicht, wenn Notwehrende nur sich verteidigen möchten, vielmehr müssen sie um des Rechtsbewährungsprinzips willen auch die Rechtsordnung verteidigen wollen. Absichtsprovokateur/innen infiltrieren in rechtsfeindlicher Intention die Regeln der Rechtsordnung, indem sie sich rechtswidrig in die Position der Notwehrlage begeben und versuchen, den Normzweck des § 32 StGB zu sabotieren, um einen Angriff ihrerseits zu tätigen.<sup>74</sup> Nicht nur, dass die Rechtsordnung von Absichtsprovokateur/innen nicht anerkannt wird, sie wird sogar in versteckt tückischer Weise angegriffen und als Werkzeug für einen mittelbaren Angriff auf Dritte zweckentfremdet. Zwar sind an den Rechtsbewährungswillen der/des Notwehrenden nicht allzu strenge Anforderungen zu stellen, da der Verteidigende immer primär die Verteidigung seiner Individualrechtsgüter bezwecken wird. Wo jedoch gezielt ein Angriff auf die Schwachstelle einer Regelung erfolgt, um diese zweckentfremdend einsetzen und andere verletzen zu können, kann von einem Willen zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung nicht mehr gesprochen werden. Das Handeln von Absichtsprovokateur/innen ist einzig und allein der Durchsetzung ihrer individuellen zweckentfremdenden Interessen gewidmet. Ihr Wille zur Ver-

<sup>70</sup> Hierzu siehe oben: D. II. 1. c).

<sup>71</sup> Natürlich ist dieser Entscheidung das gleichzeitige Vorliegen subjektiver wertmindernder Umstände zugrunde gelegt. Falls solche doch nicht vorliegen, ist nur eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tat, nach den Regeln des Erlaubnistatbestandsirrtums, gegeben.

<sup>72</sup> Hierzu siehe oben: D. I. 3.

<sup>73</sup> Hierzu siehe unten: D. IV. 3. a).

<sup>74</sup> Dies ist auch der entscheidende Unterschied zu den sonst vorwerfbareren Fällen der Notwehrprovokation, bei denen daher ein solcher Intentionswechsel – hierzu sogleich – nicht zu verlangen ist.

teidigung der Rechtsordnung ist nicht nur in den Hintergrund gedrängt, sondern gänzlich nicht vorhanden. Somit ist auch auf subjektiver Ebene das Rechtsbewährungsinteresse nicht mehr gewahrt. Absichtsprovokateur/innen ist daher auch ein *handlungswertmindernder* Umstand vorzuwerfen.

### (1) Konsequenz fehlender subjektiver überindividueller Legitimation

Die fehlende subjektive überindividuelle Legitimation führt als *handlungswertmindernder* Umstand zur fehlenden *Handlungsunwertkompensation*; eine Rechtfertigung scheidet aus. Auf objektiver Ebene liegen die Notwehrvoraussetzungen bei Einhaltung der „Drei-Stufen-Theorie“ uneingeschränkt vor. Lediglich subjektiv fehlt es an einem Teil des Verteidigungswillens. Die Folge der Verwirklichung von Teilmengen eines Rechtfertigungsgrundes kann jedoch auf den Schuldspruch keine Auswirkung haben.<sup>75</sup> Für den Schuldspruch gilt, dass ein Teilverteidigungswille nicht existiert. Anders sieht dies im Strafausspruch aus, dort kann der Teilverteidigungswille unter Umständen strafmildernd berücksichtigt werden. Eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB scheidet infolge des fehlenden Verteidigungswillens aus.<sup>76</sup>

### (2) Neutralisation des handlungswertmindernden Umstandes

Wenn Absichtsprovokateur/innen sich nur eingeschränkt zur Wehr setzen („Drei-Stufen-Theorie“), so neutralisieren sie den objektiven wertmindernden Umstand<sup>77</sup>. Sie können sich aber nur dann auf eine vollständige Rechtfertigung berufen, wenn sie neben dem objektiven auch den subjektiven wertmindernden Umstand ihrer Provokation neutralisieren. Andernfalls droht nämlich – wie bereits angedeutet<sup>78</sup> – eine Verlagerung der Problematik: Fachlich versierte Absichtsprovokateur/innen könnten noch immer das Notwehrrecht missbrauchen, indem sie – wie von Anfang an geplant – erst nach der letzten Stufe auf Trutzwehr übergehen. Fraglich ist jedoch, wie die Neutralisation des subjektiven wertmindernden Umstandes zu geschehen habe. Dabei muss es genügen, wenn Absichtsprovokateur/innen freiwillig und ernsthaft von ihrem konkreten Tatplan Abstand nehmen, es also zu einem Intentionswechsel kommt. Täuschen sie einen derartigen Intentionswechsel nur vor und wollen nicht zurück in die Gemeinschaftsordnung und erkennen die Rechtsordnung auch weiterhin nicht an, sondern wollen sie nach wie vor in tückisch versteckter Weise zu ihren Gunsten ausnutzen, so bleibt der *handlungswertmindernde* Umstand bestehen. Provokateur/innen wol-

len noch immer nur sich und nicht die Rechtsordnung verteidigen.

Haben Provokateur/innen hingegen den wertmindernden Umstand ihrer Provokation sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht neutralisiert, so sollen sie auch wieder in den vollen Genuss ihres Notwehrrechts kommen.

### c) Zusammenfassung

(Tatbestandliche) Handlungs- und Erfolgswerte bedürfen, um kein Unrecht zu sein, ihrer Kompensation durch (rechtfertigende) Handlungs- und Erfolgswerte. (Rechtfertigende) Handlungs- und Erfolgswerte bedürfen ihrerseits jedoch des Ausbleibens wertmindernder Umstände. Die Absichtsprovokation ist ein sowohl handlungs- als auch erfolgswertmindernder Umstand. Die Eigenschaft der Wertminderung kann aber durch gegenläufiges Verhalten wieder neutralisiert werden. Die Neutralisation der objektiven und subjektiven wertmindernden Umstände führt zur Aufhebung der Wertminderung, somit zur uneingeschränkten (rechtfertigenden) Handlungs- und Erfolgswertigkeit, somit zur *Unwertkompensation*.

### 3. Exkurs: Konsequenz eines fehlenden subjektiven Rechtfertigungselementes

Fehlt nun aber das subjektive Rechtfertigungselement, so stellt sich die Frage, ob es überhaupt eines subjektiven Rechtfertigungselementes bedarf und wenn ja, welche Folge das Ausbleiben für den Schuldspruch hat?

#### a) Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselementes

Mittlerweile ist die Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselementes nahezu unbestritten.<sup>79</sup> Dies wird bereits durch den Wortlaut des § 32 II StGB indiziert: „[...] um [...] abzuwenden.“ Die Wendung „um... zu“ deutet aber eindeutig auf ein finales und somit subjektives Element der Notwehr hin. Entscheidend ist jedoch, dass ausgehend von der *Lehre vom personalen Unrecht*<sup>80</sup> den Vorsatzdelikten neben einem Erfolgswert ganz wesentlich auch ein Handlungswert zukommt. Die durch verwirklichten Erfolgs- und Handlungswert indizierte Rechtswidrigkeit kann aber nur durch eine dualistische Kompensation wieder aufgehoben werden. Hierbei kompensieren die objektiven Komponenten der Rechtfertigungsgründe nur das Erfolgswert der Tat. Das Handlungswert bedarf zu seiner Beseiti-

<sup>75</sup> Hans-Ulrich Paeffgen, in: NK, StGB, 2. Aufl. 2005, Vor § 32 bis 35, Rn. 138.

<sup>76</sup> Zu den Folgen bezüglich des Schuldspruches, namentlich der Verurteilungs- oder Vollendungsstrafbarkeit, siehe unten: D. IV. 3. b).

<sup>77</sup> Hierzu siehe oben: D. IV. 2. b) aa) (2).

<sup>78</sup> Hierzu siehe oben: D. II. 3.

<sup>79</sup> BGH vom 15.01.1952, BGHSt 2, 111 (114) [Notstand]; BGH vom 01.07.1952, BGHSt 3, 194 (198); Thomas Rönnau/Kristian Hohn, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 262 (m. w. N.); a. A. Günter Spindel, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 138 ff.

<sup>80</sup> Hierzu ausführlich Claus Roxin, StrafR AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, S. 321.

gung einer subjektiven Komponente, des Verteidigungswillens.

#### b) Konsequenz für die Strafbarkeit

Fehlt nun dieses subjektive Rechtfertigungselement, so wird zum Teil eine Vollendungsstrafbarkeit konstruiert.<sup>81</sup> Überwiegend wird jedoch ein Versuch angenommen.<sup>82</sup> Zur Vollendungsstrafbarkeit gelangen die Vertreter/innen mit dem Argument, dass eine Versuchsstrafbarkeit grundsätzlich *Tatbestandsdefizite* voraussetzt. Der objektive Tatbestand ist beim fehlenden subjektiven Rechtfertigungselement aber in vollem Umfange gegeben.

Nimmt man aber das vorige Argument tatsächlich ernst und verlangt zur Ausräumung des Handlungsunwertes ein subjektives Rechtfertigungselement, dann kann die Konsequenz des Fehlens nicht mehr die Vollendungsstrafbarkeit sein. Denn die objektiven Rechtfertigungselemente kompensieren den Erfolgsunwert. Ohne Erfolgsunwert kann aber auch nicht mehr Vollendungsstrafbarkeit angenommen werden. Es kann keinen Unterschied machen, ob ein Erfolg ausbleibt oder Eintritt dessen Unwert jedoch wegen Kompensation nicht als solcher gewertet wird. Liegt aber nur noch Handlungsunwert vor, so entspricht dies der Unrechtsqualität eines (untauglichen) Versuches.

#### 4. Zusammenfassung

Nach dem hier vorgeschlagenen Ansatz gelingt es, den Intentionenunwert besonders „versierter“ Provokateur/innen durch eine Bestrafung wegen Versuchs hinreichend zu berücksichtigen. Dieses Ergebnis erscheint auch aus kriminalpolitischer Perspektive wünschenswert. Absichtsprovokateur/innen, die ihr vermeintliches Notwehrrecht keinen Einschränkungen unterziehen, werden wegen vollendeter Tat bestraft. Fachlich versierte Absichtsprovokateur/innen, welche die objektiven wertmindernden Umstände ihrer Provokation durch die Einhaltung der „Drei-Stufen-Theorie“ neutralisieren, werden wegen des verbleibenden Handlungsvorwurfes nur

wegen versuchter Tat bestraft. Gänzlich straffrei bleiben hingegen jene, welche sowohl die objektiven als auch subjektiven wertmindernden Umstände ihrer Provokation neutralisieren. Mag sein, dass dieser Konstruktion der Vorwurf gemacht werden könnte, dass fachlich versierte Provokateur/innen, die eine vermeintlich größere kriminelle Energie aufbringen, lediglich wegen Versuches bestraft werden, nicht so umsichtig handelnde Täter/innen hingegen wegen Vollendung. Eine dahingehende Argumentation würde jedoch zweierlei verkennen: Zum einen die der provozierten Person durch die Einhaltung der „Drei-Stufen-Theorie“ aufgezeigte und von Rechts wegen zu ergreifende Möglichkeit, sich zu beruhigen, die Provokationsrücknahme anzunehmen und weitere rechtswidrige Handlungen einzustellen, und zum anderen die zu honorierenden rückttrittsähnlichen Bemühungen von nach der „objektiv-subjektiven Neutralisationsmethode“ handelnden Provokateur/innen.

#### E. Fazit

Will man die Problematik der Absichtsprovokation einer Lösung zuführen, so muss man sich stets der zugrunde liegenden immanenten Schranken der Notwehr bewusst sein. Einschränkungen der Notwehr ergeben sich aus dem Zurückweichen der Schutzprinzipien. Die Absichtsprovokation mindert durch das vorausgegangene rechtswidrige Verhalten (objektiv) und die rechtsfeindliche Intention (subjektiv) das Rechtsbewährungsinteresse und verhindert somit eine Kompensation des Handlungs- und Erfolgsunwertes.

Gerade die Absichtsprovokation steht im direkten Widerspruch zur *ratio legis* des § 32 StGB. Aber auch Provokateur/innen dürfen nicht rechtlos gestellt werden. Insbesondere durch fachlich versierte Absichtsprovokateur/innen droht jedoch die *ratio legis* der Notwehr und die „Drei-Stufen-Theorie“ ausgehebelt zu werden. Die hier entwickelte „objektiv-subjektive Neutralisationsmethode“ ermöglicht es Provokateur/innen, die objektiven und subjektiven wertmindernden Umstände ihrer Provokation vollständig aus dem Konflikt zu neutralisieren. So, und nur so, entfällt auch jegliche sozialetische Einschränkungsnötigkeit der Notwehr in Fällen der Absichtsprovokation.

<sup>81</sup> BGH vom 15.01.1952, BGHSt 2, 111 (114) [Notstand]; *Hans Joachim Hirsch*, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2003, Vor § 32, Rn. 61; *Wilhelm Gallas*, in: FS Paul Bockelmann, 1979, S. 155 (177); *Heiner Alwart*, Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht, GA 1983, S. 433 (454 f.).

<sup>82</sup> BGH vom 03.12.1991, BGHSt 38, 144 (155 f.); *Thomas Rönau*, in: LK, StGB, 12. Aufl. 2006, Vor § 32, Rn. 90 (m. w. N.).

Olaf Muthorst\*

## Handeln unter fremdem eBay-Konto

**BGB § 164** Bei Handeln unter fremdem eBay-Konto greift keine Anscheinsvollmacht.

**Wer ein fremdes eBay-Konto nutzt, handelt unter fremdem Namen. Der/die Namensträger/in wird daraus nur dann berechtigt und verpflichtet, wenn der/die Handelnde Vertretungsmacht hatte, wenn der/die Namensträger/in den Vertrag genehmigt oder wenn die Grundsätze über die Anscheins- oder Duldungsvollmacht eingreifen. Das bloße Handeln unter fremdem Namen begründet aber keinen Rechtsscheinbestand.**

BGH, Urteil vom 11.05.2011 – VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421–2423

### Sachverhalt

Der P stellte bei eBay eine komplette „VIP-Lounge/Bar/Bistro/Gastronomieeinrichtung“ aus zahlreichen gebrauchten Einzelgegenständen (Wert: 33.000 €) zum Eingangsgebot von 1 € ein. Dafür nutzte P das eBay-Konto seiner Verlobten R, gab im Angebotstext aber seine eigenen Kontaktdaten an. Bevor die Auktion vorzeitig durch die Rücknahme des Angebots beendet wurde, hatte der K das Maximalgebot von 1.000 € abgegeben. K verlangt von R Schadensersatz in Höhe von 32.000 €. <sup>1</sup>

### Problemaufriss

K macht die Differenz zwischen Wert der Kaufsache und Kaufpreis geltend (§§ 280 I, III, 281 I BGB). Ein solcher Schadensersatzanspruch setzt einen Kaufvertrag voraus. Eine entsprechende Willenserklärung des K liegt vor; zweifelhaft ist, ob das auch auf Seiten der R der Fall ist, denn R ist selbst gar nicht tätig geworden. R kann aber eine Willenserklärung des P – d.h. eine aus seiner Sicht „eigene Willenserklärung“ – nach § 164 I 1 BGB zurechnen sein. Dazu müsste P sie allerdings zunächst im Namen der R abgegeben haben. Das ist jedoch nicht der Fall. Zwar hat P die Willenserklärung nicht im eigenen Namen abgegeben, denn er hat nicht erklärt, er selbst wolle der Verkäufer sein. Daran ändert sich nichts durch die Angabe seiner eigenen Kontaktdaten, denn diese Daten haben nur für die Abwicklung Bedeutung. Dass der Vertrag mit P zustande kommen soll, kann man aus

ihnen nicht schließen. Aber P hat auch nicht erklärt, er handele für die R. Vielmehr hat P sich durch die Nutzung des eBay-Zugangs der R so verhalten, als sei er selbst die R. P hat also unter dem Namen der R gehandelt.

Die Rechtsfolgen des Handelns unter fremdem Namen richten sich nach dem Empfängerhorizont und der Schutzbedürftigkeit des Gegenübers<sup>2</sup>: Soll aus Sicht der/des Dritten die handelnde Person berechtigt und verpflichtet werden, so kommt das Geschäft mit der handelnden Person zustande (egal, wie sie heißt). Wenn die handelnde Person sich nicht selbst binden wollte, spielt das nach § 164 II BGB keine Rolle. Kommt es hingegen aus Sicht der/des Dritten darauf an, dass das Geschäft mit dem wahren Namensträger zustande kommt (egal, wer handelt), werden die §§ 164 ff. BGB auf die Willenserklärung der handelnden Person analog angewendet – d.h. obwohl die Erklärung nicht im fremden Namen abgegeben worden ist, wird sie dem wahren Namenssträger zugerechnet, wenn die handelnde Person Vertretungsmacht hatte (§ 164 I 1 BGB), der/die Namensträger/in den Vertrag genehmigt (§ 177 I BGB) oder wenn die Grundsätze über die Anscheins- oder Duldungsvollmacht eingreifen.<sup>3</sup>

### Zur Entscheidung

Der BGH lehnt ein Eigengeschäft des P ab, da aus Sicht potentieller Käufer/innen R die Urheberin des Verkaufsangebotes war.<sup>4</sup> Damit ist für sich genommen zwar nur darauf verwiesen, dass P unter fremdem Namen – dem der R – gehandelt hat. Daraus folgt aber zugleich, dass aus Sicht des K gar keine andere Person außer der R als handelnd in Erscheinung getreten ist.<sup>5</sup> Deshalb kommt es K sehr wohl darauf an, gerade die R aus dem vermeintlichen Vertrag in Anspruch nehmen zu können.

P hat jedoch weder Vertretungsmacht, noch hat R den Vertragsschluss genehmigt. Der BGH prüft daher, ob R nach den Grundsätzen der Duldungs- oder der Anscheinsvollmacht für die Erklärung des P einzustehen hat. Eine Duldungsvollmacht verneint der BGH, denn sie setze voraus, dass die vertretene Person es willentlich

\* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> Auf § 2 Ziff. 9 der AGB von eBay wird im Folgenden nicht eingegangen. Vgl. dazu Carsten Herresthal, Haftung bei Account-Überlassung und Account-Missbrauch im Bürgerlichen Recht, K&R 2008, S. 705 (709).

<sup>2</sup> BGH vom 08.12.2005, NJW-RR 2006, 701 (702, Tz. 11 f.); Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 2011, Rn. 1406 ff.

<sup>3</sup> BGH vom 03.03.1966, BGHZ 45, 193 (195 f.), und vom 11.05.2011, NJW 2011, 2421 (2422, Tz. 12).

<sup>4</sup> BGH vom 11.05.2011, NJW 2011, 2421 (2421, Tz. 10).

<sup>5</sup> Vgl. LG Aachen vom 15.12.2006, CR 2007, 605 (605).

geschehen lässt, dass ein anderer für sie wie ein Vertreter auftritt, und dass Geschäftspartner/innen dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin verstehen und auch verstehen dürfen, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt ist.<sup>6</sup> R ließ es aber nicht willentlich geschehen, dass P unter ihrem Namen auftrat. Auch eine Anscheinsvollmacht lehnt der BGH ab. Sie sei gegeben, wenn die vertretene Person das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, sie es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, und wenn der Geschäftspartner annehmen durfte, die vertretene Person kenne und billige das Handeln des Vertreters; das setzt grundsätzlich ein Vertreterhandeln von einer gewissen Häufigkeit und Dauer voraus.<sup>7</sup> Der BGH verneint zunächst die fahrlässige Unkenntnis der R. Sie habe ihre Zugangsdaten zwar nicht hinreichend vor P gesichert, habe aber auch nicht damit rechnen müssen, dass dieser ihre Zugangsdaten verwenden werde. Dann lehnt der BGH die hinreichende Häufigkeit und Dauer ab, da P erstmals unter dem Namen der R gehandelt habe. Schließlich spricht der BGH aus, der Vertragspartner dürfe angesichts des zu niedrigen Sicherheitsstandards im Internet nicht davon ausgehen, unter dem Benutzernamen handle der Berechtigte.<sup>8</sup>

Letztlich kann nur dieser Aspekt den Ausschlag geben: Begründet ein eBay-Eintrag die Vermutung, der wahre

Kontoinhaber kenne und billige diesen Eintrag? Wenn man das mit der h. M. verneint,<sup>9</sup> kann es auf die Geheimhaltung der Zugangsdaten ebenso wenig ankommen wie auf die Häufigkeit und Dauer des Handelns,<sup>10</sup> weil es dann an einer Grundlage für schutzwürdiges Vertrauen des Vertragspartners fehlt.<sup>11</sup> Er muss sich vielmehr an denjenigen halten, der ihn über seine Identität getäuscht hat: an den P. In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert, dass der BGH die deliktische Haftung für Urheber-/Markenrechtsverletzungen schon bei unsorgfältiger Aufbewahrung der Zugangsdaten eingreifen lässt,<sup>12</sup> sie also deutlich weiter fasst. Dass ein Rechtsscheinbestand mehr verlangt, ist einleuchtend. Möglicherweise muss man dabei aber statt auf allgemeine Missbrauchsgefahren auf die konkreten informationstechnischen Vorkehrungen sehen, die Plattformbetreiber/innen zum Integritätsschutz der Benutzerkonten getroffen haben.

<sup>9</sup> OLG Köln vom 13.01.2006, NJW 2006, 1676 (1677); OLG Hamm vom 16.11.2006, NJW 2007, 611 (612); LG Bonn vom 19.12.2003, MMR 2004, 179 (180f.); mit abl. Anm. *Peter Mankowski*; AG Wiesloch vom 20.06.2008, K&R 2008, 550 (551f.), mit insoweit zust. Anm. *Dennis Werner* (554); *Georg Borges*, Rechtsscheinhaftung im Internet, NJW 2011, S. 2400 (2402f.); *Jürgen Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 172 Rn. 18; ebenso die Anm. zu BGH vom 11.05.2011 von *Winfried Klein*, MMR 2011, S. 450 (450f.), und *Dennis Werner*, K&R 2011, S. 499 (500). Kritisch *Carsten Herresthal*, K&R 2008, S. 705 (708). Offengelassen von BGH vom 11.03.2009, BGHZ 180, 134 (140f.) – *Halzband*. LG Aachen vom 15.12.2006, CR 2007, 605 (605: „Rechtsscheinhaftung“) mit zust. Anm. *Peter Mankowski*.

<sup>10</sup> Kritisch auch *Boris Schinkels*, Anm. zu BGH vom 11.05.2011, LMK 2011, 320461. Allgemein kritisch zu diesem Kriterium *Reinhard Bork*, AT, 3. Aufl. 2011, Rn. 1550 und Fn. 210.

<sup>11</sup> Umgekehrt bejaht *Georg Borges*, NJW 2011, S. 2400 (2402f.) einen Rechtsschein, verneint aber dessen Zurechnung wegen fehlender bewusster Risikoerhöhung. Gleicher Ansatz *Boris Schinkels*, LMK 2011, 320461.

<sup>12</sup> BGH vom 11.03.2009, BGHZ 180, 134–144 – *Halzband*.

<sup>6</sup> BGH vom 11.05.2011, NJW 2011, 2421 (2422, Tz. 15, m. w. N.); zu den Voraussetzungen allgemein *Reinhard Bork*, AT, 3. Aufl. 2011, Rn. 1550 ff.

<sup>7</sup> BGH vom 11.05.2011, NJW 2011, 2421 (2422, Tz. 16, m. w. N.); vgl. *Reinhard Bork*, AT, 3. Aufl. 2011, Rn. 1560 ff.

<sup>8</sup> BGH vom 11.05.2011, NJW 2011, 2421 (2422f., Tz. 17 ff.).

Olaf Muthorst\*

## Erfüllungsort der Nacherfüllung

**BGB §§ 269, 439** Der Erfüllungsort der Nacherfüllung ist nach § 269 BGB zu bestimmen.

Der Erfüllungsort der Nacherfüllung richtet sich gemäß § 269 BGB in erster Linie nach der Parteivereinbarung, dann nach den Umständen des Einzelfalls, schließlich nach dem Wohnsitz bzw. der Niederlassung des Schuldners bei Vertragsschluss.

*BGH, Urteil vom 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, NJW 2011, 2278–2284*

\* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

### Sachverhalt

Der K erwarb von dem V einen Camping-Faltanhänger. In der Auftragsbestätigung war unter „Lieferung“ aufgeführt: „ab P., Selbstabholer“. Trotzdem lieferte V den Faltanhänger an den Wohnort des K nach Q. In der Folgezeit zeigten sich verschiedene Mängel des Anhängers, so dass K den V unter Fristsetzung aufforderte, den Anhänger abzuholen und die Mängel zu beseitigen. Ein darauf hin vereinbarter Abholtermin bei K scheiterte, weil K den Anhänger inzwischen abgemeldet und V kein rotes

Überführungskennzeichen dabei hatte. Nachdem eine weitere von K gesetzte Frist zur Abholung und Mängelbeseitigung ergebnislos verstrichen war, trat K vom Kaufvertrag zurück und verklagte V auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Anhängers.

### Problemaufriss

Ein Kaufvertrag verpflichtet den Verkäufer, die Kaufsache frei von Mängeln zu übergeben und zu übereignen (§ 433 I BGB). Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer nach § 437 Nr. 1–3 BGB Nacherfüllung, Schadens- oder Aufwendungsersatz verlangen, vom Kaufvertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern, wenn die Voraussetzungen dafür jeweils vorliegen.<sup>1</sup> Tritt der Käufer zurück, kann er nach § 346 I BGB Rückgewähr der ausgetauschten Leistungen verlangen. Die Voraussetzungen für den Rücktritt ergeben sich, wenn kein Fall der Unmöglichkeit (dann § 326 V BGB) vorliegt, aus §§ 323, 440 BGB. Die Pflichtverletzung (§ 323 I BGB) liegt in der Schlechterfüllung des Kaufvertrages, d. h. der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes.<sup>2</sup> Ein unerheblicher Mangel berechtigt nicht zum Rücktritt, § 323 V 2 BGB. Weiter muss der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine Nacherfüllungsfrist gesetzt haben oder eine solche Fristsetzung muss nach §§ 323 II, 440 BGB entbehrlich sein. Das hat zur Folge, dass der Verkäufer grundsätzlich die Chance hat, das Geschäft für sich „zu retten“, weil sich der Käufer eben nicht ohne weiteres vom Vertrag lösen kann.<sup>3</sup> Mit der Fristsetzung muss der Käufer Nacherfüllung i. S. d. § 439 BGB verlangen; die Fristsetzung geht ins Leere, wenn der Käufer eine Leistung verlangt, die ihm nicht zusteht.<sup>4</sup> Daran könnte ein Rücktritt des K hier scheitern, K hat V nämlich zur Abholung des Anhängers in Q. aufgefordert. Möglicherweise schuldete V aber nicht Abholung und Mängelbeseitigung in Q., sondern nur eine in P. zu erbringende Nacherfüllung. Zu klären war daher, wo sich der Erfüllungsort für die Nacherfüllung befand.

Erfüllungsort (Leistungsort) ist der Ort, an dem der Schuldner die Leistungshandlung vorzunehmen hat – im Unterschied zum Erfolgsort, an dem der Leistungserfolg eintreten muss.<sup>5</sup>

Im Ausgangspunkt richtet sich der Erfüllungsort grundsätzlich nach der Parteivereinbarung. Gibt es keine, enthält das Gesetz für einzelne Schuldverhältnisse eine Regelung, etwa in § 697 BGB für die Verwahrung. Anderenfalls kommt es nach § 269 I BGB auf die Umstände an, insbesondere auf die Natur des Schuldverhältnisses, und, wenn aus den Umständen kein Erfüllungsort zu entnehmen ist, auf den (Wohn-)Sitz des Schuldners.

In den §§ 433 ff. BGB findet sich für den Nacherfüllungsort keine ausdrückliche Regelung. Manche stellen daher auf den Ort ab, an dem der Verkäufer ursprünglich bereits den kaufvertraglichen Erfüllungsanspruch (den Primärleistungsanspruch) hätte erfüllen sollen.<sup>6</sup> Nach anderer Ansicht ist die Nacherfüllung dort zu leisten, wo sich die Kaufsache bestimmungsgemäß befindet (sog. Belegenheitsort).<sup>7</sup> Ferner kann man nach den Umständen, insbesondere der Transportfähigkeit und -üblichkeit differenzieren.<sup>8</sup>

### Zur Entscheidung

Der BGH bestimmt den Nacherfüllungsort durch unmittelbare Anwendung des § 269 I BGB. Aus den Umständen ergebe sich hier, dass der Nacherfüllungsort bei V liege: die Nacherfüllung erfordere eine Werkstatt; die des V sei für K nicht unzumutbar weit entfernt; auch beim Kauf habe K sich ursprünglich für Selbstabholung entschieden.<sup>9</sup> Die Anwendbarkeit des § 269 I BGB begründet der BGH in drei Schritten: Erstens enthalte das Kaufrecht keine spezielle Regelung zum Nacherfüllungsort, insbesondere ergebe sich nichts aus der Kostenlast des Verkäufers aus § 439 II BGB.<sup>10</sup> Zweitens entziehe sich der Nacherfüllungsort einer allgemeinen Festlegung. Man könne weder, wie beim Rückgewähranspruch aus § 346 BGB oder beim werkvertraglichen Nacherfüllungsanspruch, stets auf den Belegenheitsort abstellen<sup>11</sup>, noch stets auf den Sitz des Verkäufers<sup>12</sup> oder den Erfüllungsort des Primärleistungsanspruchs<sup>13</sup>. Drittens sei die Anwendung des § 269 BGB mit Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar, weil die Richt-

1 Harm Peter Westermann, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2008, § 437 Rn. 8.

2 Walter Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 437 Rn. 22; Harm Peter Westermann, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2008, § 437 Rn. 9.

3 Sog. Vorrang der Nacherfüllung, BGH vom 10.03.2010, NJW 2010, 1448 (1448); BGH vom 23.02.2005, NJW 2005, 1348 (1350); Walter Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 437 Rn. 4; Annemarie Matusche-Beckmann, in: Staudinger, BGB, Neub. 2004, § 437 Rn. 6 ff.

4 Wolfgang Ernst, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 323 Rn. 245 f.; vgl. Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 323 Rn. 13.

5 Reiner Schulze, in: Hk-BGB, 6. Aufl. 2009, § 269 Rn. 1 f.; Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 269 Rn. 1 ff.

6 So auch als Vorinstanz OLG Koblenz vom 16.07.2010, DAR 2011, 84 (85) mit abl. Anm. Alexander Döll; ferner OLG München vom 20.06.2007, NJW 2007, 3214 (3215); Verf., Der Nacherfüllungsort, ZGS 2007, S. 370–373; weitere Nachweise bei BGH vom 13.04.2011, NJW 2011, 2278 (2279, Tz. 17).

7 Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 269 Rn. 15; OLG München vom 12.10.2005, NJW 2006, 449 (450); weitere Nachweise bei BGH vom 13.04.2011, NJW 2011, 2278 (2278 f., Tz. 16).

8 Michael Johannes Pils, Der Ort der Nacherfüllung im Kaufrecht, JuS 2008, S. 767 (769 f.).

9 BGH vom 13.04.2011, NJW 2011, 2278 (2283 f.).

10 BGH vom 13.04.2011, NJW 2011, 2278 (2279 f.).

11 BGH vom 13.04.2011, NJW 2011, 2278 (2280 f., Tz. 28, 31 und 33).

12 BGH vom 13.04.2011, NJW 2011, 2278 (2281, Tz. 34).

13 BGH vom 13.04.2011, NJW 2011, 2278 (2283).

linie Wertungsspielräume eröffne, innerhalb derer § 269 BGB ausgelegt und angewendet werden könne.<sup>14</sup>

Der konkrete Fall ist damit sicherlich richtig entschieden. Die Begründung steht methodisch jedoch auf unsicherem Grund. Die Frage, was der Primärerfüllungsort für den Nacherfüllungsort bedeutet, wird nämlich nur mit einem Zirkelschluss beantwortet: Der Primärerfüllungsort könne nicht stets maßgebend sein, weil der Nacherfüllungsanspruch einen anderen Inhalt habe als der Primärleistungsanspruch; der Anspruchsinhalt gehöre aber zu den nach § 269 BGB zu berücksichtigenden Umständen.

<sup>14</sup> BGH vom 13.04.2011, NJW 2011, 2278 (2281 ff). Dazu Anm. Markus Artz, ZJS 2011, S. 274 (275 f.).

den.<sup>15</sup> Ein Zirkelschluss, weil § 269 BGB auf den Nacherfüllungsanspruch nicht anwendbar ist, wenn die Regelung des Primärerfüllungsortes den Nacherfüllungsort umfasst. Da sich aber im Nacherfüllungsanspruch der ursprüngliche Primärleistungsanspruch fortsetzt, müsste man zeigen, dass das Gesetz auf den modifizierten Inhalt mit einem modifizierten Erfüllungsort reagiert. Dieser Nachweis bleibt aus und wird für den Regelfall auch nicht gelingen. Dass im Einzelfall die (ggf. ergänzende) Auslegung eines Kaufvertrages unterschiedliche Primär- und Nacherfüllungsorte ergeben kann, steht auf einem anderen Blatt.

<sup>15</sup> BGH vom 13.04.2011, NJW 2011, 2278 (2283, Tz. 51).

Olaf Muthorst\*

## Zum Aufrechnungsverbot in AGB

**BGB § 307** Aufrechnungsverbot in AGB nur in den Grenzen des Synallagmas.

Ein Verbot, gegen den Werklohnanspruch mit einem Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten aufzurechnen, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam, weil es die synallagmatische Verbundenheit der gegenseitigen Forderungen auflöst.

BGH, Urteil vom 07.04.2011 – VII ZR 209/07, NJW 2011, 1729–1730

### Sachverhalt

Zwischen dem U und dem B besteht ein Werkvertrag über von U zu erbringende Architektenleistungen beim Bau eines Einfamilienhauses. U klagt ausstehendes Honorar ein. B macht geltend, er habe gegen die Honorarforderung wirksam mit Schadensersatzansprüchen wegen mangelhafter Planung und Bauüberwachung aufgerechnet. Dem hält U § 4 der „Allgemeinen Architektenvertragsbestimmungen“ entgegen: „Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig.“ B hält die Klausel für unwirksam.

\* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

### Problemaufriss

Wer als Schuldner gegen den Gläubiger eine gleichartige und durchsetzbare Gegenforderung hat, kann, anstatt die Forderung des Gläubigers wie geschuldet zu erfüllen, gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen und durch diese Erklärung die Forderung des Gläubigers und die eigene Forderung zum Erlöschen bringen (§§ 387, 389 BGB). Daran ist für den Schuldner zweierlei positiv: er kann die eigene Schuld auf praktikable Weise tilgen, und er entgeht der Gefahr, die eigene Leistung zwar erbracht zu haben, aber die Gegenforderung nicht eintreiben zu können.<sup>1</sup> Die Aufrechnung scheidet jedoch, wenn ein gesetzliches oder vertragliches Aufrechnungsverbot besteht.<sup>2</sup> Grundsätzlich kann ein solches Aufrechnungsverbot auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vereinbart werden.<sup>3</sup> Bestimmungen in AGB sind aber nach § 307 I 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine solche Benachteiligung kann sich ergeben: (1) aus einem Verstoß gegen das Transparenzgebot, § 307 I 2 BGB; (2) aus der Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, § 307 II Nr. 1 BGB; (3) aus der Einschränkung

<sup>1</sup> Martin Schlüter, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 387 Rn. 1.

<sup>2</sup> Martin Schlüter, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 387 Rn. 56 ff.; Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 387 Rn. 13 f.

<sup>3</sup> Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 387 Rn. 14.

für den Vertragszweck wesentlicher Rechte und Pflichten, § 307 II Nr. 2 BGB. Allerdings ist § 307 I 1 BGB nur ein Auffangtatbestand im Verhältnis zu den Klauselverboten nach §§ 309, 308 BGB.<sup>4</sup> Mit Aufrechnungsverboten befasst sich § 309 Nr. 3 BGB. Danach ist ein Aufrechnungsverbot in AGB aber nur unwirksam, wenn es Kund/innen die Aufrechnung mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung verbietet.<sup>5</sup> Die Frage ist deshalb, ob § 309 Nr. 3 BGB eine abschließende Regelung enthält oder ob eine unangemessene Benachteiligung auch bei einem Aufrechnungsverbot für sonstige Forderungen von Kund/innen vorliegt.

## Zur Entscheidung

Der BGH hat eine unangemessene Benachteiligung bejaht. Ein Aufrechnungsverbot würde Besteller/innen zwingen, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, auch wenn ihnen Gegenansprüche zustehen; richten sich diese auf Ersatz von Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungsmehrkosten, liefe das auf eine Vorleistungspflicht von Besteller/innen hinaus, die in das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis eingreife.<sup>6</sup> Der BGH setzt also beim Vertrag an: Werklohn wird Zug um Zug gegen ein mangelfreies Werk geschuldet. Erfüllungs- und Werklohnanspruch stehen im Gegenseitigkeitsverhältnis. Daher hat der Besteller gemäß §§ 633 I, 641 III BGB ein Leistungsverweigerungsrecht, bis der Unternehmer ihm das Werk mangelfrei verschafft hat. Verlangen Besteller/innen nun Schadensersatz wegen Nichterfüllung, geht der Erfüllungsanspruch dadurch unter (§ 281 IV BGB). Damit entfällt aber auch ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 641 III BGB, denn es setzt voraus, dass der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen kann. Überdies stehen sich jetzt zwei Geldforderungen gegenüber. Dann hat ein Leistungsverweigerungsrecht (wie es sich etwa aus § 320 BGB ergeben könnte) aber einen der Aufrechnung entsprechenden Effekt.<sup>7</sup> Wo die Aufrechnung ausgeschlossen ist, wäre deshalb auch das Leistungsverweigerungsrecht ausgeschlossen.<sup>8</sup> Ist also Aufrechnung wirksam ausgeschlossen, führt das zu einer Vorleistungspflicht des Bestellers. Die Rechtsposition von Besteller/innen würde sich durch den Übergang vom (Nach-)Erfüllungsanspruch auf den Schadensersatzan-

spruch erheblich verschlechtern.<sup>9</sup> Auf diese erstaunliche Schlechterstellung stützt sich der BGH, wenn er ein solches Aufrechnungsverbot als eine unangemessene Benachteiligung ansieht.<sup>10</sup>

Ergänzend zieht der BGH seine Rechtsprechung zum Vorbehaltsurteil (§ 302 ZPO) heran<sup>11</sup>: Es hätte in dieser Konstellation zur Folge, dass der Besteller zum Werklohn verurteilt wäre und in einem Nachverfahren über seine Schadensersatzansprüche weiterprozessiert werden müsste – der Besteller müsste also vorleisten. Aus diesem Grund hält der BGH ein Vorbehaltsurteil in diesen Fällen für unzulässig.<sup>12</sup>

Ein weiterer Aspekt wird vom BGH angesprochen, aber nicht vertieft<sup>13</sup>: Ein Leistungsverweigerungsrecht kann nämlich in AGB nach § 309 Nr. 2 BGB nur insoweit ausgeschlossen werden, dass die Gegenforderung auf demselben Vertragsverhältnis beruhen muss, während der unantastbare Bereich der Aufrechnung nach Nr. 3 nur die unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen umfasst. Soweit aber der Aufrechnungslage ein Leistungsverweigerungsrecht vorausging, kann man die unterschiedliche Reichweite von § 309 Nr. 2 und Nr. 3 BGB in Frage stellen<sup>14</sup>: Warum soll die Leistungsverweigerung so gut wie nie, die spätere Aufrechnung aber so gut wie immer in AGB ausgeschlossen werden können? Methodisch liefe dieser Einwand auf eine analoge Anwendung von § 309 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB hinaus. Dann wäre die Aufrechnung nicht durch AGB einschränkbar, solange die Gegenforderung auf demselben Vertragsverhältnis beruht. Ob das Klauselverbot so weit geht, kann der BGH aber offenlassen, weil er die unangemessene Benachteiligung mit der synallagmatischen Verknüpfung von Haupt- und Gegenforderung begründet.<sup>15</sup>

<sup>4</sup> Die daher vorrangig (und in dieser Reihenfolge) zu prüfen sind, *Christian Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 307 Rn. 1 f.

<sup>5</sup> Bei unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen handelt es sich allerdings um „praktisch seltene Sonderfälle“ (*Christian Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 309 Rn. 20), deshalb hat dieses Klauselverbot nur geringe Bedeutung.

<sup>6</sup> BGH vom 07.04.2011, NJW 2011, 1729 (1729f.); noch offengelassen bei BGH vom 23.06.2005, BGHZ 163, 274 (278f.). Zustimmung OLG Frankfurt a. M. vom 11.05.2007 – 2 U 195/06 (II. A. a. E.).

<sup>7</sup> RG vom 30.09.1913, RGZ 83, 138 (140).

<sup>8</sup> BGH vom 13.12.1973, NJW 1974, 367 (368); BGH vom 13.04.1983, NJW 1984, 128 (129); *Christian Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 273 Rn. 13 f.

<sup>9</sup> BGH vom 07.04.2011, NJW 2011, 1729 (1730, Tz. 17); BGH vom 24.11.2005, BGHZ 165, 134 (137 f.).

<sup>10</sup> BGH vom 07.04.2011, NJW 2011, 1729 (1730, Tz. 17).

<sup>11</sup> BGH vom 07.04.2011, NJW 2011, 1729 (1730, Tz. 18).

<sup>12</sup> Vgl. BGH vom 24.11.2005, BGHZ 165, 134–139; BGH vom 27.09.2007, NZBau 2008, 55 (56 f.).

<sup>13</sup> BGH vom 07.04.2011, NJW 2011, 1729 (1730, Tz. 17).

<sup>14</sup> OLG Düsseldorf vom 19.06.1996, NJW-RR 1997, 628 (629); *Eva-Maria Kieninger*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 309 Nr. 2 Rn. 4; *Christian Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 309 Rn. 20. Vgl. OLG Düsseldorf vom 25.09.1998, NJW-RR 1999, 244 (244 f.).

<sup>15</sup> BGH vom 07.04.2011, NJW 2011, 1729 (1730, Tz. 21). Verneinend *Christian Schwenker*, Unwirksames Aufrechnungsverbot in Architekten- und Ingenieurverträgen, ZfBR 2011, S. 425 (426).

Maria von Tippelskirch\*

## Hausverlosung im Internet als besonders schwerer Betrug

§ 263 III 2 Nr. 2 Var. 1 StGB Täuschung durch die Behauptung rechtlicher Zulässigkeit eines Gewinnspiels, wenn diese nicht abschließend geklärt ist.

Der Veranstalter eines Gewinnspiels im Internet, der die Zweifel an dessen rechtlicher Zulässigkeit bewusst verheimlicht, begeht eine betrugsrelevante Täuschungshandlung in rechtswidriger Bereicherungsabsicht. Die Teilnehmer/innen erleiden bereits durch das Erbringen ihrer Spieleinsätze einen Vermögensschaden, wenn der Täter nicht die Absicht hat, diese zurückzuerstatten. Eine Addition der Einzelschäden zu einem (strafschärfenden) Verlust großen Ausmaßes kommt nur in Betracht, wenn die Tateinheitlich zusammentreffenden Einzelschäden das gleiche Opfer betreffen.

BGH, Beschluss vom 15.03.2011 – 1 StR 529/10, NJW 2011, 1825–1827

### Sachverhalt

Der A veranstaltete im Internet ein Quizspiel mit einer Teilnahmegebühr von 19 €. Unter den dort erkorenen „Sieger/innen“ sollten anschließend Preise, als Hauptpreis eine dem A gehörende Doppelhaushälfte, verlost werden. Mit dieser konkreten Ausgestaltung wollte A erreichen, dass die Behörden das Quiz mit anschließender Verlosung als erlaubnisfreies Geschicklichkeitsspiel einstufen und nicht als Glücksspiel verbieten würden. Obwohl die Behörde bereits zuvor ausdrücklich Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Spiels geäußert hatte, beantragte A einen entsprechenden Negativbescheid und eröffnete, ohne die behördliche Entscheidung abzuwarten, am gleichen Tag den Spielbetrieb. Dabei versicherte er auf seiner Website ausdrücklich die rechtliche Zulässigkeit des Spiels. Bis zur Einstellung des Spielbetriebs nach einer entsprechenden Untersagungsverfügung hatten insgesamt 18.294 Personen Teilnahmegebühren in Höhe von insgesamt 404.833 € entrichtet. A zahlte hiervon – auf Aufforderung – 4.833 € zurück und verbrauchte den Rest für eigene Zwecke.

### Entscheidung und Kritik

In objektiver Hinsicht setzt ein Betrug eine Täuschung über Tatsachen, einen hierdurch hervorgerufenen Irrtum, eine auf diesem Irrtum basierende Vermögensver-

fügung und einen infolgedessen entstandenen Vermögensschaden voraus<sup>1</sup>.

Der BGH sah hier die erforderliche Täuschung darin, dass A behauptete, er habe die Zulässigkeit des Spiels abschließend geklärt und von Seiten der zuständigen Behörden stünden keine rechtlichen Bedenken entgegen. Dabei bezieht sich der BGH ausdrücklich *nicht* darauf, dass die rechtliche Bewertung als erlaubnisfreies Geschicklichkeitsspiel objektiv nicht zutraf (im selben Beschluss hat der BGH die Verurteilung gemäß § 287 StGB sogar mit der Begründung aufgehoben, die bisherigen Feststellungen reichten für eine entsprechende Beurteilung nicht aus). Ausschlaggebend soll vielmehr der Umstand sein, dass von der Behörde *keine rechtliche Unbedenklichkeitserklärung* abgegeben worden war. Bei den Teilnehmer/innen wurde hierdurch ein entsprechender Irrtum hervorgerufen, im Erbringen der Spieleinsätze lagen hierdurch veranlasste Vermögensverfügungen.

Auch einen hierdurch verursachten Vermögensschaden hat der BGH bejaht: Angesichts des oben nachgezeichneten Begründungsweges wäre es eigentlich konsequent gewesen, mit Blick auf den Vermögensschaden zu argumentieren, die Gegenleistung des Angeklagten (Zulassung zum Gewinnspiel, dessen Zulässigkeit *nicht abschließend* geklärt ist) sei hinter der vertraglich geschuldeten Leistung (Zulassung zum Gewinnspiel, dessen Zulässigkeit *abschließend* geklärt ist) im Umfang des hierdurch gesteigerten Risikos zurückgeblieben.

Der BGH sah den Vermögensschaden jedoch bereits zum Zeitpunkt der Entrichtung der Teilnahmegebühr in deren vollem Umfang darin begründet, dass A „grundsätzlich weder willens noch in der Lage [gewesen sei], den überwiegenden Teil der vereinnahmten Gelder, den er schon für eigene Zwecke verbraucht hatte, im Fall einer vorzeitigen zwangsweisen Einstellung des Spielbetriebes durch die Behörden an die Spielteilnehmer zurückzuzahlen“. Der Einschätzung des LG, wonach die Rückerstattung der Einsätze an einige Spielteilnehmer/innen als bloße Schadenswiedergutmachung zu werten sein, stimmte der BGH zu und stützte sich dabei auf eigene vorangegangene Entscheidungen: Im Falle einer Täuschung der Anleger/innen über das von ihnen gewählte „Anlagemodell“ sei zwar grundsätzlich eine tatrich-

\* Juniorprofessorin für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und rechtswissenschaftliche Fachdidaktik an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> Thomas Fischer, in: ders., StGB, 58. Aufl. 2011, § 263 Rn. 5.

terliche Risikobewertung zur Bemessung des konkret eingetretenen wirtschaftlichen Schadens vorzunehmen. Wenn das so genannte Anlagemodell aber tatsächlich überhaupt nicht bzw. nur in Form eines „Schneeballsystems“ existiere, so sei bereits zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung von einem Schaden im Umfang der gesamten Anlagesumme auszugehen<sup>2</sup>.

Weiterhin hat der BGH klargestellt, dass es für die Frage nach dem Vorliegen des Regelbeispiels aus § 263 III 2 Nr. 2 Var. 1 StGB immer nur auf die Vermögenseinbuße beim einzelnen Opfer ankomme. Eine Addition von Einzelschäden aus tateinheitlich zusammentreffenden Betrugstaten komme also nur in Betracht, wenn diese dasselbe Opfer betreffen – was vorliegend jedoch nicht der Fall sei. Diese Begründung zu § 263 III 2 Nr. 2 Var. 1 StGB überzeugt unter systematischer Berücksichtigung von § 263 III 2 Nr. 2 Var. 2 StGB, der nach seinem Wort-

laut gerade darauf abzielt, den „Massenbetrug“ mit jeweils geringen Vermögensschäden zu erfassen. Damit jedoch dieses Regelbeispiel erfüllt ist, bedarf es seinem Wortlaut nach der Absicht, fortgesetzte Betrugstaten zu begehen – was aber wiederum z. B. im hier vorliegenden Fall einer einzigen Täuschungshandlung ausgeschlossen ist. Überraschend ist dieses Ergebnis insofern, als es demjenigen, der in der Absicht handelt, nacheinander „fortgesetzt“ viele Menschen zu betrügen, einen größeren Unrechtsvorwurf macht als demjenigen, der in der Absicht handelt, durch die gleiche Tat gleichzeitig viele Menschen zu betrügen und dem dies sogar – wie im vorliegenden Fall – objektiv mittels einer einzigen Täuschungshandlung gelingt. Diese Differenzierung mag Anlass geben, sich in einer solchen Konstellation zumindest mit der Frage nach einem Fall des Betrugs in einem unbenannten besonders schweren Fall auseinanderzusetzen<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> BGH vom 18.02.2009 - 1 StR 731/08; BGH vom 23.11.1983 - 3 StR 300/83; BGH vom 03.11.1955 - 3 StR 172/55, BGHSt 8, 289 (291).

<sup>3</sup> Hierzu *Thomas Fischer*, in: ders., StGB, 58. Aufl. 2011, § 263 Rn. 227.

Maria von Tippelskirch\*

## Mord mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen

**§§ 211, 13 StGB** Kein Mord durch Unterlassen, wenn Täter/in eine bereits bestehende gemeingefährliche Situation nur ausnutzt.

**Eine mit gemeingefährlichen Mitteln begangene Tötung durch Unterlassen ist grundsätzlich nicht möglich, wenn der Täter eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation ausnutzt, unabhängig davon, ob die Gefahr zufällig entstanden, von einer dritten Person verursacht oder von ihm selbst ohne Tötungsvorsatz herbeigeführt worden ist.**

*BGH, Beschluss vom 07.07.2009 – 3 StR 204/09, NStZ 2010, 87–88.*

### Sachverhalt

Der Angeklagte A war darüber verzweifelt, dass seine Lebensgefährtin L die Beziehung mit ihm beendet hatte. Er beschloss deshalb, aus dem Leben zu scheiden, und öffnete in seiner in einem Mehrfamilienhaus befindlichen Wohnung die Gasleitung, um sich zu vergiften. Vor Öffnen des Gashahns verbrachte er den Käfig mit seinem

Chinchilla aus dem – mit Gas zu flutenden – Wohnzimmer in den Flur und dichtete die Tür dorthin mit einem Tuch ab. Nachdem das Erdgas 10 bis 15 Minuten ausgeströmt war, verschloss A den Gashahn wieder und führte ein Telefongespräch mit B, in dessen Verlauf er sich beruhigte. Dieses beendete er, als L klingelte, um ihre Sachen abzuholen. A öffnete ihr die Tür. Sodann ließ er es geschehen, dass L sich eine Zigarette anzündete. Die Flamme des Feuerzeuges entzündete das in dem Raum befindliche Luft-Gas-Gemisch; die hierdurch verursachte Explosion brachte das gesamte Mehrfamilienhaus zum Einsturz. Von den Trümmern wurde der Nachbar N erschlagen. A und L erlitten schwere Verletzungen.

### Das Urteil des LG und der Beschluss des BGH

Das LG Mönchengladbach hatte den Angeklagten unter anderem wegen vollendeten Mordes an dem bei der Explosion umgekommenen Nachbarn verurteilt. Es warf dem Angeklagten vor, eine Tötung durch Unterlassen „mit gemeingefährlichen Mitteln“ (§ 211 II Var. 7 StGB) verübt zu haben.

\* Juniorprofessorin für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und rechtswissenschaftliche Fachdidaktik an der Universität Hamburg.

Indem A den Gashahn aufdrehte, hat er die spätere Explosion und damit den Tod des N zwar objektiv zurechenbar *durch aktives Tun* verursacht. Doch hat das LG der „Chinchilla-Episode“ insofern vorsatzausschließende Bedeutung beigemessen: Weil A sein Chinchilla in den Flur verbrachte und die Tür abdichtete, so das LG, muss er davon ausgegangen sein, die durch das Aufdrehen des Gashahns hervorgerufene Todesgefahr werde sich räumlich auf das Wohnzimmer beschränken. Habe A die Todesgefahr für andere Hausbewohner/innen zu diesem Zeitpunkt aber nicht erkannt, so lasse sich auch nicht auf entsprechenden (bedingten) Tötungsvorsatz (zum Zeitpunkt des Aufdrehens des Gashahns) schließen.

Als Anknüpfungspunkt für ein vorsätzliches Tötungsdelikt verblieb somit nur das spätere Verhalten des A in dem Moment, als seine ehemalige Lebensgefährtin sich eine Zigarette anzündete. Hier war der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit für das LG offensichtlich im Unterlassen einer Warnung vor dem Gas-Luft-Gemisch im Raum zu sehen. Woraus das LG die Garantenstellung im Einzelnen abgeleitet hatte, lässt sich der Entscheidung des BGH nicht entnehmen – in Betracht käme hier neben der engen persönlichen Beziehung zur ehemaligen Lebensgefährtin<sup>1</sup> womöglich auch eine Verantwortung für Gefahren, die von der eigenen Mietwohnung ausgehen<sup>2</sup>. Maßgeblich dürfte hier aber jedenfalls *auch* das im Aufdrehen des Gashahns zu sehende pflichtwidrige Vorverhalten des A gewesen sein (so genannte Überwachergarantenstellung aus Ingerenz). Überlegen ließe sich ferner, ob A mit Blick auf die Tötung des N unmittelbarer Unterlassungstäter gemäß § 25 I Var. 1 StGB war oder mittelbarer Täter gemäß § 25 I Var. 2 StGB, indem er das vorsatzlose, den Tod des N verursachende Verhalten der L ausnutzte<sup>3</sup>.

Der dritte Senat des BGH ging in seinem Urteil auf beide Fragen nicht ein, sondern setzte sich vor allem kritisch mit der Frage auseinander, ob, wie vom LG angenommen, eine „mit gemeingefährlichen Mitteln begangene“ Tötung durch Unterlassen vorlag und A somit §§ 211 II Var. 7, 13 StGB verwirklicht hatte. Gemeingefährlich i. S. v.

§ 211 II Var. 7 StGB ist ein Mittel nach allgemeiner Auffassung dann, wenn es durch seine Anwendung im Einzelfall eine Gefahr für eine unbestimmte Anzahl anderer Personen mit sich bringt, weil der Täter die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat<sup>4</sup>. Hinsichtlich einer Gasexplosion in einem bewohnten Mehrfamilienhaus scheint dies allein wegen der Einsturzgefahr eigentlich auf der Hand zu liegen.

Trotzdem hat der 3. Senat sich der Antragschrift des Generalbundesanwalts angeschlossen und das Urteil des LG aufgehoben. Damit hat er eine Entscheidung des 5. Senats aus dem Jahr 1986 bestätigt<sup>5</sup>, wonach eine mit gemeingefährlichen Mitteln begangene Tötung durch Unterlassen *mangels Modalitätenäquivalenz* grundsätzlich ausgeschlossen sei. § 211 II Var. 7 StGB könne nur dann verwirklicht werden, wenn der Täter das gemeingefährliche Mittel aktiv *einsetze*, nicht aber, wenn er eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation lediglich *ausnutze*. Dabei sei es gleichgültig, ob die ausgenutzte „Gefahr zufällig entstanden, von einer dritten Person verursacht oder von ihm selbst ohne Tötungsvorsatz herbeigeführt worden“<sup>6</sup> sei. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sei lediglich für den Fall anzunehmen, dass der Täter die später ausgenutzte Gefahr *zuvor mit Tötungsvorsatz selbst gesetzt* habe. Nur unter diesen Umständen komme eine Tötung durch Unterlassen mit gemeingefährlichen Mitteln ausnahmsweise doch in Betracht. Da das LG einen solchen Tötungsvorsatz zum Zeitpunkt der Gefahrsetzung (Aufdrehen des Gashahns) aber ausdrücklich nicht festgestellt habe, hob der 3. Senat die Verurteilung aus §§ 211 II Var. 7, 13 StGB auf.

### Modalitätenäquivalenz als maßgebliches Abgrenzungskriterium?

Die Entscheidung befasst sich mit dem Tatbestandsmerkmal der so genannten „Modalitätenäquivalenz“. Die in § 13 StGB enthaltene Entsprechungsklausel („wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“) soll nach ganz überwiegender Auffassung bei reinen Erfolgsdelikten keine Rolle spielen<sup>7</sup>.

Der BGH scheint in einer Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln somit einen Straftatbestand zu erkennen, der gegenüber einem einfachen Totschlag einen gesteigerten *Handlungsunwert* beinhaltet. Dieser gesteigerte Handlungsunwert sei in dem *aktiven Einsatz* eines ge-

1 Zur Frage, inwiefern Garantenstellungen aus dem eheähnlichen Zusammenleben Unverheirateter erwachsen können, vgl. *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 32 Rn. 51.

2 Hierzu BGH vom 30.09.2009, NStZ 2010, 220–221.

3 Gegen das Erfordernis der Konstruktion einer solchen mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen wird in der Literatur vorgetragen, die/der Unterlassende mache niemanden zum Werkzeug, sondern lasse ihn vielmehr nur gewähren (vgl. *Claus Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006, § 31 Rn. 175 m. w. N.). Der BGH hat in einem vergleichbaren Fall, in dem das Opfer sich (vorsatzlos) selbst schädigte, die „für Fälle mittelbarer Täterschaft entwickelten Grundsätze“ angewendet, ohne allerdings mittelbare Täterschaft im eigentlichen Sinne anzunehmen (vgl. BGH vom 12.08.1997, BGHSt 43, 177–183 – *Giftfallenentscheidung*). Vom hier zu entscheidenden Fall unterscheidet sich die Giftfallenentscheidung freilich dadurch, dass L nicht (nur) als „Werkzeug gegen sich selbst“ eingesetzt wurde, sondern vorsatzlos den Tod des N verursacht hat.

4 *Thomas Fischer*, in: ders., StGB, 58. Aufl. 2011, § 211 Rn. 59.

5 BGH vom 04.02.1986, BGHSt 34, 13–14.

6 BGH vom 07.07.2009, NStZ 2010, 87 (88); BGH vom 04.02.1986, BGHSt 34, 13 (14).

7 *Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 15 Rn. 77; *Kristian Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 18 Rn. 124; *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 32 Rn. 225.

meingefährlichen Mittels zu sehen, wodurch die besondere Rücksichtslosigkeit des Täters, der sein Ziel durch die *Schaffung* unberechenbarer Gefahren für andere durchzusetzen sucht, zum Ausdruck gebracht werde.

Aus dem Wortlaut von § 211 StGB lässt sich dies zumindest nicht zwingend folgern: Dieser setzt weder das *Schaffen* noch das *Einsetzen* eines gemeingefährlichen Mittels voraus, sondern nur, dass die Tötung „mit“ gemeingefährlichen Mitteln verübt werde. Der BGH scheint – dies ergibt sich aus dem von ihm für nötig befundenen Rückgriff auf die Entsprechungsklausel – die Auffassung zu vertreten, dass eine mit einer Tötung verbundene generelle Gefahr für eine unbestimmte Anzahl anderer Personen nur als *Handlungs-* und nicht auch als vom Täter zurechenbar geschaffener *Erfolgsunwert* aufzufassen sei, weshalb es eines Rückgriffs auf die Entsprechungsklausel bedürfte. Näher liegt es jedoch, auch den Eintritt einer „generellen“ Gefahr im Zusammenhang mit einer Tötung als Ausdruck eines die Strafbarkeit (mit-)begründenden *Erfolgsunwerts* aufzufassen<sup>8</sup>. Denn die mit einer „generellen“ Gefahr verbundene Unrechtssteigerung ergibt sich aus der objektiv feststellbaren Situation für Dritte, wenn diese auch nicht den gleichen Grad an Gefährlichkeit wie eine „konkrete“ Gefahr erreichen muss.<sup>9</sup> Insofern spricht viel dafür, nach den allgemeinen, auch vom BGH befolgten Grundsätzen im Fall von § 211 II Var. 7 StGB auf einen Rückgriff auf die Entsprechungsklausel des § 13 StGB zu verzichten.

### Garantenstellung als vorzugswürdiges maßgebliches Abgrenzungskriterium

Sachgerechter erscheint es demgegenüber, wie bei allen anderen Erfolgsdelikten auch primär darauf abzustellen, ob der Täter Garant für das Nichtentstehen dieses Erfolgsunwerts bzw. hier für das Nichtentstehen der den Erfolgsunwert begründenden generellen Gefahr für eine unbestimmte Anzahl von Personen ist. Diesen Aspekt der „Gefahrverantwortung“ scheint der BGH ebenfalls – wenn auch in dogmatisch unorthodoxer Weise – berücksichtigen zu wollen, wenn er im Rahmen des Prüfungspunkts der Modalitätenäquivalenz von seiner Regel, eine Verwirklichung von § 211 II Var. 7 StGB durch Unterlassen sei grundsätzlich ausgeschlossen, für den Fall eine Ausnahme zulässt, dass der Täter die Gefahr *mit Tötungsvorsatz* selbst gesetzt habe.

Hiervon abweichend und in Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen der Unterlassungsstrafbarkeit sollte die Frage nach der Verantwortung von Täter/innen für das

Nichtentstehen eines Erfolgsunwerts wie sonst auch anhand des in § 13 StGB ebenfalls angelegten Tatbestandsmerkmals der Garantenstellung („wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“) beantwortet werden. Maßgeblich sollte daher sein, ob den jeweiligen Unterlassungstäter, der – als Beschützer- oder Überwachergarant – bereits den Tod eines einzelnen zu verhindern rechtlich verpflichtet ist, *zugleich* die Pflicht trifft, *eine generelle Gefahr für eine unbestimmte Anzahl von Personen abzuwenden*<sup>10</sup>.

Dabei sind unter Zugrundelegung der „klassischen“ Garantenstellungen verschiedene Konstellationen denkbar:

**Fall a)** Mutter M sieht, dass ihr Sohn S sich gemeinsam mit anderen Menschen in einem Gebäude befindet, das gleich explodieren wird. Obwohl sie es könnte, rettet sie ihn nicht. Sohn S stirbt, die anderen Personen überleben.

**Fall b)** Mutter M beobachtet, wie Brandstifter B das Gebäude, in dem sich Ms Sohn S und andere Personen befinden, in Brand setzt. Obwohl sie es könnte, schreitet sie nicht ein. Wie von M beabsichtigt, stirbt Sohn S im Feuer, die anderen Personen überleben.

**Fall c)** Sohn S befindet sich gemeinsam mit anderen Menschen in einem Gebäude, das seine Mutter M pflichtwidrig (ohne Tötungsvorsatz) in Brand gesetzt hat. Sie rettet ihn nicht. Sohn S stirbt, die anderen Personen überleben.

In Fall a) und b) trifft M keine (über § 323c StGB hinausgehende) Verpflichtung zur Rettung der ihr *fremden* Personen. Sie hat nicht rechtlich dafür einzustehen, einen strafrechtlich relevanten Unwert von diesen Personen abzuwenden. Tritt dieser Unwert in Form einer (generellen) Gefährdung ein, ist ihr dies somit strafrechtlich nicht zuzurechnen. Das Erfolgsunrecht liegt ausschließlich in der Verletzung der Beschützergarantenpflicht hinsichtlich ihres Sohnes, so dass sie sich gemäß §§ 212 I, 13 StGB strafbar gemacht hat.

Demgegenüber ist M in Fall c) aufgrund ihres pflichtwidrigen Vorverhaltens (Überwachergarantenstellung aus Ingerenz) verpflichtet, die von ihr gesetzte Gefahr für die Insassen des von ihr in Brand gesetzten Gebäudes abzuwenden. Sie hat also rechtlich dafür einzustehen, diesen konkreten strafrechtlich relevanten Unwert zu verhindern. Vernachlässigt sie diese Verpflichtung um den Preis, ihren Tötungsvorsatz hinsichtlich S umzusetzen, so verwirklicht sie zusätzlich zur Tötung ihres Sohnes (in diesem Fall als Beschützer- und Überwachergarantin!) das in § 211 II Nr. 7 StGB vorausgesetzte Er-

<sup>8</sup> Claus Roxin, AT II, 2003, § 32 Rn. 239; Lars C. Berster, Anm. zu BGH vom 07.07.2009, ZIS 2011, S. 255 (258).

<sup>9</sup> Zur Einordnung der generellen zwischen der abstrakten und der konkreten Gefahr vgl. Thomas Fischer, in: ders., StGB, 58. Aufl. 2011, § 211 Rn. 59; Hartmut Schneider, in: MüKo, StGB, 2003, § 211 Rn. 307.

<sup>10</sup> Thomas Fischer, in: ders., StGB, 58. Aufl. 2011, § 211 Rn. 61.

folgsunrecht der Gefährdung weiterer Personen – *durch garantenpflichtwidriges Unterlassen*.

Der im vorliegenden Fall zu entscheidende Sachverhalt ist strukturell mit Fall c) zu vergleichen mit der Folge, dass eine Strafbarkeit aus § 211 II Var. 7 StGB weder wegen fehlender Garantienpflicht noch wegen fehlender Modalitätenäquivalenz abzulehnen gewesen wäre.

Der 3. Senat war sich bei seiner Entscheidung „der durch aus bedenkenswerten Einwände gegen die zitierte Rechtsprechung bewusst“, sah jedoch „keinen Anlass, hier von ihr abzuweichen“<sup>11</sup>. Die gewählte Lösung mag vor dem Hintergrund des rechtspolitischen Ziels einer restriktiven Anwendung der Mordmerkmale nachvollziehbar sein, sie erscheint vor dem Hintergrund der Unterlassungsdogmatik im Übrigen jedoch zweifelhaft.

<sup>11</sup> BGH vom 07.07.2009, NStZ 2010, 87 (88).

Maria von Tippelskirch\*

## Strafvereitelung durch Unterlassen

§§ 258, 13 StGB Strafvereitelung durch unberechtigte Zeugnisverweigerung.

**Ein Zeuge, der zu Unrecht die Aussage verweigert, kann sich dadurch wegen Strafvereitelung durch Unterlassen strafbar machen.**

*OLG Köln, Beschluss vom 11.12.2009 – 2 Ws 588/09, NStZ-RR 2010, 146*

### Sachverhalt

Der N. und der M. waren rechtskräftig wegen Taten verurteilt worden, die sie erwiesenermaßen mit einer dritten Person gemeinsam verübt hatten. Es kam zu einer Hauptverhandlung gegen den B., der im Verdacht stand, diese dritte Person gewesen zu sein. N. und M. sollten in dieser Verhandlung als Zeugen gehört werden. Beide waren von der Kammer (zu Recht) ausdrücklich und unter Androhung von Zwangsmaßnahmen darauf hingewiesen worden, dass ihnen infolge ihrer rechtskräftigen Vorverurteilung kein Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO zustand. Auch als Ordnungsgelder und Beugehaft gegen sie festgesetzt wurden, um ein Zeugnis zu erzwingen, zeigten sich N. und M. nicht bereit, Angaben zu machen. B. wurde daraufhin freigesprochen. Der Freispruch wurde im Wesentlichen damit begründet, dass es infolge der Verweigerungshaltung der Zeugen N. und M. nicht möglich gewesen sei, eine „vernünftige Zweifel ausschließende Gewissheit von der Täterschaft des B.“ zu erlangen.

### Problemaufriss

Das OLG hatte sich in seinem Beschluss mit der Frage zu befassen, ob N. und M. sich durch ihr Verhalten gemäß § 258 StGB wegen Strafvereitelung strafbar gemacht haben.

Dies wirft zunächst die Frage auf, ob hier überhaupt von einem Strafvereitelungserfolg ausgegangen werden kann: Denn ob B. eine rechtswidrige Vortat i. S. v. § 258 StGB begangen hat und deshalb ein darauf beruhender (zu vereitelnder) Strafanspruch besteht, konnte im Rahmen der Hauptverhandlung ja gerade nicht geklärt werden. Wenn aber B. selbst „in dubio pro reo“ freizusprechen war, wäre es widersprüchlich, ohne weitere Anhaltspunkte im Rahmen der Entscheidung über die Strafbarkeit von N. und M. von dessen Strafbarkeit auszugehen. Insofern bestand jedoch die Besonderheit, dass nach den Urteilsfeststellungen die Beteiligung irgendeiner dritten Person neben N. und M. als erwiesen galt. Deshalb war das Tatbestandsmerkmal einer strafbaren Vortat, die nicht verfolgt werden konnte, zu bejahen.

So gelangte man zu der Frage, ob es N. und M. waren, die die Verfolgung dieser dritten Person vereitelt hatten.

In Betracht kommt daher zunächst Strafvereitelung durch positives Tun, das in der ausdrücklichen Erklärung gesehen werden könnte, die Aussage verweigern zu wollen<sup>1</sup>. Nach der Rechtsprechung soll es für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen auf den „Schwerpunkt

\* Juniorprofessorin für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und rechtswissenschaftliche Fachdidaktik an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> So ging OLG Zweibrücken vom 13.01.1993 – 1 Ss 214/92 in einem Fall, in dem sich ein Zeuge zu Unrecht auf ein tatsächlich nicht bestehendes Aussageverweigerungsrecht berief, nicht einmal auf die Möglichkeit einer Unterlassungsstrafbarkeit ein. Auch das LG Ravensburg vom 19.11.2007 – 2 Qs 194/07 hatte in einem parallel gelagerten Fall angenommen, die Annahme aktiven Tuns liege näher, die Einordnung aber letztlich offen gelassen, weil nach seiner Auffassung auch die strengeren Voraussetzungen einer Unterlassungsstrafbarkeit – namentlich eine Garantienstellung – vorlagen.

der Vorwerfbarkeit“ ankommen.<sup>2</sup> Es liegt auf der Hand, dass es für die Verursachung des Strafvereitelungserfolgs nicht darauf ankommen kann, ob ein Täter gänzlich schweigt (was eine Garantenstellung erforderlich machen würde) oder ob er – insoweit aktiv – ausdrücklich mitteilt, dass er schweigen werde.

Sieht man hier den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit deshalb zutreffend in einem Unterlassen, so kommt es für die Strafbarkeit maßgeblich auf das Vorliegen einer Garantenstellung an: § 13 StGB setzt voraus, dass eine Person, die es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, nur dann zu bestrafen ist, wenn sie rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt. Für § 258 StGB soll dies dann anzunehmen sein, wenn einer Person gesetzlich die Aufgabe zugewiesen ist, Belange der Strafrechtspflege zu fördern bzw. in irgendeiner Weise dazu beizutragen, dass Straftäter/innen einer Sanktion zugeführt werden.<sup>3</sup>

Es stellte sich somit die Frage, ob die in einem Strafverfahren geladenen Zeug/innen eine Garantenstellung für das Schutzgut der staatlichen Rechtspflege trifft.

### Die Entscheidung des OLG im Kontext

Das OLG bejaht dies: Ein Zeuge sei „in dieser Eigenschaft Garant für die staatliche Strafrechtspflege“. Zur Begründung führt das Gericht an, diese sei gerade zu dem Zweck geschaffen worden, der Wahrheitserforschung im Strafverfahren und damit der Strafrechtspflege das Wissen von Zeug/innen zugutekommen zu lassen.

Eine Garantenstellung für die staatliche Rechtspflege trifft etwa Staatsanwält/innen und Polizist/innen, die zur Strafverfolgung berufen sind. Kommen sie den hieraus erwachsenden Pflichten nicht nach, verwirklichen sie das unechte Sonderdelikt der Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen (§§ 258a, 13 StGB). Erlangen Staatsanwält/innen oder Polizist/innen hingegen im *außerdienstlichen* Kontext von Straftaten Kenntnis, so sind sie nach ganz herrschender Auffassung nicht stets und nicht grundsätzlich als Garanten zur Strafverfolgung verpflichtet. Vielmehr soll es darauf ankommen, ob eine „schwerwiegende“ Straftat vorliegt, wobei im Einzelnen umstritten ist, ob solche nur bei Katalogtaten nach § 138 StGB oder auch in weiteren und wenn ja welchen Fällen anzunehmen sind<sup>4</sup>.

Hiervon unterscheidet sich die hier interessierende Gruppe der nicht mit der Strafverfolgung befassten Privatpersonen grundlegend: Erlangen nämlich „Normalbürger/

innen“ von einer bereits begangenen<sup>5</sup> Straftat Kenntnis, so trifft sie grundsätzlich keinerlei Pflicht, zum Wohle der staatlichen Rechtspflege zu deren Aufklärung beizutragen. Diesen Grundsatz verkehrt das OLG nun in sein Gegenteil für den Fall, dass jemand als Zeuge in einem Strafverfahren geladen ist: Ab diesem Zeitpunkt treffe ihn, so das Gericht, die strafbewehrte Pflicht, an der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches (unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs) mitzuwirken.

Das OLG hat seine Entscheidung nicht selbst begründet, sondern im Wesentlichen auf eine inhaltlich parallele Entscheidung des LG Ravensburg<sup>6</sup> gestützt, welches ebenfalls von einer Garantenstellung für geladene Zeug/innen ausgegangen war.<sup>7</sup> In dieser zitierten Entscheidung findet sich sinngemäß die folgende Argumentation: Ein Zeuge, der wahrheitswidrig behauptet, nichts über den Vernehmungsgegenstand zu wissen, kann den objektiven Tatbestand von § 258 StGB unproblematisch (durch aktives Tun) erfüllen. Die hierdurch verursachte Beeinträchtigung aber sei identisch mit derjenigen, welche das Rechtsgut Rechtspflege erfahre, wenn der Zeuge von vornherein jede Aussage verweigere, eine Ungleichbehandlung der beiden Fälle wäre daher „befremdlich“<sup>8</sup>.

Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen: Denn dass der strafbarkeitsbegründende Erfolg (hier: Beeinträchtigung der Strafrechtspflege) bei Tätigkeits- und Unterlassungsdelikten identisch sein kann, gehört bereits zum Wesen der unechten Unterlassungsstrafbarkeit und kann daher nicht über das Erfordernis einer gesondert zu begründenden Garantenstellung (§ 13 StGB: „wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“) hinweghelfen.

Daneben ist das vom OLG unter Rückgriff auf das LG Ravensburg erzielte Ergebnis auch noch unter einem anderen Gesichtspunkt angreifbar: Als allgemeine staatsbürgerliche Pflicht i. S. v. Art. 33 I GG<sup>9</sup> ist die Verpflichtung, als Zeug/in vor Gericht auszusagen, keineswegs eine Besonderheit des Strafprozesses: Sie trifft vielmehr auch diejenigen, die im Zivilverfahren als Zeug/innen geladen sind (für das Verwaltungs- bzw. das arbeitsgerichtliche Verfahren gilt über die Verweisungsnormen § 98 VwGO bzw. § 46 II ArbGG Entsprechendes), so sie sich nicht auf ein persönliches (§ 384 ZPO) oder sachliches (§ 385

<sup>5</sup> Im Hinblick auf noch bevorstehende Straftaten gilt § 138 StGB.

<sup>6</sup> LG Ravensburg vom 19.11.2007, NStZ-RR 2008, 177–179.

<sup>7</sup> Zu einem gegenteiligen Ergebnis war hingegen nur wenige Monate vor dem OLG Köln das LG Itzehoe (20.07.2009, NStZ-RR 2010, 10–12) gekommen.

<sup>8</sup> LG Ravensburg vom 19.11.2007, NStZ-RR 2008, 177 (179).

<sup>9</sup> Das BVerfG (10.10.1978, BVerfGE 49, 280 [283]) sah in der Zeugnispflicht „nach deutscher Rechtstradition eine allgemeine Staatsbürgerpflicht“. Ausdrücklich normiert ist die strafprozessuale Zeugenpflicht erst seit dem 2. OpferRRG 2009 (§ 48 I 2 StPO: „Sie [Zeug/innen] haben die Pflicht auszusagen, wenn keine im Gesetz zugelassene Ausnahme vorliegt.“).

<sup>2</sup> Thomas Fischer, in: ders., StGB, 58. Aufl. 2011, Vor § 13 Rn. 17.

<sup>3</sup> BGH vom 30.04.1997, BGHSt 43, 82–90; Thomas Fischer, in: ders., StGB, 58. Aufl. 2011, § 258 Rn. 11.

<sup>4</sup> Thomas Fischer, in: ders., StGB, 58. Aufl. 2011, § 258 Rn. 4a.

ZPO) Zeugnisverweigerungsrecht berufen können. Auch sind durch die Verfahrensordnungen selbst in § 390 ZPO bzw. § 70 StPO spezifische Sanktionen vorgesehen, um Zeug/innen zur Befolgung der ihnen auferlegten generellen staatsbürgerlichen Pflicht anzuhalten. Insofern spricht viel dafür, der staatsbürgerlichen Zeugenpflicht

nicht die darüber hinausgehende strafbarkeitsbegründende Bedeutung beizumessen, neben der allgemeinen Funktionsfähigkeit des Gerichtswesens auch gerade die Strafverfolgung durch den Staat zu fördern<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> So auch LG Itzehoe vom 20.07.2009, NStZ-RR 2010, 10 (11).

Ulrike Lembke\*

## Kündigung wegen Whistleblowing

**Art. 10 EMRK** Eine Strafanzeige der/des Arbeitnehmer/in gegen den Arbeitgeber berechtigt nicht ohne weiteres zur fristlosen Kündigung.

**Die fristlose Kündigung einer Altenpflegerin nach ihrer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber wegen erheblicher Mängel in der Pflege verletzte vorliegend deren Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung aus Art. 10 EMRK.**

*EGMR, Urteil vom 21.07.2011 – Nr. 28274/08 – Heinisch v. Germany (nicht rechtskräftig)*

### Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin war als Altenpflegerin seit Januar 2002 in einem Altenpflegeheim der Vivantes GmbH beschäftigt, die auf Gesundheits- und Altenpflege spezialisiert ist und deren Geschäftsanteile mehrheitlich im Eigentum des Landes Berlin stehen.

Frau Heinisch und ihre Kolleg/innen wiesen die Geschäftsleitung der Vivantes GmbH zwischen Januar 2003 und Oktober 2004 wiederholt darauf hin, dass das Personal des Altenpflegeheimes auf Grund von Arbeitsüberlastung seinen Pflichten nicht ordnungsgemäß nachkommen könne und zudem Pflegeleistungen nicht korrekt dokumentiert würden. Auch der Medizinische Dienst der Krankenkassen stellte bei einem Kontrollbesuch im November 2003 wesentliche Mängel bei der geleisteten Pflege fest, unter anderem unzureichende Personalausstattung sowie unzureichende Pflegestandards und mangelhafte Gestaltung der Dokumentation. Seit Mai 2003 war die Beschwerdeführerin in Folge von Ar-

beitsüberlastung wiederholt arbeitsunfähig krankgeschrieben. Im November 2004 wies der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin die Geschäftsleitung darauf hin, dass wegen Personalmangels die hygienische Versorgung der Patient/innen nicht mehr gewährleistet sei, und forderte, unverzüglich geeignete Maßnahmen zu ergreifen.

Die Geschäftsleitung wies alle Vorwürfe zurück. Im Januar 2004 erstattete die Beschwerdeführerin daraufhin Strafanzeige wegen besonders schweren Betruges gegen die Vivantes GmbH. Diese begründete sie damit, dass sie wissentlich nicht die von der GmbH in der Werbung versprochenen hochwertigen Pflegeleistungen erbringe, zugleich aber von der Geschäftsleitung angehalten werde, so nicht erbrachte Leistungen zu dokumentieren, um diese Problematik zu verschleiern. Die Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft Berlin wurden im Januar 2005 eingestellt. Die Beschwerdeführerin wurde auf Grund ihrer wiederholten Erkrankungen mit Wirkung zum 31. März 2005 gekündigt. Daraufhin verteilte sie mit Unterstützer/innen ein Flugblatt, das ihre Kündigung als „politische Disziplinierung, um den berechtigten Widerstand vieler Beschäftigter im Gesundheitswesen für eine menschenwürdige Gesundheitsversorgung mundtot zu machen,“ verurteilte und auch auf die erstattete Strafanzeige einging. Nachdem die Vivantes GmbH auf diese Weise von der Strafanzeige erfahren hatte, kündigte sie die Beschwerdeführerin fristlos, wobei sie insbesondere auf die Verteilung des Flugblatts Bezug nahm.

Das ArbG Berlin erklärte mit Urteil vom 03.08.2005 die fristlose Kündigung für unrechtmäßig, da das Verteilen des Flugblatts von der Meinungsäußerungsfreiheit der

\* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

Beschwerdeführerin geschützt sei.<sup>1</sup> Das LAG Berlin hob diese Entscheidung mit Urteil vom 28.03.2006 auf, da die Strafanzeige durch die Beschwerdeführerin eine zur außerordentlichen Kündigung berechtigende arbeitsvertragliche Pflichtverletzung gewesen sei.<sup>2</sup> Das BAG bestätigte dieses Urteil mit Beschluss vom 06.06.2007, und das BVerfG lehnte am 06.12.2007 die Annahme einer hiergegen gerichteten Verfassungsbeschwerde ab.

## Entscheidung

Durch eine mit sieben Richter/innen besetzte Kammer entschied der EGMR einstimmig, dass die fristlose Kündigung der Beschwerdeführerin deren Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung aus Art. 10 EMRK verletzte, und verpflichtete die Bundesrepublik zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 10.000 Euro an die Beschwerdeführerin für den erlittenen immateriellen Schaden.

Das Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 10 I EMRK umfasst grundsätzlich auch das sog. *Whistleblowing*, also die Offenlegung von Missständen in Unternehmen oder Institutionen durch dort beschäftigte Arbeitnehmer/innen.<sup>3</sup> Eine fristlose Kündigung stellt einen Eingriff in dieses Recht dar. Allerdings kann die Freiheit der Meinungsäußerung nach Art. 10 II EMRK durch Gesetz eingeschränkt werden, um den guten Ruf oder die Rechte anderer zu schützen. Eine solche gesetzliche Regelung ist § 626 BGB, wonach das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund auch fristlos gekündigt werden kann. Nach ständiger arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung ist das Stellen einer Strafanzeige jedenfalls dann ein Kündigungsgrund, wenn der/die Arbeitnehmer/in dabei wesentlich oder leichtfertig falsche Angaben macht<sup>4</sup> oder die Anzeige eine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten der/des Arbeitgeber/in darstellt<sup>5</sup>. Ein innerbetrieblicher Hinweis hat nur Vorrang vor einer Strafanzeige, wenn er zumutbar ist.<sup>6</sup>

Der EGMR ist in der Abwägung der Interessen der Beschwerdeführerin mit den Interessen ihrer Arbeitgeberin über dieses Prüfprogramm hinausgegangen. Er stellte fest, dass die von der Beschwerdeführerin offen gelegten Informationen über mutmaßliche Mängel in der Pflege von öffentlichem Interesse waren. Dies gelte insbesondere, weil die Patient/innen solche Beschwerden vielfach nicht mehr selbst äußern könnten. Ferner sei nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben gemacht habe; vielmehr seien ihre Beschwerden durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen bestätigt worden. Auf alle in der Strafanzeige gerügten Mängel habe die Beschwerdeführerin bereits zuvor innerbetrieblich – vergeblich – hingewiesen. Sie konnte daher davon ausgehen, dass weitere innerbetriebliche Beschwerden wirkungslos bleiben würden. Da auch die Kontrollen des Medizinischen Dienstes zu keiner Verbesserung führten, durfte die Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass eine Strafanzeige notwendig sei. Die Einstellung der Ermittlungen führe zu keiner anderen Bewertung, da nicht verlangt werden könne, dass Strafanzeige erstattende Personen den Ausgang des Ermittlungsverfahrens voraussehen können. Zwar hätten die von der Beschwerdeführerin geäußerten Vorwürfe den Ruf und die Geschäftsinteressen der Vivantes GmbH geschädigt. In einer demokratischen Gesellschaft sei das öffentliche Interesse an Informationen über Mängel in der institutionellen Altenpflege in einem staatlichen Unternehmen aber so wichtig, dass es gegenüber dem Interesse dieses Unternehmens am Schutz seines Rufes und seiner Geschäftsinteressen überwiege. Schließlich sei die abschreckende Wirkung nicht zu unterschätzen, die von der harten Sanktion einer Kündigung ausgehe und nicht nur die Beschwerdeführerin betreffe, sondern auch andere Arbeitnehmer/innen abhalten könne, auf Mängel in der institutionellen Altenpflege hinzuweisen.

## Gesetzliche Neuregelung?

Gemäß Art. 43 f. EMRK sind Kammerurteile nicht sofort rechtskräftig; die Bundesrepublik kann innerhalb von drei Monaten die Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer beantragen. Arbeitgeberpräsident Dieter Hundt hat der Bundesregierung bereits nahe gelegt, diese Möglichkeit in Anspruch zu nehmen.<sup>7</sup> Sehr wahrscheinlich ist es allerdings nicht, dass dieser Ratsschlag befolgt wird. Vielmehr wird derzeit geprüft, ob eine gesetzliche Klarstellung der Problematik notwendig ist, wie sie Oppositionsparteien und Gewerkschaften nun wieder mit Nachdruck fordern.<sup>8</sup> Ein Gesetzentwurf zum Schutz von Whistleblowern wurde bereits 2008 ge-

<sup>1</sup> ArbG Berlin vom 03.08.2005, 39 Ca 4775/05.

<sup>2</sup> LAG Berlin vom 28.03.2006, ArbuR 2007, 51–53.

<sup>3</sup> Grundsätzlich zum Whistleblowing vgl. statt vieler *Annemarie Berthold*, Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 2010; *Manfred Herbert/Jörg-Dieter Oberrath*, Schweigen ist Gold? Rechtliche Vorgaben für den Umgang des Arbeitnehmers mit seiner Kenntnis über Rechtsverstöße im Betrieb, NZA 2005, S. 193–199; *Olaf C. Sauer*, Whistleblowing – notwendiger Bestandteil moderner Personalpolitik?, DÖD 2005, S. 121–124.

<sup>4</sup> BVerfG vom 02.07.2001, NJW 2001, 3474–3476.

<sup>5</sup> BAG vom 03.07.2003, BAGE 107, 36–49, vgl. hierzu *Ulrike Wendeling-Schröder*, Kündigung wegen Strafanzeige, RdA 2004, S. 374–377. Damit wurde die vom BVerfG eingeführte Begrenzung der Kündigungsmöglichkeit wesentlich entkräftet, vgl. zum vorliegenden Fall auch *Dieter Deiseroth*, Kündigungsschutz bei Kritik an Missständen in der Altenpflege, ArbuR 2007, S. 34–36, 51–53.

<sup>6</sup> BAG vom 03.07.2003, BAGE 107, 36–49; den Vorrang der innerbetrieblichen Klärung betont *Kai Bodenstedt*, Zur fristlosen Kündigung wegen Erstattung einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber, EWiR 2004, S. 613–614.

<sup>7</sup> Vgl. [http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/id/DE\\_Presseschau?Open&s1=31](http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/id/DE_Presseschau?Open&s1=31) (30.09.2011).

<sup>8</sup> Vgl. [http://www.welt.de/print/die\\_welt/wirtschaft/article13501153/Mitarbeiter-duerfen-Arbeitgeber-verpeifen.html](http://www.welt.de/print/die_welt/wirtschaft/article13501153/Mitarbeiter-duerfen-Arbeitgeber-verpeifen.html) (30.09.2011).

meinsam von drei Bundesministerien vorgelegt<sup>9</sup> und war heftig umstritten.<sup>10</sup> Anlass des Gesetzentwurfs war der sog. Gammelfleischskandal, der nur öffentlich bekannt wurde, weil ein Mitarbeiter des betroffenen Unterneh-

mens sich an die Behörden gewandt hatte. Missstände in der Altenpflege sind ein Thema, das noch weitaus größere gesellschaftliche Bedeutung hat – nun könnte es zum Auslöser einer gesetzlichen Neudefinition der Loyalitätspflichten von Arbeitnehmer/innen werden.

<sup>9</sup> Gemeinsamer Entwurf von BMAS, BMELV und BMJ, Ausschuss-Drs. 16(10)849.

<sup>10</sup> Vgl. insbesondere das Protokoll der öffentlichen Anhörung vom 04.06.2008, Protokoll Nr. 16/81; sowie ferner BRAK-Stellungnahme Nr. 20/2008, abrufbar unter [www.brak.de](http://www.brak.de) (30.09.2011); Oliver Fröhlich/Thomas Schelp, Die geplante Neufassung des § 612a BGB, ArbRB 2009,

S. 48–51; Anneli Neumann, Whistleblowing und die Frage nach dem rechtspolitischen Erfordernis einer gesetzlichen Schutzregelung, 2010; Stefan Sasse, Hilfspolizist Arbeitnehmer – oder sinnvolle Neuregelung?, NZA 2008, S. 990–993.

Ulrike Lembke\*

## Maßnahmen zur Griechenland-Hilfe und zum Euro-Rettungsschirm verfassungsgemäß

**Art. 38 I GG** Zur möglichen Verletzung des Demokratieprinzips durch umfangreiche finanzielle Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland in einem supranationalen Kontext.

**Durch die Verabschiedung des Währungsunion-Finanzstabilitätsgesetzes und des Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetzes hat der Deutsche Bundestag weder sein Budgetrecht noch die Haushaltsautonomie zukünftiger Bundestage in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise beeinträchtigt, so dass Art. 38 I GG nicht verletzt ist.**

*BVerfG, Urteil vom 07.09.2010 – 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10 und 2 BvR 1099/10, NJW 2011, 2946–2953*

### Die Entscheidung

Diese Entscheidung war mit einiger Spannung erwartet worden: Das BVerfG hatte über drei Verfassungsbeschwerden zu befinden, die sich gegen umfangreiche Finanzentscheidungen im Zusammenhang mit der Griechenland-Hilfe und dem sog. Euro-Rettungsschirm<sup>1</sup> richteten. Die Beschwerdeführer befürchteten insbesondere, die gesetzliche Ermächtigung des Bundesfinanzministeriums zur Übernahme von Gewährleistungen für Kredite an Griechenland bis zu einer Höhe von 22,4 Mrd. Euro sowie zur Absicherung von Krediten im Rahmen des sog. Euro-Rettungsschirms bis zu einer Höhe von 147,6 Mrd. Euro greife ungerechtfertigt in ihr Wahlrecht ein, indem das Demokratieprinzip und die Haushaltsautonomie des Bundestages verletzt würden. Angesichts

der im Raum stehenden Summen schien die Befürchtung einer massiven Einschränkung nationaler Handlungsfähigkeit durch langfristige Mittelbindung auch nicht völlig aus der Luft gegriffen.

Obwohl die Beschwerdeführer noch weitere Rechtsverletzungen rügten, legte das BVerfG seiner Entscheidung nur Art. 38 I GG zugrunde. Das darin statuierte Wahlrecht schützt davor, dass Kompetenzen des gegenwärtigen oder eines künftigen Bundestages ausgehöhlt werden und damit die Verwirklichung des politischen Willens der Bürger/innen rechtlich oder praktisch unmöglich gemacht wird. Entscheidend für die Werterhaltung des Wahlaktes ist nicht zuletzt die Haushaltsautonomie des Bundestages.<sup>2</sup> Entscheidungen über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand müssen als grundlegender Teil der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit in der Hand des Bundestages verbleiben. Dieser darf daher keine (völkervertragsrechtlichen) finanzwirksamen Mechanismen begründen, die zu nicht überschaubaren haushaltsbedeutsamen Belastungen ohne erneute konstitutive Zustimmung des Bundestages führen können – mit anderen Worten: jede finanzielle Hilfsmaßnahme der Bundesrepublik, die einen größeren Umfang aufweist, muss vom Bundestag im Einzelnen bewilligt werden. Auch die europäischen Verträge stünden einem solchen Verständnis nationaler Haushaltsautonomie nicht

\* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu Daniel Thym, Euro-Rettungsschirm: zwischenstaatliche Rechtskonstruktion und verfassungsgerichtliche Kontrolle, EuZW 2011, S. 167–171.

<sup>2</sup> Auf diesem Wege konnte das BVerfG auch die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführer bejahen; die dadurch eröffnete Möglichkeit der Überprüfung von europarechtlich bedeutsamen Kompetenzübertragungen hat schon früher zu Kritik geführt, vgl. nur die Quellenangaben in der Entscheidung des BVerfG selbst.

entgegen, sondern setzen dieses voraus, da andernfalls die Handlungen der EU-Organe in und für Deutschland nicht über die unentbehrliche demokratische Legitimation verfügen würden.

Unter Betonung einer gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative hält das BVerfG das Währungsunion-Finanzstabilitätsgesetz und das Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetz für mit dem Grundgesetz vereinbar. Gegen die Beurteilung des Gesetzgebers, dass die Gewährleistungsermächtigungen mit einem Gesamtvolumen von rund 170 Mrd. Euro für den Bundeshaushalt tragbar seien, sei nichts einzuwenden, weshalb die Haushaltsautonomie des Bundestages nicht aufgehoben sei. Auch seien die beiden Gesetze hinreichend inhaltlich bestimmt und die Bundesregierung habe einen hinreichenden Einfluss auf die konkrete Übernahme möglicher Gewährleistungen. Einem nicht mehr steuerbaren Automatismus einer Haftungsgemeinschaft unterwerfe sich die Bundesrepublik schon deshalb nicht, weil das deutsche Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Maastricht in der Fassung des Vertrages von Lissabon eine solche Entwicklung ebenso wenig zulasse wie die geltenden Rechtsgrundlagen der Währungsunion.

### Eine methodische Frage

Mit seinen äußerst knappen Ausführungen zur Sache und dem recht pauschalen Verweis auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers dürfte es dem BVerfG kaum gelungen sein, in der Öffentlichkeit vorhandene Ängste bezüglich eines möglichen Ausverkaufs der Bundesrepublik zu beschwichtigen. Vielmehr scheint eine zentrale Funktion des Urteils zu sein, das BVerfG als Akteur in Fragen der europäischen Integration zu positionieren. Immerhin wurde im Machtkampf zwischen Bundesregierung und Bundestag das Parlament ein wenig gestärkt – kurz vor Urteilsverkündung hatten sich die Regierungsparteien bereits durch einen entsprechenden Kompromiss<sup>3</sup> angenähert. Der Entscheidungsgehalt des Urteils ist nicht nur quantitativ gering (Sachverhalt, Beschwerdevortrag und Stellungnahmen nehmen breiten Raum ein), sondern auch inhaltlich wenig erhellend und: die Entscheidung der Verfassungsmäßigkeit konnte nur mit fragwürdigen Mitteln erreicht werden.

<sup>3</sup> Vgl. dazu <http://www.dradio.de/dlf/sendungen/themenderwoche/1545746/> (15.09.2011).

Wird § 1 IV des Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetzes (ESMG) aufmerksam gelesen, stellt sich nämlich heraus, dass das geltende Recht mitnichten den geforderten Einfluss des Bundestages auf die konkreten Gewährleistungsübernahmen sicherstellt. Vielmehr verpflichtet § 1 IV ESGM die Bundesregierung lediglich dazu, sich vor der Übernahme von Gewährleistungen *um Einvernehmen* mit dem Haushaltsausschuss des Bundestages zu *bemühen*. Diese Regelung legt das BVerfG nun dahin aus, dass die Bundesregierung verpflichtet sei, die *Zustimmung* des Haushaltsausschusses *einzuholen*.

Bei dieser expliziten Umdeutung durch das BVerfG dürfte es sich um eine sog. verfassungskonforme Auslegung<sup>4</sup> handeln, auch wenn sie im Urteil nicht einmal als solche benannt wird. Wie jede Auslegungsmethode ist auch die sog. verfassungskonforme Auslegung durch den Wortlaut begrenzt.<sup>5</sup> § 1 IV ESGM sieht eine schwache Form der Mitbeteiligung vor, wo – von Verfassungs wegen – klare Entscheidungsbefugnisse gefordert sind. Das BVerfG hat selbst zutreffend festgestellt, dass hierdurch die parlamentarische Haushaltsautonomie in einer das Wahlrecht beeinträchtigenden Weise berührt wird. Also: § 1 IV ESGM ist verfassungswidrig und hätte zumindest für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt werden müssen. Stattdessen hat das BVerfG die fragliche Gesetzesnorm geändert – eine Kompetenz, die unter dem Grundgesetz in seiner derzeit geltenden Fassung nur dem Parlament zusteht.<sup>6</sup> So gesehen, ist das hier besprochene Urteil doch sehr überraschend: Das BVerfG nimmt den Gesetzgeber in die Pflicht, über 170 Mrd. Euro zu entscheiden, möchte ihn aber nicht mit der Aufgabe behelligen, Gesetzgebungsverfahren durchzuführen.

<sup>4</sup> Insgesamt kritisch hierzu *Ulrike Lembke*, Einheit aus Erkenntnis? Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Auslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, 2009.

<sup>5</sup> Vgl. nur BVerfG vom 26.04.1994, BVerfGE 90, 263 (275); BVerfG vom 14.05.1986, BVerfGE 72, 278 (295). Anders *Uwe Seetzen*, Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, NJW 1976, S. 1997 (1999 ff.), wonach die Wortlautgrenze für das BVerfG nicht gilt.

<sup>6</sup> Die repressive Normenkontrolle kann zu Bestand oder Kassation des Gesetzes führen; nimmt das BVerfG dagegen Gesetzesänderungen vor, verletzt es unter anderem das Demokratieprinzip und den Gewaltenteilungsgrundsatz. Vgl. zu dieser Problematik statt vieler *Hans-Joachim Koch/Helmut Rübmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 266 f.; *Wolfgang Löwer*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HdbdStR, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 70, Rn. 126; *Michael Sachs*, in: ders. (Hg.), GG, 3. Aufl. 2003, Einführung, Rn. 56.

Ulrike Lembke\*

## Folgekostenvereinbarungen in städtebaulichen Verträgen

**§ 11 BauGB** Bei der Änderung eines Bebauungsplanes oder der Erteilung von Ausnahmen von einem Bebauungsplan dürfen Kommunen städtebauliche Folgekostenverträge abschließen, in denen sich die Nutznießer/innen der dadurch geschaffenen oder erweiterten Baurechte zur anteiligen Übernahme der Kosten städtebaulicher Maßnahmen verpflichten.

1. Ob die Kosten einer städtebaulichen Maßnahme Voraussetzung oder Folge eines Vorhabens sind, hängt von der planerischen Konzeption der Gemeinde ab. Städtebauliche Maßnahmen sind daher als Voraussetzung oder Folge eines Vorhabens anzusehen, wenn eine Gemeinde nachvollziehbar davon ausgehen darf, dass durch die weitere Überplanung von bisher nicht bebauten Grundstücken Investitionskosten für öffentliche Einrichtungen entstehen, die sie zu tragen hätte, und sie im Hinblick auf diese Kosten abwägungsfehlerfrei von einer derartigen Überplanung absehen dürfte.

2. Wenn eine unteilbare städtebauliche Maßnahme durch mehrere Vorhaben veranlasst ist, ist jedes Vorhaben für die Kosten der Maßnahme kausal.

*BVerwG, Urteil vom 24.03.2011 – 4 C 11/10, DVBl. 2011, 823–827*

### Sachverhalt

Die Kläger/innen beehrten die Erstattung von Zahlungen, die sie auf Grund eines städtebaulichen Vertrages an die beklagte Kommune geleistet hatten.

Die Kläger/innen sind Eigentümer/innen gewerblich genutzter Grundstücke in einem Gewerbegebiet, das nur über eine Staatsstraße an den Ortskern und die Autobahn angeschlossen war. Diese Straße war bald überlastet und es wurde deutlich, dass eine weitere Erschließung notwendig sein würde, wenn die Grundstücke in einem höheren Maße gewerblich genutzt werden sollten. Die beklagte Kommune entschied daher, neues Bau- und Nutzungsrecht nur zu begründen, wenn das Straßennetz im Baugebiet erweitert würde, was sie allein aus eigenen Mitteln nicht finanzieren konnte. Im Folgenden schloss die Kommune mit mehreren Interessent/innen städtebauliche Verträge ab, welche die sog. Neunutzer/innen im Gegenzug für neue Baurechte zur anteiligen Zahlung von Kosten für die weitere Erschließung verpflichteten.

Auch die Kläger/innen schlossen solche Verträge ab, erhielten Ausnahmegenehmigungen für erweiterte gewerbliche Nutzungen und zahlten insgesamt 68.000 Euro. Die beklagte Kommune baute einen neuen Auto-

bahnzubringer und eine Anschlussstelle für das Gewerbegebiet. Dessen ungeachtet machten die Kläger/innen einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch geltend, da die mit ihnen abgeschlossenen städtebaulichen Folgekostenverträge nicht von § 11 I 2 Nr. 3 BauGB gedeckt und daher nichtig seien.

### Entscheidung

Nach § 11 I 2 Nr. 3 BauGB kann Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages auch die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen sein, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind. Der Folgekostenvertrag muss sich aber auf Aufwendungen für solche städtebaulichen Maßnahmen beschränken, die als Folge eines bestimmten Vorhabens (insbesondere Bebauungspläne) ausgelöst werden oder Voraussetzung für seine Verwirklichung sind.<sup>1</sup> Besteht kein hinreichender Kausalzusammenhang zwischen Vorhaben und städtebaulicher Maßnahme, ist der Vertrag über die Kostenübernahme nichtig.<sup>2</sup> Längere Zeit war umstritten, ob ein hinreichender Kausalzusammenhang auch besteht, wenn die städtebauliche Maßnahme unteilbar ist, d. h. sowohl einen durch das Vorhaben der Vertragspartner/innen ausgelösten Bedarf als auch zugleich einen ohne dieses Vorhaben bestehenden Bedarf deckt. Der Autobahnzubringer kam nicht nur den Neunutzer/innen, sondern auch den Altnutzer/innen im Gewerbegebiet zugute, da er die Verkehrssituation insgesamt verbesserte.

Das BVerwG hat entschieden, dass die Frage, ob die Kosten einer städtebaulichen Maßnahme Voraussetzung

\* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

1 Grundsätzlich zu Folgekostenverträgen *Arno Bunzel*, Finanzierung städtebaulicher Folgeinvestitionen als Gegenstand städtebaulicher Verträge, DVBl. 2011, S. 796–802, und *Herbert Grziwotz*, Folgekosten, KommJur 2009, S. 293–299; vgl. auch *Thomas Walter*, Der Erschließungsvertrag im System des Erschließungsrechts, 2010, S. 55 ff.; zum Koppelungsverbot vgl. auch *Nina Stöcker*, Entwicklung des Verwaltungskooperationsvertrages, 2010, S. 190 ff.

2 Zum notwendigen Kausalzusammenhang sowie zur Gefahr des Ausverkaufs von Hoheitsrechten vgl. BVerwG vom 06.07.1973, BVerwGE 42, 331–346, m. w. N. Zur Heilung von im Widerspruch zu § 11 I 2 Nr. 3 BauGB stehenden Folgekostenvereinbarungen gemäß § 315 III 2 BGB analog vgl. BVerwG vom 29.10.2010, NVwZ 2011, 125–126.

oder Folge des Vorhabens sind (Kausalzusammenhang), nicht davon abhängt, ob die städtebauliche Maßnahme dem Vorhaben objektiv zugute kommt, sondern von der planerischen Konzeption der Gemeinde. Damit wurden die Gestaltungsräume der Kommunen erweitert, da sie selbst bestimmen können, ob die Kosten in einem Kausalzusammenhang stehen. Kommt die Maßnahme mehreren Vorhaben zugute, können die Kosten anteilig zugeordnet werden.<sup>3</sup> Damit ist aber nicht der Willkür der Gemeinden Tür und Tor geöffnet.<sup>4</sup> Die Gemeinde darf die Kosten einer städtebaulichen Maßnahme nur dann als kausal ansehen, wenn sie auch abwägungsfehlerfrei hätte entscheiden dürfen, das fragliche Vorhaben auf Grund der damit verbundenen Investitionskosten zu unterlassen.<sup>5</sup> (Dies meint genau den Fall der Erschöpfung der vorhandenen Kapazitäten von Infrastruktureinrichtungen.) Nur wenn die Gemeinde nicht verpflichtet ist, das Vorhaben durchzuführen, kann sie damit verbundene Kosten auf Neunutzer/innen umlegen. Ferner kann die Bestimmung eines hinreichenden Kausalzusammenhangs nur innerhalb eines transparenten und nachvollziehbaren planerischen Gesamtkonzeptes erfolgen, wel-

ches Fragen der Angemessenheit ebenso beachtet wie den Gleichbehandlungsgrundsatz und dessen Maßnahmen in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang verwirklicht werden.

Das Argument der Kläger/innen, dass insbesondere die Altnutzer/innen von der städtebaulichen Maßnahme profitierten, ohne zur Zahlung von Kosten herangezogen zu werden, konnte dagegen nicht durchgreifen. Von den Altnutzer/innen konnte die Kommune keine Kosten erheben, da die Deckung eines Nachholbedarfs für zuvor verwirklichte Planungen nicht zulässig ist.<sup>6</sup> An einem hinreichenden Kausalzusammenhang hätte es nur gefehlt, wenn die Kommune den Autobahnzubringer in Wahrheit nur für die Altnutzer/innen gebaut hätte oder ohnehin rechtlich verpflichtet gewesen wäre, den Zubringer zu bauen (wofür nichts ersichtlich ist). Der zugleich entstehende Vorteil für die Altnutzer/innen hebt den Kausalzusammenhang zwischen dem neue Bau- und Nutzungsrechte gewährenden Vorhaben der Kommune und der städtebaulichen Maßnahme des Zubringerbau nicht auf.

<sup>3</sup> So schon BVerwG vom 29.01.2009, BVerwGE 133, 85–98.

<sup>4</sup> Grundsätzlich zum Kausalzusammenhang als Grenze vgl. *Konrad Gelzer/Christian-Dietrich Bracher/Olaf Reidt*, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, Rn. 999 ff.

<sup>5</sup> Vgl. schon BVerwG vom 29.01.2009, BVerwGE 133, 85–98.

<sup>6</sup> Zu Folgelasten für schon errichtete Infrastruktureinrichtungen vgl. aber differenzierend *Hans-Jörg Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, Rn. 517 ff.

## Dirk Olzen/Rolf Wank: Zivilrechtliche Klausurenlehre

Von Jan Hövermann\* und Malte Kröger\*\*

Bei der Suche nach geeignetem Material für die Examensvorbereitung findet sich eine Fülle an Skripten, Lehr- und Lernbüchern, die sich mit den Einzelbereichen des BGB befassen. Zwar ist eine fundierte Auseinandersetzung mit den Problemen des Allgemeinen Teils des BGB, den einzelnen Vertragsarten oder den gesetzlichen Schuldverhältnissen unabdingbar, eine Darstellung des gesamten zivilrechtlichen Prüfungskanons ermöglicht es jedoch, Zusammenhangswissen zu vermitteln. Erst dadurch ist man in der Lage, eine in sich stimmige und umfassende Falllösung in den Klausuren zu erarbeiten. Unterstützung hierbei sollte die „Zivilrechtliche

Klausurenlehre“ der Professoren Dirk Olzen und Rolf Wank bieten.

Das Lernbuch von Olzen/Wank bietet insgesamt 41 Übungsfälle aus dem Bereich des BGB, denen eine ca. 80-seitige Einführung in die zivilrechtliche Falllösungstechnik vorangestellt ist. Zielgruppe des Buches sind fortgeschrittene Studenten/innen und Examenskandidaten/innen.

Wir benutzten das Werk im vergangenen Jahr für die Examensvorbereitung und erwarteten eine Sammlung aktueller Übungsfälle auf Examensniveau mit methodisch fundierten Lösungen. Dabei erwarteten wir folgendes von einem guten Fallbuch: Die Fälle sollten nicht nur einzelne höchstrichterliche Entscheidungen nachbilden, die so speziell sind, dass der rechtliche Gehalt sich nicht für andere Sachverhalte verallgemeinern lässt. Ein Fall ist geeigneter zum Üben, wenn er rechtliche Problemkreise zum Gegenstand hat, die von einem typischen Sachverhalt her oder aus mehreren Entscheidungen konstruiert sind. Der Bearbeiter muss in der Lage sein, anhand des Gesetzes mit Hilfe seines juristischen Me-

\* Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsche und Nordische Rechtsgeschichte der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

\*\* Stud. iur. an der Universität Hamburg.

Besprechung von *Dirk Olzen; Rolf Wank*, Zivilrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, 6., überarbeitete Auflage – München: Vahlen 2010, XXVI, 678 S., kart., Euro 35,00. ISBN: 978-3-8006-4090-4.

thodenwerkzeugs eine Lösung zu erarbeiten.<sup>1</sup> Die Musterlösung sollte im Gutachtenstil dargestellt werden und vom Umfang sowie der Tiefe dem entsprechen, was von einem Klausurbearbeiter innerhalb der Bearbeitungszeit erwartet werden kann. Insbesondere allzu ausführliche Lösungsskizzen geben dem Studierenden ein falsches Gefühl für ein ausgewogenes Gutachten. Sind mehrere Lösungsansätze vertretbar, sollte auch für diese kurz der Prüfungsverlauf skizziert werden. In einem Anhang oder Vorwort kann der Fallautor alle Vertiefungshinweise und methodischen Anmerkungen unterbringen. Bewertungsmaßstäbe für die Abwägungsentscheidungen des Falles sollten nochmals aufbereitet und verallgemeinert werden. Ebenso hilfreich ist es, wenn Niveau und Erwartungshorizont sowie typische Fehlerquellen mitgeteilt werden.<sup>2</sup>

Die „Einführung in die Technik zivilrechtlicher Fallbearbeitungen“ erläutert die Falllösung in fünf Schritten von der Lektüre des Sachverhalts bis hin zur Ausarbeitung, inklusive einer Sammlung häufig benötigter Aufbauschemata. Dieser Abschnitt ist insgesamt gut gelungen, auch wenn er kein Geheimwissen mitteilt. Aufmerksamen Teilnehmer/innen universitärer Arbeitsgemeinschaften und Examensvorbereitungskurse dürfte das Meiste bekannt vorkommen. Die Einführung eignet sich ob ihrer konzentrierten Darstellung jedoch gut zum raschen Nachschlagen und Wiederholen der zivilrechtlichen Fallbearbeitungstechnik.

Die knapp 500 Seiten umfassenden Übungsfälle mit Lösungen sind in der üblichen BGB-Systematik vom BGB AT bis zum Erbrecht gegliedert. Jedem der sechs Abschnitte ist eine Einleitung vorangestellt. Nach der Intention der Autoren sollen sie „vor allem systematische Zusammenhänge aufzeigen, wollen aber kein Lehrbuch ersetzen“<sup>3</sup>. Der Umfang dieser Vorbemerkungen variiert zwischen drei (Familienrecht) und 38 Seiten (Schuldrecht BT). Genauso schwankt ihr Wert für die Studierenden. So streift die Einführung zum Schuldrecht BT die wichtigsten Vertragstypen, die ungerechtfertigte Bereicherung und das Deliktsrecht. Wer hofft, auf diese Weise noch einmal eine knappe, überblicksartige Zusammenschau der einzelnen Bereiche des BGB zu erhalten, wird enttäuscht sein. So wird die Gesamtschuld in vier Sätzen „erklärt“<sup>4</sup> und § 828 BGB in einem Schema dargestellt, das nicht mehr als die Wiedergabe der Norm ist. Zu häufig und zu ausführlich sind die Darstellungen der Änderungen durch die Schuldrechtsreform von 2001. Es

wäre kein großer Verlust, wenn diese Einleitungen in der bestehenden Form ganz entfielen.

Den Falllösungen selbst sind jeweils eine Einführung in die Schwerpunkte des Falles, eine Darstellung der wesentlichen Rechtsinstitute und Probleme sowie Bemerkungen zur technischen Herangehensweise an die Lösung vorangestellt. Solche Abschnitte sind grundsätzlich sehr sinnvoll. Hier hätten die Autoren die Falllösung jedoch noch stärker in der Systematik verorten können und durch Darstellung verwandter Probleme die Strukturkenntnis der Studenten verbessern können. Während zwar die Tiefe der Vorbemerkungen schwankt, wirken Idee und Umsetzung überwiegend gelungen.

Die Fälle selbst sind von unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad, wobei der größte Teil sich auf Examensniveau bewegt. Insbesondere die Fälle 9 und 10, die ihre Schwerpunkte im besonderen Teil des Schuldrechts haben, hätten aber durch Anspruchsvollere ersetzt werden müssen: hier werden in einer drei bis vier Seiten langen Lösung die Probleme des Rücktrittsrechts und des Verzugs Schadens nur oberflächlich gestreift, was selbst für eine Fortgeschrittenenübung zu wenig ist.

Die Fallauswahl beschränkt sich nicht auf die „Klassiker“ der Ausbildung, sondern weist auch zahlreiche ungewöhnliche Konstellationen auf. Dabei sind die Fälle aus dem Familienrecht in Punkto Qualität die Glanzlichter dieses Werks. Die schuldrechtlichen Fälle sind überwiegend um Probleme herum konstruiert, die aus den ersten Jahren nach der Schuldrechtsmodernisierung stammen. Neuere Probleme aus dem Verbraucherschutzrecht und dem allgemeinen Schuldrecht werden völlig ausgeblendet. Der Erscheinungstermin im Jahr 2010 hätte auch einen Fall zur Zahlungsdienststrichlinie nahegelegt.

In der Ausarbeitung der Lösungsskizzen zeigen sich einige inhaltliche und handwerkliche Fehler. Dass Paragraphen zum Teil nur ungenau zitiert werden und es immer wieder kleine inhaltliche Ungenauigkeiten gibt, kommt leider in vielen publizierten Falllösungen vor. Im Werk von Olzen/Wank finden sich jedoch schwerwiegende Mängel. Da werden ausbildungsrelevante Probleme unterschlagen, obwohl der Sachverhalt zu ihrer Behandlung Anlass gibt<sup>5</sup>, und Ansprüche nicht geprüft, die von der offenen Fallfrage zweifelsohne erfasst sind<sup>6</sup>. Teils verzichten die Autoren auf die eingangs ausführlich dar-

<sup>1</sup> Gegenbeispiel ist die schadensrechtliche Rechtsprechung zu Gebrauchtwagen.

<sup>2</sup> Einen hohen Standard setzt hier das Fallbuch „Die Examensklausur“ von Preis/Prütting/Sachs/Weigend, mittlerweile in der 4. Auflage erschienen.

<sup>3</sup> Aus dem Vorwort zur 1. Auflage.

<sup>4</sup> S. 161.

<sup>5</sup> In Fall 9 fehlt das Problem, ob eine Nachlieferung beim Stückkauf möglich ist, und das Problem, welcher Leistungsort im Fall des Rücktritts gegeben ist. Die Autoren übersehen auch, dass die Anwendung des § 346 III 1 Nr. 3 BGB nach Erklärung des Rücktritts mehrheitlich abgelehnt wird (vgl. nur *Dieter Medicus/Jens Petersen*, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 231a).

<sup>6</sup> In Fall 10 fehlt die Prüfung eines Rücktrittsrechts mit dem Problem, ob eine Zuweniglieferung unter § 323 V 1 oder § 323 V 2 BGB fällt.

gestellte Methodik<sup>7</sup>, teils finden sich sehr diskutabe Behauptungen in den Lösungen.<sup>8</sup>

Die in den Fußnoten zitierte Literatur stammt überwiegend aus den Jahren 2002 bis 2004. Überwiegend verweisen die Autoren auf Kommentarliteratur und den Medicus/Petersen – sicherlich gute Quellen, aber zu einseitig. Weiterführende Literatur aus den letzten fünf Jahren ist selten zu finden.

Schwerer wiegt jedoch die nachlässige Aktualisierung der sechsten Auflage. Es entsteht der Eindruck, die Autoren hätten nur ein neues Vorwort geschrieben. Im Folgenden ein paar Beispiele: Fall 27 aus dem Sachenrecht sollte wohl im Zuge der „Neuaufgabe“ mit neuen Datumsangaben versehen werden. Dieses Vorhaben ist aber ab der Hälfte abgebrochen worden. Ergebnis ist ein nur zur Hälfte aktualisierter Sachverhalt mit völlig konfusen Datumsangaben. Ein rechtshistorischer Exkurs findet sich in Fall 30: Dort wird anstelle des seit der Schuldrechts-

<sup>7</sup> Vgl. wiederum Fall 10.

<sup>8</sup> Vgl. Fall 36, S. 600 unten: Nach Olzen/Wank soll sich der kleine Pflichtteil „an den Quoten der §§ 1931 und 1371“ bemessen. Dieser berechnet sich aber nach dem gesetzlich nicht erhöhten Erbteil, also nur nach § 1931 (vgl. *Dietmar Weidlich*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 2303 Rn. 14). In Fall 13 (S. 295) wird auch die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts mit § 29a ZPO begründet, obwohl dort nur die örtliche Zuständigkeit geregelt ist.

modernisierung einschlägigen § 488 I 2 BGB der § 607 BGB als Anspruchsgrundlage herangezogen.

Dass § 1370 BGB seit dem 1.9.2009 aufgehoben ist und auch § 23b I Nr. 9 GVG nicht mehr existiert, haben die Autoren übersehen; genauso hätte statt auf die Hausrats-VO jetzt auf § 1568b BGB hingewiesen werden müssen (Fall 34). Dabei sollten laut dem Vorwort zur 6. Auflage diese Änderungen im Familienrecht explizit eingearbeitet worden sein.

Auch zum Problem der Verwandtenbürgschaften (S. 243) gibt es aktuelle Rechtsprechung und Literatur, die nicht nachgetragen wurde.<sup>9</sup>

Die „Zivilrechtliche Klausurenlehre“ gründet sich auf die gute Idee, das gesamte zivilrechtliche Examenswissen verbunden mit einer fundierten Falllösungstechnik zu präsentieren. Sie wird aber durch zahlreiche sachliche und handwerkliche Fehler – vor allem die nachlässige Aktualisierung – überschattet. Deswegen ist dem Buch eine sorgfältig durchgesehene und modernisierte siebte Auflage zu wünschen. Die hier besprochene sechste Auflage eignet sich eher dazu, das Mängelgewährleistungsrecht beim Buchkauf zu wiederholen.

<sup>9</sup> Vgl. nur BGH vom 16.06.2009, NJW 2009, 2671–2674.

## Impressum

### HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN 2191-6543

1. Jahrgang – Heft 2 – November 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  
Ulrike Flau  
Daniel Glage  
Julian Kanschik  
Swantje Klintworth  
Sophie Knebel  
Ulrike Lembke  
Olaf Muthorst  
Sina Nienhaus  
Dana-Sophia Valentiner

E-Mail:  
[redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de)

#### Vertrieb, Anzeigen & PR

Inken Matthies  
Inga Kristin Rickert  
Assal Honey Salehi  
Kamil Swietlik  
Christian Trentmann

E-Mail:  
[vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de)  
[anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de)

Verantwortlich für Anzeigen:  
Christian Trentmann.

#### Internet

Inga Kristin Rickert  
Robin Christopher Schoss  
Pavel Usvatov

#### 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

Hoffmann-Druck GmbH, Straße der  
Freundschaft 8, 17438 Wolgast/Mahlzow

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.

## Interview mit Frau Senatorin Jana Schiedek, Präses der Behörde für Justiz und Gleichstellung „Horizont erweitern“

*Nach ihrem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg trat Jana Schiedek 1999 der SPD bei. Zuvor war eine politische Karriere nicht geplant. Heute ist sie mit jungen 37 Jahren Senatorin für Justiz und Gleichstellung in Hamburg. Im Interview spricht Frau Schiedek über ihre Erinnerungen an ihr Studium, ihr politisches Amt und darüber, was eine gute Juristin bzw. einen guten Juristen auszeichnet.*

### Warum fiel Ihre Wahl auf ein Studium der Rechtswissenschaften? War es Ihr Wunschfach oder nur eine Alternative von vielen?

Während meiner Schulzeit wollte ich lange Zeit Journalistin werden und Politik und Geschichte studieren. Kurz vor dem Abitur habe ich mehrere Vorlesungen an der Universität Hamburg besucht und musste feststellen, dass mich die rechtswissenschaftlichen Vorlesungen am meisten gefesselt haben. Außerdem hatte ich das Gefühl, dass mir mit diesem Studium viele verschiedene Wege offen stehen.

### Über den Bildungsstandort Hamburg und dessen Zukunft werden derzeit hitzige Diskussionen geführt. Warum haben Sie sich damals für die Universität der Hansestadt entschieden und würden Sie heute wieder so entscheiden?

Ich würde mich jederzeit wieder für die Universität Hamburg entscheiden. Empfehlungen von Freunden und Probevorlesungen haben mich überzeugt, dass man hier wirklich gut studieren kann – und das hat sich auch bestätigt. Hamburg ist ein internationaler Rechtsstandort, der für eine umfassende rechtswissenschaftliche Ausbildung vielfältige Möglichkeiten bietet. Außerdem ist Hamburg einfach eine großartige Stadt.

### Wenn Sie an Ihre Studienzeit zurück denken: Was ist Ihnen positiv in Erinnerung geblieben und was würden Sie am Studium ändern, wenn Sie es könnten?

Ich habe eigentlich – vielleicht mit Ausnahme der anstrengenden Examenzeit – nur positive Erinnerungen an meine Studienzeit. Aber ich hätte mir seinerzeit im Studium mehr Interaktion gewünscht, weniger frontale Wissensvermittlung.

### Nur wenige Student/innen haben bereits im Grund- und Hauptstudium klare Vorstellungen von ihrer späteren beruflichen Tätigkeit. Wie war es bei Ihnen? War der Weg in die Politik, so wie er eingetreten ist, geplant?

Nein, der Weg einer Berufspolitikerin war nicht geplant. Ich bin erst nach den Klausuren des ersten Staatsex-

mens in die SPD eingetreten. Außerdem war mein beruflicher Weg ja bisher der einer Juristin im höheren Verwaltungsdienst der Stadt Hamburg (die sich nebenberuflich auch noch politisch betätigt hat). Und auch diesen Berufswunsch habe ich erst im Referendariat für mich entdeckt.

### Sie bekleiden bereits in sehr jungen Jahren ein wichtiges politisches Amt. Mit welchen Schwierigkeiten haben Sie zu kämpfen, welche Vorteile sehen Sie darin?

Ich werde zwar in Interviews häufig auf mein Alter angesprochen, aber ansonsten spielt es eigentlich keine Rolle, weder im Senat noch im politischen Alltag. Generell halte ich es aber für einen großen Vorteil, wenn die Mischung im Senat stimmt – Männern und Frauen sowie jung und alt bzw. älter. Immerhin sollen wir ja die gesamte Stadt repräsentieren.

### Was unterscheidet gute Jurist/innen von gewöhnlichen? Welche Eigenschaften zeichnen gute Jurist/innen aus?

Ein guter Jurist bzw. eine gute Juristin braucht vor allem: Judiz, also Urteilskraft, ein gesundes Rechtsempfinden. Das setzt voraus, eine Rechtsfrage immer auch im sozialen und politischen Kontext zu verstehen. Bei vielen rechtlichen Auseinandersetzungen steht ein ganz anderer Konflikt im Hintergrund. Außerdem muss man Wichtiges von Unwichtigem trennen können, offen für andere Standpunkte sein und nicht zuletzt zur Problemlösung über Kreativität verfügen.

### Was würden Sie einer 18-jährigen Abiturientin mit auf den Weg geben, die nächste Woche ihre erste Vorlesung im Rechtshaus-Hörsaal hat?

Stellen Sie sich nicht ständig die Frage, ob das, was Sie gerade tun, „examensrelevant“ ist. Nehmen Sie die vielfältigen Möglichkeiten wahr, über den Tellerrand zu schauen, z. B. durch ein bis zwei Auslandssemester. Das erweitert nicht nur den Horizont, sondern versetzt Sie in die Lage, Rechtsfragen lebensnah zu lösen.

### Wie sehen Ihre Pläne für die Zukunft aus? Wo sehen Sie sich in zehn Jahren?

Zehnjahresplanungen sind in der Politik unmöglich. Aber die nächsten vier Jahre möchte ich eine gute und verlässliche Justizpolitik für Hamburg machen. Und danach kommen bestimmt weitere spannende Herausforderungen...

Die Fragen stellten: Sophie Knebel und Julian Kanschik





# MANCHMAL FÄLLT DIE AUSWAHL SCHWER.

DIE ENTSCHEIDUNG FÜR WHITE & CASE WAR EINFACH.



Dr. Henriette Norda, LL.M., Associate bei White & Case

WHITE & CASE

**„White & Case war für mich die erste Wahl – und eine gute Entscheidung. Denn ich arbeite an spannenden Mandaten mit Kollegen, die aus verschiedenen Teilen der Welt kommen. Wir konnten einen Automobilzulieferer erfolgreich bei der Restrukturierung begleiten und ich habe ihn vor dem Arbeitsgericht mitvertreten. Derzeit gehöre ich zum Investigation-Team bei einem Compliance-Mandat eines großen Unternehmens.“**

White & Case ist eine der führenden internationalen Anwaltssozietäten. Wir beraten unsere Mandanten an 38 Standorten in 26 Ländern weltweit. In Deutschland gehören wir zu den Top-10-Wirtschaftskanzleien – mit einem Führungsanspruch in vielen Rechtsgebieten. Basis unseres Erfolgs ist eine lebendige Kultur, die Leistung und Teamgeist verbindet. Die Förderung unserer Mitarbeiter steht bei uns im Mittelpunkt. Wir bieten vielfältige Möglichkeiten, das Talent und die Karriere unserer Mitarbeiter weiterzuentwickeln.

Entscheiden auch Sie sich jetzt für uns. Weitere Informationen erhalten Sie unter:  
[www.whitecase.com/careers/europe/germany](http://www.whitecase.com/careers/europe/germany)



**Neu im App Store:**  
Die White & Case Karriere-App für unterwegs.

Unsere Standorte in Deutschland: Berlin, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, München

# HANSEATISCH JURISTISCH

HAMBURGER  
RECHTSNOTIZEN

WISSEN, WAS RECHT IST.

Preis: 4,50 € – ISSN 2191-6543