

HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

AUS DEM INHALT

AUFSÄTZE

**Ulrike Lembke/
Dana-Sophia Valentiner**
Magdalene Schoch

Lena Groth
The Israeli-
Palestinian Conflict

Ricarda Essel
Jugendstrafrecht –
noch zeitgemäß?

STUDIUM

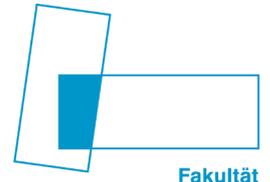
Lea Christmann
Klausur Grundrechte

Sophie Knebel
Examenshausarbeit
Medienrecht

2
2012



Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG



Fakultät
für
Rechtswissenschaft

albrecht m

Albrecht Mendelssohn Bartholdy: Jurist, Friedensforscher, Künstler

endelssohn

Strukturiert promovieren – grundlagenorientiert und interdisziplinär

bartholdy g

Bis zum 31.1.2013 um Studienplatz und Stipendium bewerben!

raduate sch

Albrecht Mendelssohn Bartholdy
Graduate School of Law

ool of law

www.albrecht-mendelssohn-bartholdy.de

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke/Stud. iur. Dana-Sophia Valentiner Magdalene Schoch – die erste habilitierte Juristin in Deutschland	93
Wiss. Mit. Lena Groth, LL.M. (Emory) The Israeli-Palestinian Conflict – Discussing the Two-State Solution	100
Wiss. Mit. Dr. Jörn Reinhardt Die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in Frankreich	107
Ref. iur. Kaspar Henrik Möller/Stud. iur. Christina Simmig „Vertragliche Subventionierung“	112
Stud. iur. Christopher Schack, B.A. Die urheberrechtliche Zulässigkeit der Nutzungsbedingungen von Facebook	119
Stud. iur. Ricarda Essel Die besonderen Grundgedanken im Jugendstrafrecht	125

Klausuren

Stud. iur. Sophia Schulz Klausur Strafrecht III: Vermögensdelikte	131
Stud. iur. Lea Christmann Klausur Grundrechte: Die Bürgschaft	134
Stud. iur. Ulrike Flau Examensklausur im Sozialrecht: SGB VII und Rückforderung von Leistungen nach dem SGB XII	138

Hausarbeiten

Stud. iur. Cornelius Holthöfer Fortgeschrittenenhausarbeit im Zivilrecht: Vorkaufsrecht, Vormerkung und gesetzliche Schuldverhältnisse	144
Stud. iur. Sophie Victoria Knebel Der Fall W.: Auskunftspflichten und Unterlassungsansprüche bei der Vorteilsannahme verdächtigtem Politiker	158

Rechtsprechung

Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst BGH vom 23.11.2011: Eigenbedarf der GbR	169
BGH vom 31.01.2012: Haftung bei polizeilicher Verfolgungsfahrt	170

AUFsätze	Jun.-Prof. Dr. Stefanie Kemme	
	BGH vom 21.12.2011: Totschlag durch Unterlassen: Nichtabwendung einer Gefahr	172
KLAUSUREN	OLG Düsseldorf vom 11.11.2011: Kollision eines Einkaufswagens mit einem parkenden Pkw als „Unfall im Straßenverkehr“	174
	Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke	
HAUSARBEITEN	EGMR vom 19.07.2012: Sterbehilfe und Beschwerdebefugnis	176
	BVerfG vom 03.07.2012: Einsatz der Bundeswehr im Innern	178
RECHTSPRECHUNG	Rezensionen	
	Wiss. Mit. Fuluk Liu/Wiss. Mit. Daniel-Franco Valdinì	
REZENSIONEN	Peter Balzer/Stefan Kröll/Bernd Scholl: Die Schuldrechtsklausur	180
	Wiss. Mit. Florian Vogelsang	
	Tim Drygala/Marco Staake/Stephan Szalai: Kapitalgesellschaftsrecht	181
	Wiss. Mit. Olga Milanin	
	Florian Haase/Matthias Hofacker:	
	Klausurenkurs im Internationalen und Europäischen Steuerrecht	182
	Impressum	184

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

wieder hat ein neues Semester begonnen, wieder liegt eine neue Ausgabe der HAMBURGER RECHTSNOTIZEN vor Ihnen. Es ist inzwischen das vierte Heft unserer Fakultätszeitschrift.

Auch dieses Mal finden Sie eine große Bandbreite rechtswissenschaftlicher Beiträge. Den Anfang macht ein Portrait der ersten deutschen habilitierten Juristin – Magdalene Schoch. Ihre Habilitation an der damaligen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg jährt sich 2012 zum achtzigsten Mal. Beiträge zum Völkerrecht, zum französischen Verfassungsrecht, zum Subventions-, Urheber- und Jugendstrafrecht schließen sich an. Erstmals können wir auch eine Schwerpunktbereichsklausur veröffentlichen. Weitere Klausuren, Hausarbeiten, aktuelle Rechtsprechung und Rezensionen runden das Angebot ab.

Uns bleibt damit nur, Ihnen aufs Neue eine interessante Lektüre zu wünschen.

Ihre

Ulrike Lembke & Olaf Muthorst

Ulrike Lembke/Dana-Sophia Valentiner*

Magdalene Schoch – die erste habilitierte Juristin in Deutschland

Am 21. November diesen Jahres veranstaltet die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg einen Festakt zu Ehren von Magdalene Schoch, der ersten habilitierten Juristin in Deutschland. Ihr Leben und Werk waren lange Zeit in Vergessenheit geraten, obwohl sie gemeinsam mit ihrem akademischen Lehrer Albrecht Mendelssohn Bartholdy mehr als ein Jahrzehnt lang die Hamburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät entscheidend prägte und international bekannt machte. Als ihr Antrag auf Erteilung der Lehrbefugnis (*venia legendi*) am 12. November 1932 einstimmig vom Kollegium angenommen wurde, zeichnete sich bereits eine düstere Zukunft ab. Im Jahr 1937 beendete Magdalene Schoch ihre Tätigkeit an der Hamburger Universität und emigrierte in die Vereinigten Staaten, womit sie auch die Hoffnungen auf eine weitere akademische Karriere aufgeben musste.

I. Der Weg in die Wissenschaft

Es war Magdalene Schoch keineswegs in die Wiege gelegt, die erste habilitierte Juristin in Deutschland zu werden. Bis Anfang des 20. Jahrhunderts blieben die deutschen Hochschulen dem weiblichen Geschlecht verschlossen.¹ Erst 1907 immatrikulierten sich erstmals in Deutschland Frauen für ein Jurastudium, der Frauenanteil blieb (bis Anfang der 1960er Jahre) unter 10 %. Das Studium der Rechte war für Studentinnen besonders unattraktiv, weil sie zunächst nicht zu den juristischen Staatsexamina und zum Vorbereitungsdienst zugelassen waren und bis

1922 auch keine juristischen Berufe ausüben konnten.² Zugleich wurde die Wissenschaft nicht als für Frauen geeigneter Beruf angesehen; das Erlangen der Lehrbefähigung (Habilitation) wurde ihnen erst ab 1920 ermöglicht und sie blieben zunächst eine Ausnahmerecheinung im deutschen Wissenschaftsbetrieb.

1. Abitur und Studium

Magdalene Schoch absolvierte ihre Abiturprüfung mit den Fächern Religion und Chemie 1916 in Würzburg als eine von acht externen Schülerinnen an einem Jungengymnasium vor ihr unbekanntem Lehrern.³ Vorbereitet hatte sie sich an der Sophienschule, die als erste Mädchenschule in Würzburg Gymnasialkurse für Schülerinnen anbot, an der aber das Abitur nicht abgelegt werden konnte. Bayern gestattete 1903 als zweites Land des Deutschen Reiches (nach Baden) den Frauen die Immatrikulation an seinen drei Universitäten.⁴ Nach dem Abitur immatrikulierte Magdalene Schoch sich an der eher progressiven Universität Würzburg – an der im Sommersemester 1909 erstmals eine Frau das Studium der Rechtswissenschaft aufgenommen hatte⁵ – und studierte sieben Semester dort und ein Semester an der Universität München. Neben rechtswissenschaftlichen Veranstaltungen besuchte Magdalene Schoch auch Vorlesungen über deutsche, englische und amerikanische Literatur, über Philosophie und Kunstgeschichte.⁶ Sie engagierte sich in der studentischen Selbstverwaltung und war politisch sehr interessiert.⁷ Als Halbwaise war sie auf Sti-

* Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke ist Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies und Dana-Sophia Valentiner ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg. Die Autorinnen danken Prof. Dr. Rainer Nicolaysen (Arbeitsstelle für Universitätsgeschichte der Universität Hamburg) dafür, dass er ihnen sein reichhaltiges Wissen zur Verfügung gestellt und sie unermüdlich bei ihren Recherchen unterstützt hat. Auch die zentrale Abhandlung über Magdalene Schoch stammt aus seiner Feder: Rainer Nicolaysen, Für Recht und Gerechtigkeit. Über das couragierte Leben der Juristin Magdalene Schoch (1897–1987), Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte 92 (2006), S. 113–143. Weitere umfassende Materialien zu Werk und Leben von Magdalene Schoch befinden sich in der Hamburger Bibliothek für Universitätsgeschichte.

¹ Vgl. hierzu insgesamt die Beiträge in: Elisabeth Dickmann/Eva Schöck-Quinteros (Hg.), Barrieren und Karrieren. Die Anfänge des Frauenstudiums in Deutschland, 2000, mit vielen Nachweisen.

² Letzteres änderte sich erst mit dem „Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen der Rechtspflege“ von 1922, welches zuvor den erbitterten Widerstand der entsprechenden Berufsverbände ausgelöst hatte, vgl. die Zitate bei Ursula Rust, 100 Jahre Frauen in der Rechtswissenschaft, in: Dickmann/Schöck-Quinteros (Hg.), Barrieren und Karrieren. Die Anfänge des Frauenstudiums in Deutschland, 2000, S. 343 (347 ff.).

³ Magdalene Schoch, Eine „Ehemalige“ im Reich der Wissenschaft, Jahrbuch der Sophienschule Würzburg 1932, S. 69 (69 f.).

⁴ Vgl. hierzu Heike Hessenauer, Studentinnen vor 1939, in: Dickmann/Schöck-Quinteros (Hg.), Barrieren und Karrieren, 2000, S. 315 (319).

⁵ Vgl. Ursula Rust, in: Dickmann/Schöck-Quinteros (Hg.), Barrieren und Karrieren, 2000, S. 343 (345).

⁶ Rainer Nicolaysen, Für Recht und Gerechtigkeit. Über das couragierte Leben der Juristin Magdalene Schoch (1897–1987), Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte 92 (2006), S. 113 (118).

⁷ Traute Hoffmann, Der erste deutsche Zonta-Club, 2002, S. 21.

pendien und ihr Einkommen als sog. Werkstudentin angewiesen.⁸ Ihr Studium beschrieb sie 1932 in einem Jahrbuch der Sophienschule rückblickend als „bunt“: „Die Jurisprudenz musste es sich gefallen lassen, nicht nur die Philologie, sondern auch ein intensives Werkstudententum als Nebenbuhler zu haben – was sicher nicht immer von Vorteil für die Examenkenntnisse war, aber für die allgemein-menschliche Ausbildung viel bedeutete.“⁹

2. Promotion

Magdalene Schoch wurde 1920 mit einer Arbeit zum Thema „Die englische Kriegsgesetzgebung gegen feindliche Gesellschaften, insbesondere die Zwangsliquidation durch das Handelsamt nach der Trading with the Enemy Act“¹⁰ an der Universität Würzburg promoviert. Darin beschäftigte sie sich mit den rechtlichen Maßnahmen gegen feindliche Gesellschaften, die ihren Sitz in Österreich oder Deutschland hatten oder deren Organe oder Aktionäre diesen Ländern zuzuordnen waren, in Großbritannien während des Ersten Weltkrieges sowie der Kriegsfolgensetzgebung, nach welcher die Überwachung, Beschränkung und Liquidation feindlicher Gesellschaften für endgültig und bindend erklärt, Zwangsverwalter und Liquidatoren gegen deutsche Ansprüche geschützt und die Enteignung deutschen Eigentums in Großbritannien und seinen Kolonien bei Entschädigungspflicht des deutschen Staates ermöglicht wurde.

Als Doktorin der Rechte kam sie nach Hamburg und wurde hier schnell heimisch: „*The widespread city along the banks of the Alster River, which formed a beautiful lake, the harbor with its coming and going of ships, the beautiful surroundings, the wide horizon, and the nice people: it did not take long before Hamburg became my second home.*“¹¹

II. Internationalisierung in Forschung und Lehre

Der weite Horizont, den Magdalene Schoch an Hamburg so schätzte, äußerte sich wesentlich auch in der akademischen Lehre und Forschung. Dazu trug vor allem das für damalige Verhältnisse ungewöhnliche Ausmaß an Internationalisierung der Universität bei. Die kolonialen Wurzeln wie Auswüchse dieses Phänomens sind gewiss kritisch zu würdigen. Für die Wissenschaftler/innen an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fa-

kultät der 1920er Jahre¹² bedeutete Internationalisierung aber vor allem die Öffnung zur Welt unter dem Primat der Völkerverständigung: das „*intellektuell dynamische, weltoffene Milieu einer um Internationalität und grenzüberschreitende Vernetzung, politisch um Versöhnung zwischen den ehemaligen Kriegsgegnern und um ‚internationale Organisation‘ bemühten, ‚progressiven‘ Rechtswissenschaft neuen Typs*“¹³. Magdalene Schoch hatte an diesen Entwicklungen wesentlichen Anteil.

1. Das Institut für Auswärtige Politik

Neben ihrer Assistentztätigkeit arbeitete Magdalene Schoch an dem von Albrecht Mendelssohn Bartholdy 1923 gegründeten Institut für Auswärtige Politik, einem der weltweit ersten Institute, das sich der Erforschung von Friedensbedingungen widmete.¹⁴ Seine Aufgabe war es zum einen, mittels interdisziplinärer empirischer Erforschung der jüngsten Geschichte und Gegenwart Richtlinien für eine stetige, wirksame und dem Frieden dienende Außenpolitik zu gewinnen und der Allgemeinheit die notwendige Kenntnis außenpolitischer Fragen zu vermitteln. Das Archiv für Friedensverträge, das zunächst im Privathaus des Hamburger Bankiers Paul Warburg untergebracht war, wurde zum Kern der Institutsbibliothek;¹⁵ mit dem Freizeiteinsatz von Magdalene Schoch begann deren Arbeitsfähigkeit.¹⁶ Zum anderen spielte das Institut eine wichtige Rolle für die internationalen Beziehungen Hamburgs und legte den Grundstein für die Herausbildung einer Politikwissenschaft in Deutschland.¹⁷ Für die institutseigene Zeitschrift „Europäische Gespräche“ – die zu einem der führenden Periodika für internationale Fragen in der Zeit

¹² Vgl. hierzu *Hermann Weber*, Von Albrecht Mendelssohn Bartholdy zu Ernst Forsthoff, in: Gantzel (Hg.), *Kolonialrechtswissenschaft, Kriegsursachenforschung, Internationale Angelegenheiten*, 1983, S. 159 (165 ff.).

¹³ *Stefan Oeter*, Magdalene Schoch und die Hamburger Universität – eine (ungewöhnliche) Wissenschaftskarriere der 1920er und 1930er, in: Krause/Nicolaysen (Hg.), *Zum Gedenken an Magdalene Schoch (1897–1987)*, 2006, S. 23 (27).

¹⁴ Die Gründung des Instituts für Auswärtige Politik erfolgte durch Beschluss der Hamburgischen Bürgerschaft am 31. Januar 1923. Seine Arbeit nahm das Institut im März 1923 auf. Ausführlich zur Geschichte des Instituts vgl. die Beiträge in *Klaus Jürgen Gantzel* (Hg.), *Kolonialrechtswissenschaft, Kriegsursachenforschung, Internationale Angelegenheiten. Materialien und Interpretationen zur Geschichte des Instituts für Internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg 1923–1983 im Widerstreit der Interessen*, herausgegeben aus Anlass des 60. Jahrestages der Gründung des Instituts für Auswärtige Politik, 1983.

¹⁵ *Traute Hoffmann*, *Der erste deutsche Zonta-Club*, 2002, S. 22 f.

¹⁶ *Gisela Gantzel-Kress*, Zur Geschichte des Instituts für Auswärtige Politik, in: Gantzel (Hg.), *Kolonialrechtswissenschaft, Kriegsursachenforschung, Internationale Angelegenheiten*, 1983, S. 23 (43).

¹⁷ *Gisela Gantzel-Kress*, Das Institut für Auswärtige Politik im Übergang von der Weimarer Republik zum Nationalsozialismus (1933 bis 1937), in: Krause/Huber/Fischer (Hg.), *Hochschulalltag im „Dritten Reich“*. Die Hamburger Universität 1933–1945, 1991, S. 913 (914). Zur Etablierung einer Politikwissenschaft in Deutschland trug auch die seit 1927 vom Institut zusammen mit der Deutschen Hochschule für Politik in Berlin herausgegebene Schriftenreihe „Politische Wissenschaft“ bei.

⁸ *Heike Hessenauer*, in: Dickmann/Schöck-Quinteros (Hg.), *Barrieren und Karrieren. Die Anfänge des Frauenstudiums in Deutschland*, 2000, S. 315 (323 f.).

⁹ *Magdalene Schoch*, Jahrbuch der Sophienschule Würzburg 1932, S. 69 (70).

¹⁰ Teilveröffentlichung der Arbeit in: *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht des In- und Auslandes* 10 (1920), S. 232–259.

¹¹ *Magdalene Schoch*, A Bit About My Career, Typoskript, S. 2 (Archiv der Hamburger Bibliothek für Universitätsgeschichte).

zwischen den beiden Weltkriegen wurde¹⁸ – verfasste, betreute und übersetzte Magdalene Schoch Aufsätze sowie Rezensionen und führte eine kommentierte Bibliographie, die das gesamte Schrifttum der internationalen Beziehungen in der Weimarer Zeit erfasste. 1932 wurde sie zur Direktorin der Rechtsabteilung des Instituts ernannt.

2. Amerika-Post und Amerika-Bibliothek

Durch die Tätigkeiten von Albrecht Mendelssohn Bartholdy und Magdalene Schoch war die Hamburger Universität die erste in Deutschland, an der US-amerikanisches und englisches Recht regulär unterrichtet wurden.¹⁹ Magdalene Schoch selbst gehörte zu den Gründungsmitgliedern der 1929 ins Leben gerufenen „Gesellschaft der Freunde der Vereinigten Staaten“ und bildete gemeinsam mit Albrecht Mendelssohn Bartholdy, Kurt Sieveking, Erich M. Warburg und Otto Laeisz den ersten geschäftsführenden Vorstand.²⁰ Ferner war sie Herausgeberin der „Hamburg-Amerika-Post“, der zweisprachigen Zeitschrift der Gesellschaft, die laut Selbstverständnis als „a messenger of good will between the United States and Germany“²¹ dienen sollte. Neben Beiträgen zum US-amerikanischen und deutschen Recht von Autor/innen aus beiden Ländern enthielt die „Amerika-Post“ ab 1931 auch einen Überblick über die wichtigsten politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Ereignisse diesseits und jenseits des Atlantik.²² Schließlich wurde die 1930 im Neuen Rechtshaus gegründete Amerika-Bibliothek, deren Leitung Magdalene Schoch übernahm,²³ neben dem Berliner Institut zur bedeutendsten Informationsquelle für amerikanisches Recht in Deutschland, da sie außer den wichtigsten Fachzeitschriften und aktuellen Publikationen insbesondere die Rechtstexte aller 48 amerikanischen Staaten enthielt.²⁴

¹⁸ Traute Hoffmann, Der erste deutsche Zonta-Club, 2002, S. 23.

¹⁹ Vgl. Magdalene Schoch, Preface, in: Albrecht Mendelssohn Bartholdy, Renvoi in modern English law, edited by Geoffrey Chevalier Cheshire, Oxford 1937, S. vi (ix). Vgl. auch Magdalene Schoch, Überblick über das Recht der Vereinigten Staaten in seinen Besonderheiten, Handbuch der Auslandskunde, Bd. 5, 1931, S. 132–152.

²⁰ Vgl. Rainer Nicolaysen, Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte 92 (2006), S. 113 (122).

²¹ Dies war der Untertitel der „Hamburg-Amerika-Post“, die ab 1931 den Namen „Amerika-Post“ trug.

²² Vgl. Magdalene Schoch, Amerika-Bibliothek und Amerika-Post. Bericht für die Jahresmitgliederversammlung am 29. Mai 1931, Typoskript, S. 6 (Archiv der Hamburger Bibliothek für Universitätsgeschichte).

²³ Vgl. Rainer Nicolaysen, Über das couragierte Leben von Magdalene Schoch, in: Krause/Nicolaysen (Hg.), Zum Gedenken an Magdalene Schoch (1897–1987), 2006, S. 43 (50). Die Notwendigkeit einer solchen Bibliothek legte Magdalene Schoch, Amerikanisches Recht vor den englischen Gerichten, Amerika-Post 3 (1931), S. 35–41, anhand einer aus mangelnder Kenntnis des amerikanischen Rechts resultierenden Fehlentscheidung des House of Lords sehr schön dar.

²⁴ Vgl. Magdalene Schoch, Amerika-Bibliothek und Amerika-Post, Typoskript, S. 2.

III. Gesellschaftliches Engagement

Magdalene Schoch war „Republikanerin linksliberaler Couleur, Pazifistin, engagierte Vorkämpferin für den Gedanken der internationalen Verständigung und die Völkerbundsidee“²⁵. Bereits während ihres Studiums hatte sie viele sozialdemokratische und jüdische Freund/innen und Bekannte, so dass auf dem in Würzburg bis 1920 geführten Einwohnermeldebogen anklagend vermerkt war, dass sie „Kommunisten und politische Flüchtlinge“ beherberge und an Demonstrationen teilnehme.²⁶ Magdalene Schoch gehörte zu den Initiatorinnen und zum vorläufigen Vorstand der Hamburger „Frauenfront“ gegen den Nationalsozialismus, auf einer Großveranstaltung warnte sie als eine der Rednerinnen vor der drohenden Diktatur.²⁷

Ihr frauenpolitisches Interesse erwachte sehr früh: „Being the daughter of a mother who was way ahead of her time I became a suffragette at the age of twelve, when I began help her organize an association for women’s franchise in our small very conservative home town.“²⁸ Ab 1931 amtierte Magdalene Schoch als Gründungspräsidentin des ersten deutschen Zonta-Clubs in Hamburg,²⁹ der sich als Mitglied von Zonta International bis heute der Verbesserung der Stellung der Frau im rechtlichen, politischen, wirtschaftlichen und beruflichen Leben widmet.³⁰ Als Präsidentin des Zonta-Clubs Arlington veranlasste sie 1946 eine groß angelegte Verschickung von Care-Paketen nach Hamburg.³¹ Die Intereuropäische Distriktkonferenz der Zonta-Clubs in Hamburg 1963 war schließlich der Grund, dass Magdalene Schoch ihrer akademischen Heimat doch noch einmal einen Besuch abstattete.³²

IV. Forschungsinteressen und Habilitationsschrift

Magdalene Schochs Forschungsinteressen waren breit gestreut und bewegten sich in den Bereichen des Inter-

²⁵ Stefan Oeter, in: Krause/Nicolaysen (Hg.), Zum Gedenken an Magdalene Schoch (1897–1987), 2006, S. 23 (32).

²⁶ Vgl. Rainer Nicolaysen, Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte 92 (2006), S. 113 (119).

²⁷ Vgl. Rainer Nicolaysen, Konsequenz widerstanden – die Juristin Magdalene Schoch, in: ders. (Hg.), Das Hauptgebäude der Universität Hamburg als Gedächtnisort, 2011, S. 171 (178). Über die Hamburger „Frauenfront“ gegen den Nationalsozialismus ist leider fast nichts bekannt.

²⁸ Nachweis bei Rainer Nicolaysen, Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte 92 (2006), S. 113 (116, Fn. 12).

²⁹ Vgl. Traute Hoffmann, Der erste deutsche Zonta-Club, 2002, S. 26; Rainer Nicolaysen, Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte 92 (2006), S. 113 (124).

³⁰ Siehe unter <http://www.zonta-hamburg.de/was-ist-zonta> (22.08.2012).

³¹ Traute Hoffmann, Der erste deutsche Zonta-Club, 2002, S. 26 f.

³² Vgl. Marion Röwekamp, Magdalene Schoch, in: Juristinnen. Lexikon zu Leben und Werk, 2005, S. 368 (371).

nationalen Privatrechts,³³ der Rechtsvergleichung,³⁴ des Zivilprozessrechts, der Schiedsgerichtsbarkeit³⁵ sowie des Völkerrechts³⁶ und der Internationalen Beziehungen. Sie war eine Grenzgängerin und Kosmopolitin, die Rechtsfragen in vergleichende und internationale Kontexte stellen und vielmehr noch die engen intradisziplinären Abschottungen zwischen Zivilrecht und Öffentlichem Recht überwinden konnte. Darin folgte sie ihrem akademischen Lehrer Albrecht Mendelssohn Bartholdy, dessen übergreifende, verknüpfende und kontextualisierende Arbeitsweise sie bewunderte und dessen hohes Interesse für Verfahrensregelungen sie teilte.³⁷

Ihre Habilitationsschrift verfasste Magdalene Schoch zum Thema „Klagbarkeit, Prozeßanspruch und Beweis im Licht des internationalen Rechts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Qualifikation“,³⁸ wobei sie Probleme des internationalen Prozessrechts mit grundlegenden Fragen des Internationalen Privatrechts verband, profunde Quellenkenntnis nachwies sowie umfassend rechtsvergleichend (Frankreich, England und Schottland, Deutschland, Vereinigte Staaten, Italien und Skandinavien) argumentierte. In seiner Rezension betonte Albrecht Mendelssohn Bartholdy die Aktualität und außerordentliche Bedeutung des Themas.³⁹ Am 12. November 1932 hielt sie eine Probevorlesung über die „Reform des englischen Zivilprozesses“ mit anschließendem Kolloquium und wurde durch einstimmiges Votum der Fakultät Privatdozentin für Internationales Privat- und Prozessrecht, Rechtsvergleichung und Zivilprozessrecht.⁴⁰

33 Bspw. *Magdalene Schoch*, Verjährung und Kronprivileg im IPR, Blätter für internationales Privatrecht 1931, S. 307–313; *dies.*, Neuere englische Rechtsprechung zur Rückverweisung, Blätter für internationales Privatrecht 1931, S. 313–318; *dies.*, Conflict of Laws and Private International Law, in: Proceedings of the Thirty-Third Annual Meeting of the American Society of International Law, 1939, S. 81–90: Am Vorabend des Zweiten Weltkriegs plädiert sie für die Schaffung verbindlicher Regeln zum internationalen Privatrechtsverkehr, zeigt aber auch die Schwierigkeiten auf dem Weg dorthin auf.

34 Wobei sie davor warnte, deren Herausforderungen zu unterschätzen, vgl. *Magdalene Schoch*, Book Review (Nussbaum), The American Journal of Comparative Law 1952, S. 295 (296).

35 Bspw. *Magdalene Schoch*, German experiences in international post-war arbitration, Hamburg-Amerika-Post 1 (1929), S. 319–327.

36 Insbesondere: Die Entscheidungen des Internationalen Schiedsgerichts zur Auslegung des Dawes-Plans, 4 Bände, 1927–1929, übersetzt, kommentiert und herausgegeben von Magdalene Schoch. Vgl. ferner *Magdalene Schoch*, Zum Abrüstungs-Fragebogen der Völkerbundkommission, Europäische Gespräche 1926, S. 121–128.

37 Vgl. *Magdalene Schoch*, in: Mendelssohn Bartholdy, Renvoi in modern English law, Oxford 1937, S. vi–x. Zur engen Zusammenarbeit beider vgl. auch *Fritz Morstein Marx*, Albrecht Mendelssohn Bartholdy, in: Rechtswissenschaftliche Fakultät (Hg.), Lebensbilder Hamburgischer Rechtslehrer, 1969, S. 53 (53).

38 Veröffentlicht 1934 bei Tauchnitz/Leipzig und ihrem akademischen Lehrer Albrecht Mendelssohn Bartholdy gewidmet.

39 *Albrecht Mendelssohn Bartholdy*, Review, The Law Quarterly Review 1935, S. 553–556.

40 *Rainer Nicolaysen*, Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte 92 (2006), S. 113 (123).

Auch aus heutiger Sicht sind Habilitationsschrift und wissenschaftliches Gesamtwerk beeindruckend: „Es handelt sich um eine hervorragend gearbeitete, material- wie gedankenreiche Arbeit zu einer Grundproblematik des Kollisionsrechts, die Magdalene Schoch wissenschaftlich auf der Höhe der Diskussion zeigt und zugleich erahnen lässt, welches wissenschaftliche Potential in ihr steckte. [...] Wäre ihre Publikationstätigkeit so fortgesetzt worden, wie sie in den frühen 1930er Jahren begonnen hatte, wäre Frau Schoch wohl bald zu einer der Größen ihres Faches geworden.“⁴¹

V. Die nationalsozialistische „Machtübernahme“

Das mit den Kolleg/innen geteilte Forschungsprogramm wie die persönliche Wissenschaftskarriere Magdalene Schochs sollten aber an der nationalsozialistischen „Machtübernahme“ scheitern. Zwar gehörte kaum ein Mitglied des Hamburger Lehrkörpers bis 1933 der NSDAP an, doch bewirkte schon das Rektorat von Albert Wigand 1931/32 einen erheblichen Rechtsruck.⁴² Weitaus gefährlicher war der NS-Studentenbund, der 1931 als stärkste Kraft aus den Wahlen zum AStA hervorgegangen war und fortan wesentlichen Einfluss auf die Geschicke der Universität nahm.⁴³ Der außerordentliche Professor für Kolonial- und Überseegegeschichte Adolf Rein betrieb zunächst als Hochschulreferent und ab 1934 als Rektor die Gleichschaltung der Universität Hamburg zur nationalsozialistischen „Hansischen Universität“.⁴⁴ Auch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät war wesentlich betroffen: Neun juristische Kollegen wurden entlassen oder pensioniert, emigrierten oder nahmen sich das Leben.⁴⁵ Unter ihnen war auch Albrecht Mendelssohn Bartholdy, der auf Grundlage des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ im Herbst 1933 zwangsemeritiert wurde und 1934 nach England auswanderte, wo er bald darauf starb.⁴⁶

1. Zerstörungen

Der Verlust ihres akademischen Lehrers traf Magdalene Schoch schwer, die zuvor schon selbst mit natio-

41 *Stefan Oeter*, in: Krause/Nicolaysen (Hg.), Zum Gedenken an Magdalene Schoch (1897–1987), 2006, S. 23 (33 f.).

42 Überblick zur Universität Hamburg im Nationalsozialismus: *Rainer Nicolaysen*, Geistige Elite im Dienste des „Führers“, in: Forschungsstelle für Zeitgeschichte in Hamburg (Hg.), Hamburg im „Dritten Reich“, 2005, S. 336–356.

43 Zum Sommersemester 1933 setzte der Bund ein faktisches Vorlesungsverbot für sechs Professoren durch, vgl. *Rainer Nicolaysen*, in: Forschungsstelle für Zeitgeschichte (Hg.), Hamburg im „Dritten Reich“, 2005, S. 336 (339 f.).

44 Zu Adolf Reins Konzept und Tätigkeit ausführlich *Arnt Goede*, Adolf Rein und die „Idee der politischen Universität“, 2008, S. 52 ff.

45 *Norman Paech/Ulrich Krampe*, Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät – Abteilung Rechtswissenschaft, in: Krause/Huber/Fischer (Hg.), Hochschulalltag im „Dritten Reich“. Die Hamburger Universität 1933–1945, 1991, S. 867 (869 f.).

46 *Stefan Oeter*, in: Krause/Nicolaysen (Hg.), Zum Gedenken an Magdalene Schoch (1897–1987), 2006, S. 23 (34).

nalsozialistischem Gedankengut konfrontiert worden war: Die 1933 geäußerte Aufforderung eines Vertreters der „Vereinigung Carl Schurz“, die seit 1930 gemeinsam mit der „Gesellschaft der Freunde der Vereinigten Staaten“ die „Amerika-Post“ herausgab, die Namen der jüdischen Mitarbeiter/innen an der Zeitschrift nicht mehr zu nennen, erwiderte Magdalene Schoch damit, dass die Vereinigung selbst vom Deckblatt der Zeitschrift gestrichen wurde.⁴⁷ Auf die Anfrage des Präsidenten der neu geschaffenen Akademie für Deutsches Recht, unter ausdrücklicher Vermeidung jeder Zitierung jüdischer Autor/innen an einer Schriftenreihe mitzuwirken, fragte sie kühl zurück, wie die geplanten Themen dann überhaupt behandelt werden sollten; womit dieser Kontakt unverzüglich beendet war.⁴⁸ Solche Selbstbehauptungen hatten aber keine Zukunft: Innerhalb weniger Monate war die Arbeit eines Jahrzehnts zerstört.

Das „von liberal-demokratischem Denken inspirierte“⁴⁹ Institut für Auswärtige Politik geriet als „von demokratisch-pazifistischen Interessen“ durchzogen und „schädlich“⁵⁰ in das Visier des Außenpolitischen Amtes der NSDAP und wurde 1934 unter die kommissarische Leitung von Adolf Rein gestellt; 1937 verschmolz es unter Verlegung nach Berlin mit dem „Deutschen Institut für Außenpolitische Forschung“ und wurde zu einem Propagandainstrument der NS-Politik.⁵¹ Magdalene Schoch hatte ihre Tätigkeit für das Institut schon 1933 beendet. Die „Europäischen Gespräche“ erschienen nicht mehr. Die „Gesellschaft der Freunde der Vereinigten Staaten“ wurde aufgelöst. Die „Amerika-Post“ wurde eingestellt. Der Zonta-Club Hamburg musste sich aus dem Vereinsregister streichen lassen und seine Mitglieder konnten sich nur noch heimlich treffen.⁵²

2. Verweigerung und Emigration

Im Herbst 1934 erhielt Magdalene Schoch ein Stipendium der Rockefeller Stiftung für einen einjährigen Forschungsaufenthalt in den Vereinigten Staaten, den sie vor allem für den Besuch der bedeutendsten juristischen Fakultäten nutzte.⁵³ Nach ihrer Rückkehr bemühte sie sich, nur noch in Fächern ohne politische Bezüge zu unterrichten.⁵⁴ Im November 1936 reiste Magdalene Schoch trotz der Warnung des Rektors Adolf Rein, dass dies Konsequenzen haben werde, als einzige der ehemaligen Kolleg/innen zur Beerdigung von Albrecht Mendelssohn Bartholdy nach Oxford.⁵⁵

Eines Tages erhielten alle Mitarbeiter/innen der Universität ein Schreiben, welches den Eintritt in die NSDAP nahe legte. Magdalene Schoch beschreibt die Situation rückblickend so: „*But one day we received a notice from headquarters ‚permitting‘ every teacher and employee to apply for membership in the Party. The professor who was my superior at that time called me into his office in great agitation. [...] My god, what shall I do? What are you doing, Dr. Schoch? ‚Me, I said, ‚I’ve thrown the notice in my waste basket.‘ ‚But what about our future? I cannot live if I’m not permitted to teach!‘ ‚Well, Professor, that’s your problem.‘ So he signed on the dotted line. I, of course, did not [...].*“⁵⁶

Im Sommer 1937 kündigte Magdalene Schoch und bat um Entlassung aus ihrer Dozentur.⁵⁷ Sie emigrierte im Oktober 1937 ohne finanzielle Rücklagen und ohne konkrete berufliche Perspektive in die Vereinigten Staaten.⁵⁸ Als sie sich schließlich 1958 entschied, beim Amt für Wiedergutmachung Ansprüche anzumelden, weil sie durch ihre Fürsorge gegenüber Freund/innen und Familie die eigene Altersvorsorge vernachlässigt hatte, wurde die Frage der „Freiwilligkeit“ ihrer Emigration zum wesentlichen Streitpunkt, der schließlich zur Ablehnung des Antrages führte.⁵⁹

47 Vgl. Rainer Nicolaysen, Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte, 92 (2006), S. 113 (125).

48 Vgl. Rainer Nicolaysen, in: ders. (Hg.), Das Hauptgebäude der Universität Hamburg als Gedächtnisort, 2011, S. 171 (178).

49 Gisela Gantzel-Kress, in: Krause/Huber/Fischer (Hg.), Hochschulalltag im „Dritten Reich“, 1991, S. 913 (914).

50 Schreiben der „Verbindungsstelle der Abteilung III des Außenpolitischen Amtes der NSDAP, Hamburgisches Wirtschaftsarchiv“ vom 28.07.1933, zitiert nach Carl H. Paußmeyer, Die Grundlagen nationalsozialistischer Völkerrechtstheorie als ideologischer Rahmen für die Geschichte des Instituts für Auswärtige Politik 1933–1945, in: Gantzel (Hg.), Kolonialrechtswissenschaft, Kriegsursachenforschung, Internationale Angelegenheiten, 1983, S. 115 (144).

51 Gisela Gantzel-Kress, in: Gantzel (Hg.), Kolonialrechtswissenschaft, Kriegsursachenforschung, Internationale Angelegenheiten, 1983, S. 23 (65). Die Materialien des Instituts wurden 1945/1946 über Umwege nach Hamburg zurückgeführt, wobei ein Teil der Bibliothek zerstört wurde bzw. verloren ging, vgl. Hellmuth Hecker, Die Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht, in: Gantzel (Hg.), Kolonialrechtswissenschaft, Kriegsursachenforschung, Internationale Angelegenheiten, 1983, S. 185 (275 f.). Das Erbe des Instituts ging Anfang der 1970er Jahre im Institut für Internationale Angelegenheiten auf, vgl. Stefan Oeter, in: Krause/Nicolaysen (Hg.), Zum Gedenken an Magdalene Schoch (1897–1987), 2006, S. 23 (28).

52 Vgl. Rainer Nicolaysen, ders. (Hg.), Das Hauptgebäude der Universität Hamburg als Gedächtnisort, 2011, S. 171 (179).

53 Rainer Nicolaysen, Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte, 92 (2006), S. 113 (127). Den Forschungsaufenthalt bezeichnete Magdalene Schoch im Rückblick als „interesting and fruitful“: Magdalene Schoch, A Bit About My Career, Typoskript, S. 2.

54 Marion Röwekamp, Magdalene Schoch, in: Juristinnen. Lexikon zu Leben und Werk, 2005, S. 368 (370).

55 Rainer Nicolaysen, Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte, 92 (2006), S. 113 (128).

56 Magdalene Schoch, A Bit About My Career, Typoskript, S. 3.

57 Rainer Nicolaysen, in: ders. (Hg.), Das Hauptgebäude der Universität Hamburg als Gedächtnisort, 2011, S. 171 (180).

58 Rainer Nicolaysen, Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte, 92 (2006), S. 113 (131).

59 Die entscheidende Rolle kam hierbei der Aussage von Leo Raape zu, wonach Magdalene Schoch gänzlich freiwillig in die USA gegangen sei. Leo Raape war derjenige Professor, der nach Erhalt des entsprechenden Schreibens unverzüglich der NSDAP beigetreten war, während Magdalene Schoch sich weigerte (siehe oben und Nachweis in Fn. 56). Elisabeth Boedeker/Maria Meyer-Plath, 50 Jahre Habilitation von Frauen in Deutschland, 1974, S. 369, führen Magdalene Schoch in einer Liste von Dozentinnen auf, die aus politischen Gründen oder wegen rassistischer Diskriminierung zwischen 1932 und 1945 emigrierten.

VI. Die Vereinigten Staaten als neue Heimat

Trotz ihrer Kontakte in den Vereinigten Staaten war es für Magdalene Schoch zu Beginn schwer, beruflich wieder Fuß zu fassen: Eine erhebliche Zahl hoch qualifizierter Emigrant/innen drängte auf den amerikanischen Arbeitsmarkt. Im September 1938 erhielt Magdalene Schoch eine schlecht bezahlte Anstellung als Forschungsassistentin an der Harvard Law School, mit der sie ihre zweite juristische Karriere startete.⁶⁰ Im August 1943 wurde sie amerikanische Staatsbürgerin.⁶¹ Fortan arbeitete sie in Washington als Experte für Deutsches Recht im Office of Economic Welfare und später in der Foreign Economic Administration, einer unabhängigen Regierungsbehörde, die für die Koordinierung von Außenwirtschaftsbeziehungen zuständig war.⁶² Im August 1946 nahm Magdalene Schoch schließlich ihre Tätigkeit als Sachverständige für Internationales und Ausländisches Recht im US-Justizministerium auf, wo sie bis zur Abteilungsleiterin aufstieg.⁶³

Seit ihrer Emigration unterstützte sie ihre Familie in Deutschland materiell, trotz ihrer angespannten finanziellen Situation auch in den Phasen der Arbeitslosigkeit, die ihre Tätigkeiten mehrfach unterbrachen. Bis zum Tod ihrer Mutter finanzierte sie deren Versorgung. Dem Neffen ermöglichte sie 1950 die Auswanderung in die Vereinigten Staaten, die Schwester und deren drei weitere Kinder holte sie 1951 nach.⁶⁴ Eine Rückkehr nach Hamburg zog Magdalene Schoch nicht in Erwägung: „*After the collapse of Germany I received a letter from Hamburg offering me a teaching position in the revived University. I replied I would never set foot into that institution ...*“⁶⁵

VII. Vergessen und Wiederentdeckung

Die Hamburger Fakultät für Rechtswissenschaft hat sich nie mit der ersten habilitierten Juristin in Deutschland geschmückt, sie hat sie vielmehr ganz nachhaltig vergessen. In der kleinen Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Fakultät und der Universität wird Magdalene Schoch

nur als Assistentin von Albrecht Mendelssohn Bartholdy kurz erwähnt.⁶⁶ Im Vorwort wird sie nicht unter denjenigen genannt, welche die Fakultät zur Zeit des Nationalsozialismus verlassen mussten.⁶⁷ In der Liste der Habilitationen der Fakultät ist sie nicht aufgeführt, auch nicht in deren Ergänzung,⁶⁸ womit ihr Name der einzige ist, der fehlt.⁶⁹

Den ersten Artikel über Magdalene Schoch schrieb die Bremer Juristin Konstanze Plett 1998 für eine überarbeitete Auflage des vom Deutschen Juristinnenbund veröffentlichten Bandes zu „Juristinnen in Deutschland“.⁷⁰ An der Hamburger Universität fand Magdalene Schoch erstmals wieder im Rahmen der Aufarbeitung der nationalsozialistischen Vergangenheit⁷¹ Erwähnung. Als Assistentin von Albrecht Mendelssohn Bartholdy wurde sie in dem umfassenden Forschungsprojekt zur Hamburger Universität im „Dritten Reich“ wahrgenommen.⁷² Ein Brief von ihr wurde in der dazu gehörigen Ausstellung „Enge Zeit. Spuren Vertriebener und Verfolgter der Hamburger Universität“ veröffentlicht.⁷³ Im Jahr 2006 wurde schließlich im Rahmen eines Programms zur Erinnerung an herausragende, im „Dritten Reich“ vertriebene Wissenschaftler/innen der Universität⁷⁴ auf Vorschlag von Eckart Krause⁷⁵ ein Hörsaal des Hauptgebäudes nach Magdalene Schoch benannt. Dieser Vorgang involvierte auch die Fakultät für Rechtswissenschaft und mo-

66 Fritz Morstein Marx, in: Rechtswissenschaftliche Fakultät (Hg.), Lebensbilder Hamburgischer Rechtslehrer, 1969, S. 53 (53).

67 Vgl. Rudolf Sieverts, Fünfzig Jahre rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Hamburg, in: Rechtswissenschaftliche Fakultät (Hg.), Lebensbilder Hamburgischer Rechtslehrer, 1969, S. 7 (9).

68 Vgl. Rechtswissenschaftliche Fakultät (Hg.), Lebensbilder Hamburgischer Rechtslehrer, 1969, S. 105 f., 107.

69 Die zunächst ebenfalls vergessenen Kollegen Max Grünhut und Hans Großmann-Doerth, vgl. Konstanze Plett, in: Karstedt (Hg.), Legal Institutions and Collective Memories, 2009, S. 355 (361 Fn. 13), sind in der Ergänzung aufgeführt.

70 Konstanze Plett, Magdalene Schoch (1897 – ?), in: Deutscher Juristinnenbund e.V. (Hg.), Juristinnen in Deutschland, 3. Aufl. 1998, S. 195–196. Über den weiteren Werdegang von Magdalene Schoch in den Vereinigten Staaten war damals kaum etwas bekannt.

71 Vgl. dazu Eckart Krause, Auch der unbequemen Wahrheit verpflichtet, in: Reichel (Hg.), Das Gedächtnis der Stadt, 1997, S. 187–217; Peter Reichel/Harald Schmid, Von der Katastrophe zum Stolperstein, 2005, S. 42 ff.

72 Vgl. Norman Paech/Ulrich Krampe, in: Krause/Huber/Fischer (Hg.), Hochschulalltag im „Dritten Reich“, 1991, S. 867 (870); Gisela Gantzel-Kress, in: ebd., S. 913 (922), die immerhin in einer Fußnote noch nähere Auskünfte zu Magdalene Schoch gibt (936, Fn. 51).

73 Vgl. Angela Bottin, Enge Zeit. Spuren Vertriebener und Verfolgter. Ausstellungskatalog, 1991, S. 54; etwas irritierend ist, dass hier ausgerechnet ihre diplomatische Korrespondenz mit dem neuen Leiter der Amerika-Bibliothek von 1952 ausgewählt wurde, in der sie die Vorzüge ihres „freiwilligen Exils“ betont und einmal mehr hinter der Person Albrecht Mendelssohn Bartholdys zurücktritt. In der Liste der Emigrant/innen wird sie aufgeführt als Privatdozentin, Direktorin der Rechtsabteilung des IfAP und Leiterin der Amerika-Bibliothek, siehe Angela Bottin, ebd., S. 114.

74 Dazu Rainer Nicolaysen, Einleitung, in: ders. (Hg.), Das Hauptgebäude der Universität Hamburg als Gedächtnisort, 2011, S. 9 (10 ff.).

75 Zur Begründung: Eckart Krause, Dokumentation, in: ders./Nicolaysen (Hg.), Zum Gedenken an Magdalene Schoch (1897–1987). Hamburger Universitätsreden, 2006, S. 81 (84 ff.).

60 Konstanze Plett, The Loss of Early Women Lawyers from Collective Memory in Germany: A Memoir of Magdalene Schoch, in: Karstedt (Hg.), Legal Institutions and Collective Memories, 2009, S. 355 (365).

61 Konstanze Plett, in: Karstedt (Hg.), Legal Institutions and Collective Memories, 2009, S. 355 (366).

62 Rainer Nicolaysen, Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte, 92 (2006), S. 113 (131).

63 Rainer Nicolaysen, in: ders. (Hg.), Das Hauptgebäude der Universität Hamburg als Gedächtnisort, 2011, S. 171 (184); Konstanze Plett, in: Karstedt (Hg.), Legal Institutions and Collective Memories, 2009, S. 355 (366).

64 Marion Röwekamp, Magdalene Schoch, in: Juristinnen. Lexikon zu Leben und Werk, 2005, S. 368 (371).

65 Magdalene Schoch, A Bit About My Career, Typoskript, S. 4. Es kann nur darüber spekuliert werden, ob diese Weigerung wesentlich dazu beitrug, dass Magdalene Schoch dem Vergessen anheim fiel, vgl. Konstanze Plett, in: Karstedt (Hg.), Legal Institutions and Collective Memories, 2009, S. 355 (367).

tierte sie zu Nachforschungen über Leben und Werk ihrer vergessenen Privatdozentin.⁷⁶

Für dieses lange Vergessen können vielfältige Umstände verantwortlich gemacht werden, von denen zwei beispielhaft genannt seien, die hier allerdings nur thesenhaft angerissen, keinesfalls aber abschließend gewürdigt werden können.

1. Ein dunkles Kapitel der Fakultätsgeschichte

Einer der wesentlichen Gründe ist sicherlich, dass Leben und Wirken Magdalene Schochs in Hamburg *auch* untrennbar mit der Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät im Nationalsozialismus verbunden sind. Diese Geschichte aufzuarbeiten, hat sich die Fakultät lange Zeit sehr schwer getan,⁷⁷ wofür (wie vielerorts) sicher auch personelle Kontinuitäten nach 1945 verantwortlich zeichneten. Als die Universität Hamburg zum 50. Jahrestag der nationalsozialistischen „Macht ergreifung“ beschloss, sich auch mit diesem Kapitel ihrer Geschichte in grundlegender und alle Fachbereiche einbeziehender Weise auseinander zu setzen, fielen die Rechtswissenschaft und die Wirtschaftswissenschaft durch ihre nahezu absolute Verweigerungshaltung auf.⁷⁸ Mühsam wurden schließlich zwei Autoren von außerhalb der Fakultät für Rechtswissenschaft gewonnen, die trotz der durch die Aktenpolitik der Fakultät erschwerten Quellenlage ein erstes Bild zeichnen konnten, wobei sie auch Magdalene Schoch und deren Emigration erwähnten.⁷⁹

2. Die Abschottung der Rechtswissenschaft

Darüber hinaus erwies sich die Rechtswissenschaft als ein für Frauen besonders unzugängliches akademisches Tätigkeitsfeld. Die erste deutsche Juraprofessorin *Gertrud Schubart-Fikentscher* habilitierte sich erst 1946 an der Juristischen Fakultät Leipzig und erhielt zwei Jahre später einen Ruf als ordentliche Professorin für Bürgerliches Recht und Deutsche Rechtsgeschichte an die Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.⁸⁰ In der

gesamten Bundesrepublik gab es noch im Jahr 1970 nur zwei Juraprofessorinnen⁸¹ – und die Hamburger Fakultät für Rechtswissenschaft hätte beinahe die Halbierung dieser Zahl verursacht: Als Anne-Eva Brauneck 1959 ihre Studie zum Thema „Die Entwicklung jugendlicher Straftäter“⁸² vorlegte, verweigerte die Fakultät die Einleitung des Habilitationsverfahrens mit der Begründung, eine kriminologische Arbeit könne nicht für die Lehrbefugnis im Strafrecht qualifizieren und die Kriminologie allein sei kein Fach; nur begeisterte externe Gutachten konnten das Verfahren schließlich retten.⁸³ Mit der Berufung auf einen Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Gießen wurde Anne-Eva Brauneck im Jahr 1965 die erste Juraprofessorin der Bundesrepublik. Dass mit ihrer Habilitation ein weiteres Mal Wissenschaftsgeschichte in Hamburg geschrieben wurde, ist im Bewusstsein der Fakultät jedenfalls nicht sichtbar verankert.

Anne-Eva Brauneck wertete die Vorgänge in Hamburg als den *doppelten* Versuch der Abschottung eines Faches: bezüglich einer bisher unterrepräsentierten Personengruppe, an deren Teilhabe man noch nicht gewöhnt war, aber auch bezüglich eines wissenschaftlichen Zugriffs, der jenseits strenger Dogmatik liegt.⁸⁴ Letzteres ist insofern interessant, als der Streit um den Wissenschaftscharakter und die Konturierung der Rechtswissenschaft als akademische Disziplin ungebrochen andauert⁸⁵ und als aus heutiger Sicht das wissenschaftliche Wirken von Magdalene Schoch gerade angesichts seiner intradisziplinären Brückenschläge vom Zivilrecht zum Öffentlichen Recht wie auf Grund seiner interdisziplinären Ein-

⁷⁶ Vgl. nur *Stefan Oeter*, in: Krause/Nicolaysen (Hg.), *Zum Gedenken an Magdalene Schoch (1897–1987)*, 2006, S. 23–41. Die Dokumentation des Festaktes enthält ferner die Grußworte und Reden von *Jürgen Lüthje*, *Rainer Nicolaysen* und *Lennie Cujé* sowie zwei Selbstzeugnisse von *Magdalene Schoch* und wesentliche Informationen zu Leben, Werk und Erinnerungskultur.

⁷⁷ Vgl. kritisch *Hermann Weber*, in: Gantzel (Hg.), *Kolonialrechtswissenschaft, Kriegsursachenforschung, Internationale Angelegenheiten*, 1983, S. 159–181.

⁷⁸ Zum Projekt und den Schwierigkeiten: *Eckart Krause*, Einleitung, in: Krause/Huber/Fischer (Hg.), *Hochschulalltag im „Dritten Reich“. Die Hamburger Universität 1933–1945*, 1991, S. xxi (xxvi ff.).

⁷⁹ *Norman Paech/Ulrich Krampe*, in: Krause/Huber/Fischer (Hg.), *Hochschulalltag im „Dritten Reich“*, 1991, S. 867–901 (870). Um die Veröffentlichung des Beitrages zu verhindern, wurden von einem Emeritus der Fakultät sogar juristische Schritte angedroht, vgl. *Eckart Krause*, in: ebd., 1991, S. xxi (xli).

⁸⁰ Vgl. *Marion Röwekamp*, *Gertrud Schubart-Fikentscher*, in: *Juristinnen. Lexikon zu Leben und Werk*, 2005, S. 373 (375).

⁸¹ Vgl. *Konstanze Plett*, in: Karstedt (Hg.), *Legal Institutions and Collective Memories*, 2009, S. 355 (356 f.). Der Anteil der Juraprofessorinnen liegt heute bei 16%. Der Frauenanteil unter den Jurastudierenden stieg nur sehr langsam an (1965: 12%, 1975: 25%, 1985: 39%, 1995: 43%), seit 2004 studieren mehr Frauen als Männer Rechtswissenschaft in Deutschland (2010: 54%).

⁸² Veröffentlicht 1961 in der Schriftenreihe der Fakultät „Hamburger Rechtsstudien“, finanziert durch einen Druckkostenzuschuss der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

⁸³ Vgl. *Marion Röwekamp*, *Anne-Eva Brauneck*, in: *Juristinnen. Lexikon zu Leben und Werk*, 2005, S. 61 (63). Interessanterweise war ihr Habilitationsbetreuer *Rudolf Sieverts*, der einzige Kollege aus der Hamburger Fakultät, der sich gegenüber Albrecht Mendelssohn Bartholdy klar ablehnend zu den Ereignissen nach der „Machtübernahme“ äußerte (Brief von 1933), siehe *Hermann Weber*, in: Gantzel (Hg.), *Kolonialrechtswissenschaft, Kriegsursachenforschung, Internationale Angelegenheiten*, 1983, S. 159 (176 f.).

⁸⁴ „Ich denke mir, daß auch das Fach Kriminologie mit meinem weiblichen Geschlecht in Verbindung gebracht wurde, wie es mir später öfter geschah. Als eine Tatsachenwissenschaft, die Menschen erst einmal betrachtet, wie sie sind, und neben anderem ihren Motiven nachzugehen sucht, scheint die Kriminologie weiblicher, weicher, aufweicherer als die normative Rechtswissenschaft, und der Sorge der Juristen, das Strafrecht könne durch die Kriminologie aufgeweicht werden, entspricht wohl leicht eine geheime Sorge, eine juristische Fakultät verlöre durch das Hinzukommen einer Frau an Würde und Strenge.“, zitiert nach *Marion Röwekamp*, *Anne-Eva Brauneck*, in: *Juristinnen*, 2005, S. 61 (63).

⁸⁵ Vgl. statt vieler die Beiträge in *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius* (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008.

setzung in eine sich entwickelnde Politikwissenschaft als innovativ und herausfordernd zu bewerten ist.

VIII. Was bleibt?

Insgesamt wäre es sicher einfach, Magdalene Schoch auf ihr konsequentes Verhalten nach der nationalsozialistischen „Machtübernahme“ zu reduzieren oder auf das Potential, welches durch ihre Emigration verloren ging, die verlorene Möglichkeit, die erste Juraprofessorin in Deutschland zu sein. Diese Sichtweise wird ihrer bemerkenswerten Persönlichkeit und ihrem erfüllten Leben aber kaum gerecht: Als Pionierin ihrer Disziplin bestritt sie zielstrebig die Etappen der wissenschaftlichen Karriere über das mühsam als Externe errungene Abitur, ihr vielfältiges und interdisziplinär gestaltetes Studium und die Promotion bis zur ersten und mehr als ein Jahrzehnt lang einzigen Habilitation einer Juristin in Deutschland. Als Wissenschaftlerin schlug sie einen weiten intra- und interdisziplinären Bogen in ihren Veröffentlichungen,

trug unter dem Primat der Völkerverständigung zur Internationalisierung von Forschung und Lehre an der Hamburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät bei und war wesentlich am Aufbau des ersten politikwissenschaftlichen Instituts in Deutschland beteiligt. Als gesellschaftlich engagierte Bürgerin zeichnete sie sich durch ihren frauenpolitischen Einsatz und ihre loyale und unbeirrte Haltung nach der nationalsozialistischen „Machtübernahme“ aus. Als Praktikerin machte sie nach ihrer Emigration in den Vereinigten Staaten Karriere im US-Justizministerium. Als Freundin und Familienmitglied war sie besorgt und zugewandt und unterstützte andere, wo immer sie dies konnte. Das couragierte⁸⁶ Leben von Magdalene Schoch war in so vielfältiger Hinsicht wegweisend, dass uns diese besondere Frau auch heute noch als Vorbild dienen kann.

⁸⁶ So bezeichnet von *Rainer Nicolaysen*, Für Recht und Gerechtigkeit. Über das couragierte Leben der Juristin Magdalene Schoch (1897–1987), Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte 92 (2006), S. 113–143.

Lena Groth*

The Israeli-Palestinian Conflict – Discussing the Two-State Solution

Long-lasting and yet to be solved, the Israeli-Palestinian conflict has already produced an enormous history of violence and international negotiations. At least since World War Two, the confrontation of the two peoples in the territory of the former British Palestine Mandate has been powered by religion, ideology, hate and practical issues alike. The long sequence of failed negotiations causes some authors to think about dropping the whole peace negotiation process.¹ However, only a negotiation process can lead to a solution which both sides accept and to sustainable peace. Establishing a sovereign Palestinian state next to Israel is a frequently debated suggestion, which lately came to increased international attention when Palestine applied for full membership in the UN on September 23, 2011. What could be the details of a two-state solution?

* LL.M. (Emory). Research Assistant to *Prof. Dr. Marion Albers*, University of Hamburg. The text is a shortened version of a seminar paper written during the LL.M. program at Emory Law School (USA) in spring 2011 under the kind supervision of *Prof. Paul J. Zwier* and *Prof. Tom Crick*.

¹ *David F. Pustilnik*, How the Development of the Palestinian State can be Effectively Initiated: Implementing a Plan for a Two-State Solution while Fostering Palestinian Growth and Maintaining a Viable Peace, 9 *Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L.*, 2009, p. 1 (9).

Most of the various issues involved in the conflict will not be addressed in this paper, such as questions concerning the future of Palestinian refugees or the vital water dispute. Instead, this legal analysis will concentrate on border lines, Israeli settlements, and Jerusalem (II), introduced by a short overview of the history and background (I). This paper aims to point out to certain legal implications of a possible two-state solution – in an attempt to leave the manifold political dimensions of the Israeli-Palestinian conflict aside and in awareness of the need for additional approaches reaching beyond any legal analysis.

I. History and Background

Instead of reaching back to the origins of the Abrahamic religions, where the earliest sources of dispute over the territory of present-day Israel and Palestine might be found, the Balfour Declaration of 1917 could be regarded as a starting point, as an early arguably binding British document in the recent conflict, promising “the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people [...] being clearly understood that nothing shall be done which may prejudice the civil and religious rights

of existing non-Jewish communities in Palestine².² But due to its ambiguity and due to conflicting documents showing vague British support for the independence of an Arab federation³, neither Israel nor Palestine can conclude any strong claim. Attention will now be drawn to the UN Partition Plan, the Arab-Israeli War, the Six Day War, and the Intifadas.

1. 1947 UN Partition Plan

Following the Holocaust, during which approximately six million Jews were killed,⁴ the freshly founded UN framed plans to establish a Jewish state in Palestine, resulting in the 1947 UN Partition Plan adopted by the General Assembly.⁵ Whereas it provided for a Jewish state, this state was supposed to cover only 57% of the Palestinian territory.⁶ The remaining parts were supposed to constitute an independent Arab state, leaving much more territory to the Palestinians than they inhabit today,⁷ with a larger Gaza area and a larger West Bank than known today plus an area in the northern Palestinian territory.⁸

Thus, the UN Partition Plan clearly proposed a two-state solution, granting almost equal amounts of territory to both the Jewish and the Arab state, and granting Jerusalem to none of the two states, but establishing an international zone (*corpus separatum*) instead. However, as a General Assembly resolution the Plan only had the legal nature of a recommendation, and therefore no binding effect.⁹ Whereas the Plan was accepted by the Jewish community, the Palestinians were the ones who rejected the Plan¹⁰ – nowadays, Arab claims for a two-state solution along the proposed borders of the Plan seem rather one-sided and such enormous territorial concessions of Israel seem unrealistic.

2. 1948 Arab-Israeli War

Despite the non-binding nature of the UN Partition Plan, the UK would have had the actual power to implement it, but the UK rather hastened to leave the territory even before the end of the mandate, and the UN itself did not have any means to implement the Plan.¹¹ Thus, when Is-

rael declared its independence on May 14, 1948,¹² the invasion of five neighboring Arab states promptly followed on the next day, marking the beginning of the Arab-Israeli War.¹³ Ultimately, the War caused between 500,000 and 1 million¹⁴ Palestinians to become refugees leaving the territories controlled by Israel, which is called *Al-Naqba* (Catastrophe) in Arabic nations.¹⁵

Israel prevailed,¹⁶ and the 1949 Armistice Agreements with Jordan, Syria, Egypt and Lebanon granted Israel 73% of the territory, rather than merely 57% as proposed by the UN Partition Plan.¹⁷ The Armistice Demarcation Lines became known as the Green Line.¹⁸ They were created not with the intent to proclaim final frontiers, but to allow alterations as far as agreed upon by mutual consent.¹⁹ The Green Line²⁰ will later be discussed as one option for a future border.

3. 1967 Six Day War

The crucial result of the 1967 Six Day War was Israel's control over the territories of the Gaza Strip, the Golan Heights, the West Bank including the whole city of Jerusalem, and the Sinai Peninsula (the latter was subsequently returned to Egypt).²¹ Since then, Israel has kept control of the territories with Palestinian population, until it unilaterally withdrew its forces from the Gaza Strip in 2005, resulting in the Gaza War 2008/09.²²

4. Intifadas

Two Palestinian movements of increased violence were directed against the Israeli control: the First and Second Intifada. Compared to the First Intifada (1987–1993), the Second Intifada (since 2000, officially ended in 2005) was the more violent phase of riots, similar to an armed conflict and including frequent terrorist attacks.²³

Among the Nations, 1998, p. 137 (142–143).

¹² Declared by *David Ben-Gurion*, who later became the first Prime Minister of Israel.

¹³ *Yoram Dinstein*, in: Kellermann/Siehr/Einhorn (Eds.), *Israel Among the Nations*, 1998, p. 137 (143).

¹⁴ *Mitchell Bard*, *The Refugees*, Jewish Virtual Library, <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/myths/mf14.html#2> (May 22, 2012).

¹⁵ *David F. Pustilnik*, *Development of the Palestinian State*, 9 *Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L.*, 2009, p. 1 (3).

¹⁶ *Yoram Dinstein*, in: Kellermann/Siehr/Einhorn (Eds.), *Israel Among the Nations*, 1998, p. 137 (142).

¹⁷ *Geoffrey R. Watson*, *Oslo Accords*, 2000, p. 26.

¹⁸ Due to the green pencil used during the negotiations, *Eli E. Hertz*, *A Secure Israel – Security: A Condition for Peace*, in: *Myths and Facts*, http://www.mythsandfacts.com/Conflict/1/A_secure_israel.htm (May 22, 2012).

¹⁹ *Yoram Dinstein*, in: Kellermann/Siehr/Einhorn (Eds.), *Israel Among the Nations*, 1998, p. 137 (144).

²⁰ The route of the Green Line as well as the territories gained by Israel during the 1967 Six Day War can be derived from the map in: *Geoffrey R. Watson*, *Oslo Accords*, 2000, p. 28.

²¹ *Geoffrey R. Watson*, *Oslo Accords*, 2000, pp. 27–30.

²² For a legal evaluation, see *Justus Reid Weiner/Avi Bell*, *The Gaza War of 2009: Applying International Humanitarian Law to Israel and Hamas*, 11 *San Diego Int'l L. J.*, 2009, pp. 5–42.

²³ See Captain *Gal Aseal* (Israel Defense Forces), *The Law in the Service of Terror Victims: Can the Palestinian Authority be sued in Israeli*

² See *Jonathan Schneer*, *The Balfour Declaration: the origins of the Arab-Israeli conflict*, 2010, p. 341.

³ During the Hussein-McMahon Correspondence in 1915, see *Jonathan Schneer*, *Balfour Declaration*, 2010, pp. 64 et seqq.

⁴ *Alvin H. Rosenfeld*, *The end of the Holocaust*, 2011, p. 51.

⁵ UN GA Res 181 (II) *Future Government of Palestine*.

⁶ *Geoffrey R. Watson*, *The Oslo Accords*, *International Law and the Israeli-Palestinian Peace Agreements*, 2000, p. 20.

⁷ *David F. Pustilnik*, *Development of the Palestinian State*, 9 *Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L.*, 2009, p. 1 (47).

⁸ The borders of the proposed states pursuant to the UN Partition Plan can be derived from the map in: *Geoffrey R. Watson*, *Oslo Accords*, 2000, p. 21.

⁹ *Yoram Dinstein*, *The International Legal Dimensions of the Arab-Israeli Conflict*, in: Kellermann/Siehr/Einhorn (Eds.), *Israel Among the Nations*, 1998, p. 137 (142).

¹⁰ *David F. Pustilnik*, *Development of the Palestinian State*, 9 *Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L.*, 2009, p. 1 (47).

¹¹ *Yoram Dinstein*, in: Kellermann/Siehr/Einhorn (Eds.), *Israel*

II. Towards a Two-State Solution

Initiated with the Camp David Accords (1978) the negotiation process showed a first success during the Oslo Peace Process (beginning in 1993), when Israel and the Palestinians agreed to “recognize their mutual legitimate and political rights”²⁴ and when the Palestinian Authority was established by the Palestine Liberation Organization (PLO) to execute some political powers over the Gaza Strip and the West Bank.²⁵ However, agreeing in general on a two-state solution and acknowledging each other’s right to exist is merely the starting point. Among the most disputed issues are border lines, the future of Israeli settlements and solutions for Jerusalem.

1. Borders

Of which parts of Mandate Palestine could the future Palestinian territory be composed? With regard to the population structure and the dispute history, the obvious answer seems to be: West Bank and Gaza Strip. However, the answer is not that simple, especially regarding the Gaza Strip, in which Hamas is in power, the opposition to the Fatah faction predominantly ruling in the West Bank.²⁶ In the US, Hamas is listed as a terrorist organization, prohibiting direct negotiation talks,²⁷ and Israeli as well as Fatah leaders might prefer not to negotiate with Hamas. While from an Israeli perspective, a Palestinian state could encompass only to the West Bank, excluding the Gaza Strip,²⁸ the Palestinians will not give up the Gaza Strip with its 1.4 million Palestinians as they are mostly supported by the 2.3 million Palestinians of the West Bank (besides various other reasons such as the importance of having access to the Mediterranean Sea); further, Hamas could become an important partner in returning to calm and in rebuilding the Palestinian economy.²⁹ Thus, despite their geographical separation, negotiations will not result in decoupling the two parts.³⁰ While the Gaza Strip borders could remain as present after Israel has unilaterally withdrawn from the Gaza Strip and evacuated all its settlements,³¹ determining the bor-

der between Israel and the West Bank territory of the future Palestinian state is complicated:

a) UN Partition Plan

One solution could be to refer to the 1947 UN Partition Plan, as those borders were once agreed upon by the UN, granting them some legitimacy. Still, as mentioned above, the Plan was a General Assembly resolution and hence lacks any legally binding effect.³² Politically, this solution seems very remote, because the Plan grants considerably larger territories to the Palestinians, with a West Bank border reaching into current Israeli territory – even the PLO does not call for those borders.³³

b) Green Line

Instead, the PLO calls for the Green Line, as established in the 1949 Armistice Agreements, to become the line of the border.³⁴ In support of that position, the Palestinians invoke UN Security Council Resolution 242 passed in 1967, directly after the Six Day War.³⁵ Bearing in mind that Israel expanded its territory in the course of the Six Day War, although it entered into the war relying on its right to self-defense (Art. 51 UN Charter), Resolution 242 emphasized the “inadmissibility of the acquisition of territory by war” and ordered the “withdrawal of Israeli armed forces from territories occupied in the recent conflict”. The conclusion, that Israel is obliged under international law to withdraw from all West Bank territories beyond the Green Line is further supported by UN Security Council Resolution 338, passed in 1973 after the Yom Kippur War.³⁶ It calls on the parties to “start immediately after the cease-fire the implementation of Security Council Resolution 242 (1967) in all of its parts”. Despite differing Israeli and Palestinian interpretations of Resolution 242,³⁷ both parties later accepted Resolu-

L., 2010, p. 501.

³² Jack L. Goldsmith/Eric A. Posner, *A Theory of Customary International Law*, 66 U. Chi. L. Rev., 1999, p. 1113 (1117). The authors criticize the frequent citation of and reliance on non-binding General Assembly Resolutions in scholarly work.

³³ PLO Negotiations Affairs Department, *Borders, Position*, as of May 22, 2012, <http://www.nad-plo.org/etemplate.php?id=10&more=1#4>.

³⁴ PLO Negotiations Affairs Department, *Borders, Position*, as of May 22, 2012, <http://www.nad-plo.org/etemplate.php?id=10&more=1#4>.

³⁵ UN SC Res 242 (S/RES/242), November 22, 1967.

³⁶ UN SC Res 338 (S/RES/338), October 22, 1973.

³⁷ Because Resolution 242 obliges Israel to withdraw “from territories occupied in the recent conflict”, without referring to “the” territories or “all” territories, Israelis interpreted Resolution 242 to merely call for withdrawal from some of the territories, and to require such a withdrawal not immediately, but rather as a part of a comprehensive peace agreement; Victor Kattan, *The Legality of the West Bank Wall: Israel’s High Court of Justice v. the International Court of Justice*, 40 Vand. J. Transnat’l L., 2007, p. 1425 (1461) in fn. 190. The Palestinians and most of the international community understand Resolution 242 to oblige Israel to withdraw immediately from all occupied territories; Sara Roy, *Failing Peace – Gaza and the Palestinian-Israeli Conflict*, 2007, p. 237.

Civilian Courts for Damages Caused by its Involvement in Terror Acts During the Second Intifada?, *Army Lawyer*, July 2008, p. 1 (2).

²⁴ Oslo Accords, *Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements*, September 13, 1993, Preamble.

²⁵ David F. Pustilnik, *Development of the Palestinian State*, 9 *Chi-Kent J. Int’l & Comp. L.*, 2009, p. 1 (4).

²⁶ Avraham Sela, *Non-State Peace Spoilers and the Middle East Peace Efforts*, 2005, pp. 17–18.

²⁷ US Department of State, *Current List of Designated Foreign Terrorist Organizations*, November 24, 2010.

²⁸ Andrew Winnick, *The Prospects for a Two-State Solution Between the Israelis and the Palestinians Given the Current Situation in Gaza*, in: Salinas/Abu Rabi, *Resolving the Israeli-Palestinian Conflict – Perspectives on the Peace Process*, 2009, p. 43 (51).

²⁹ Avraham Sela, *Non-State Peace Spoilers*, 2005, p. 70.

³⁰ Andrew Winnick, in: Salinas/Abu Rabi (Eds.), *Perspectives on the Peace Process*, 2009, p. 43 (51).

³¹ Solon Solomon, *The Great Oxymoron: Jus in Bello Violations as Legitimate Non-Forcible Measures of Self-Defense: The Post-Disengagement Israeli Measures Towards Gaza as a Case Study*, 9 *Chinese J. Int’l*

tions 242 and 338 as the basis for future negotiations.³⁸ Thus, the Green Line seems to be the appropriate border under international law.

However, political and practical matters are hindering the implementation of a two-state solution providing for the Green Line as the line of the border: Since 1967, numerous Jewish settlements have been erected within the West Bank, which are often placed in the vicinity of the Green Line, but also frequently in the middle of the West Bank or even close to the Jordan river.³⁹ More than 300,000 Jewish settlers live in the West Bank⁴⁰ and the Israeli government is unwilling to remove (all) those settlers and to demolish the settlements.⁴¹

c) West Bank Barrier

The Green Line as the result of the negotiation process became even more unlikely when Israel built the West Bank Barrier (beginning in 2002) to hinder further attacks. Israel did not adhere to the Green Line but chose a route which on 80% of its length reaches into Palestinian areas, encompassing a total of 10% of the West Bank territory.⁴²

d) Possible Solution

Nonetheless, it has to be recalled that under international law, the Green Line would probably be the (most) legitimate border between Israel and a new Palestinian state. Hence, whenever Israel prevails during the negotiations, for example by using its powerful position to determine the West Bank Barrier as the new border, the Palestinians will have a strong position to press for concessions on other issues in return. One suggestion meeting several needs of the parties includes the Palestinian consent to a border east of the Green Line, and provides for Israeli land concessions elsewhere. Such land to be conceded might be a peripheral area of the Negev desert. If the area is located directly next to the Gaza Strip, this would offer an enormous relief for its high population density. Such transferred territory could be situated parallel to the coast, directly bordering the Gaza Strip and thus “doubling” today’s Gaza Strip. In this way, all transferred territory would consist of peripheral areas of the Negev, though such a solution would be subject to scientific verifications concerning minimum fertility and usability with regard to agriculture. However, this suggestion might fail due to the inner-Palestinian con-

flikt between Hamas and Fatah, because Fatah might not accept permanently losing parts of the West Bank to Israel, whereas its opponent Hamas takes the profit of the bargain.⁴³ Although the conflicting Palestinian parties signed a reconciliation agreement in 2011,⁴⁴ recent developments of the conflict hinder its implementation.⁴⁵ In any case, a solution for the border issue can only be developed in connection with the other issues in dispute.

2. Israeli Settlements

Closely related to the border issue is the future of the numerous Israeli settlements in the West Bank. In order to understand the proposed options, one needs to address questions concerning the legality of the Israeli settlements under international law.

a) Israeli Settlements and International Law

Art. 49 (6) of the Fourth Geneva Convention⁴⁶ stipulates that an “occupying power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies.” Although Israel contests the applicability of the Fourth Geneva Convention, the ICJ decided (in an advisory opinion) that Israel is bound by this Convention.⁴⁷ Another question is whether the West Bank territories (as well as the Gaza Strip and East Jerusalem) are “occupied” within the meaning of the provision. The Israeli Ministry of Foreign Affairs expresses its position that the West Bank and the Gaza Strip are “disputed” territories rather than “occupied” territories.⁴⁸ Meanwhile, international law, as defined in Art. 42 of the Hague Regulations, states that a territory “is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army”. No requirement exists for the occupier to declare any intent to occupy the territory or to have any specified motives for being present within the territory in question. Hence, under international law, Israel “occupies” the Palestinian territories,⁴⁹ so that the Israeli settlements were erected, and are currently being erected, in violation of international law, especially as the ICJ concluded that the term “transfer” in Art. 49 (6) of the Fourth Geneva Convention includes “measures” by the occupying pow-

³⁸ See for this land exchange suggestion: *Andrew Winnick*, in: Salinas/Abu Rabi, *Perspectives on the Peace Process*, 2009, p. 43 (55).

³⁹ As shown in: http://en.wikipedia.org/wiki/File:West_Bank_%26_Gaza_Map_2007_%28Settlements%29.png#file (May 22, 2012).

⁴⁰ *Chaim Levinson*, IDF: More than 300,000 Settlers live in West Bank, in: *Haaretz*, July 27, 2009.

⁴¹ *Carolynne Wheeler*, Israel Fails to Demolish West Bank Buildings, in: *The Telegraph*, December 5, 2007.

⁴² *Elin B. Hilwig*, The Barrier in the Occupied Palestinian Territory – Protection of Private Property under International Humanitarian and Human Rights Law, 2005, pp. 6–7.

⁴³ *Al Jazeera*, Fatah and Hamas sign reconciliation deal, April 27, 2011.

⁴⁴ *Al Arabiya News*, In Gaza, power cuts and rumors hamper reconciliation, April 1, 2012.

⁴⁵ *Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Geneva, August 12, 1949.

⁴⁶ *International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, July 9, 2004, para. 1 and 90–101 presenting elaborate arguments.

⁴⁷ *Israeli Ministry of Foreign Affairs, Disputed Territories – Forgotten Facts About the West Bank and Gaza Strip*, February 1, 2003, http://www.mfa.gov.il/MFA/MFA_Archive/2000_2009/2003/2/DISPUTED%20TERRITORIES-%20Forgotten%20Facts%20About%20the%20We.

⁴⁸ *Elin B. Hilwig*, *The Barrier*, 2005, p. 22.

er “to organize or encourage transfers of parts of its own population into the occupied territory”.⁵⁰

The illegality of the Israeli settlements was confirmed by UN Security Council Resolution 446 (1979) which called on Israel to refrain from building settlements in the “occupied” territories as establishing such settlements has “no legal validity.”⁵¹ Consequently, the draft resolution submitted to the Security Council on January 18, 2011, reaffirming “that the Israeli settlements established in the Palestinian territory occupied since 1967, including East Jerusalem, are illegal and constitute a major obstacle to the achievement of a just, lasting and comprehensive peace”⁵², would not have changed the situation legally. Politically, however, a reaffirmation of the UN Security Council’s position more than three decades after Resolution 446 during which Israel continued to establish new settlements, could have influenced the negotiation process. The draft resolution was vetoed by the United States.⁵³

b) Potential Solutions for the Israeli Settlements

The illegality of the Israeli settlements will influence the negotiations concerning a two-state solution, strengthening the Palestinian position and probably requiring Israel to give in on certain issues. In the following, several proposals for handling the Israeli settlements while implementing a two-state solution will be discussed.

aa) Eviction of Israeli Settlers

Firstly, all settlers residing in Israeli settlements could be forcibly evicted, moving more than 300,000 settlers out of the West Bank into Israeli territory, just as Israel did regarding the Gaza Strip, even demolishing the settlements after the eviction. This would be in accordance with Palestinian demands as well as with the view of the Security Council, calling on Israel to “dismantle the existing settlements”⁵⁴. Because Art. 17 (2) of the Universal Declaration of Human Rights protects the individual from being “arbitrarily deprived of his property,” such a removal of settlers could probably only occur in connection with monetary compensation to be paid by Israel to the settlers.⁵⁵ Further, the removal of Israeli settlers might interfere with their right to self-determination

granted by Art. 1 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights (to peoples, not to individuals). However, as the removal would only occur as part of a two-state solution with the consent of the Israelis, the removal would be rooted in the right of self-determination, rather than interfering with it.⁵⁶ In any case, Israeli consent to a total removal of all the Israeli settlements is highly unlikely.⁵⁷ From an Israeli perspective the settlements near the Green Line could even be regarded as a buffer against future aggressions from the Palestinian side.⁵⁸

bb) Israeli Sovereignty or Extraterritorial Jurisdiction

The other extreme solution would be to grant Israel complete sovereignty over the Israeli settlements within the Palestinian territory. In this case the territory of the newly created Palestinian state would be frequently disconnected by the numerous Israeli settlements, leaving Palestinian sovereignty only for separated areas and streets between them. Although there is no requirement under international law for a state to be composed of a contiguous territory, such a solution would not be desirable.⁵⁹

Another solution, close to the one just described, is to grant Israel extraterritorial jurisdiction over the Israeli settlements, which would be permissible under international law. (Although Art. 2 (1) UN Charter stipulates the principle of “sovereign equality” of all its members, this does not require “judicial equality” of all its members.⁶⁰) However, due to practical problems and due to critical aspects of identification of Palestinians with the state to be created, this solution also seems unrealistic, at least in the long term. It could nonetheless frame an option for a first phase of implementing a two-state solution.

cc) Palestinian Sovereignty

Finally, the new Palestinian state could be granted sovereignty over the Israeli settlements. Despite the refusal expressed by the respective settlers, this solution is not unthinkable for Israelis in general.⁶¹ As part of a final peace agreement, it would not violate international law concerning self-determination, but rather be an expression of such self-determination of the Israeli people, even though this would require an exchange of populated territory.⁶² In order to protect the residents of the Israeli settlements from atrocities perpetrated via the territory of

50 International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, July 9, 2004, para. 120; *David F. Pustilnik*, *Development of the Palestinian State*, 9 *Chi.-Kent J. Int’l & Comp. L.*, 2009, p. 1 (39); however, advisory opinions of the ICJ are not binding.

51 UN SC Res 446 (S/RES/446), March 22, 1979.

52 This wording of the draft was cited by *DPA*, *ADL Petitions US to Veto Draft Resolution Calling Settlements Illegal*, in: *Haaretz*, January 29, 2011.

53 See Reuters, *U.S. Vetoes U.N. Draft condemning Israeli settlements*, February 18, 2011.

54 UN SC Res 465 (S/RES/465), March 1, 1980.

55 See for this paragraph: *Geoffrey R. Watson*, *Oslo Accords*, 2000, pp. 293–295.

56 Compare: *Yoram Rabin/Roy Peled*, *Transfer of Sovereignty over Populated Territories from Israel to a Palestinian State: The International Law Perspective*, 17 *Minn. J. Int’l L.*, 2008, p. 59 (95).

57 *Geoffrey R. Watson*, *Oslo Accords*, 2000, p. 293.

58 *David F. Pustilnik*, *Development of the Palestinian State*, 9 *Chi.-Kent J. Int’l & Comp. L.*, 2009, p. 1 (38).

59 *Geoffrey R. Watson*, *Oslo Accords*, 2000, pp. 295–296.

60 *Geoffrey R. Watson*, *Oslo Accords*, 2000, p. 292.

61 *Geoffrey R. Watson*, *Oslo Accords*, 2000, p. 296.

62 *Yoram Rabin/Roy Peled*, *Transfer of Sovereignty*, 17 *Minn. J. Int’l L.*, 2008, p. 59 (95–96).

the new Palestinian state there could be a time table with interim phases of decreasing Israeli control.

3. Jerusalem

Finding a solution for Jerusalem is one of the most complicated challenges of the peace negotiations. In Jerusalem there are several holy places of Judaism, Christianity and Islam rendering the discussions highly emotional. The Green Line divides the city into West and East Jerusalem, with the religiously and historically most relevant Old City being part of East Jerusalem. While only a few Arabs live in the Jewish West Jerusalem, considerable numbers of Jews live in the Arabic East Jerusalem, since Israeli settlements were continuously established in that part of the occupied Palestinian territory.⁶³

The two extreme positions of granting complete sovereignty over the whole city of Jerusalem to either Israel or to the new Palestinian state will not be acceptable to the respective other side. A third solution concerning the whole city would be to declare Jerusalem an international zone (*corpus separatum*), as suggested in the 1947 UN Partition Plan (see above). However, Israel has a strong claim to West Jerusalem, because UN Security Council Resolution 242 only called on Israel to withdraw from occupied territories, which includes East Jerusalem, but which can be read as implicitly acknowledging Israeli sovereignty over West Jerusalem.⁶⁴ It has become the PLO's position to claim only East Jerusalem seriously, proposing joint solutions for West Jerusalem.⁶⁵ Thus, possible solutions for Jerusalem would grant West Jerusalem to Israel and probably include a form of shared sovereignty over East Jerusalem.⁶⁶

a) Shared Sovereignty

Since solutions involving extraterritorial rights might not be able to meet the interests of the parties sufficiently (see above), possibilities of shared sovereignty should be considered. Nothing in international law prohibits states from exercising shared sovereignty over territories – such an option was chosen several times before in history: For example Austria and Prussia decided to govern Schleswig-Holstein as a condominium in 1864.⁶⁷ *Watson* describes options for a “condominium” solution⁶⁸ as follows:

⁶³ As demonstrated by the map of Jerusalem in: *Geoffrey R. Watson*, Oslo Accords, 2000, p. 50.

⁶⁴ *Geoffrey R. Watson*, Oslo Accords, 2000, p. 268.

⁶⁵ PLO Negotiations Affairs Department, Jerusalem, Position, as of May 22, 2012, <http://www.nad-plo.org/etemplate.php?id=59&more=1#4>.

⁶⁶ *Andrew Winnick*, in: Salinas/Abu Rabi, Perspectives on the Peace Process, 2009, p. 43 (56).

⁶⁷ *Joel H. Samuels*, Condominium Arrangements in International Practice: Reviving an Abandoned Concept of Boundary Dispute Resolution, 29 Mich. J. Int'l L., 2008, p. 727 (743–744).

⁶⁸ *Marshall J. Breger*, The Future of Jerusalem: A Symposium – An Introduction, 45 Cath. U. L. Rev., 1996, p. 653 (657).

Basically, one could consider a “territorial”, “personal” or “flexible” approach. A territorial approach would lead to a division of East Jerusalem into different parts, to be governed either by Israel or by the Palestinian state depending on its population structure. Taking a personal approach, the Palestinian state would have jurisdiction over each Palestinian individual and Israel would have jurisdiction over each Israeli individual. This approach bears uncertainties as to which law applies in which situations as it connects sovereignty to the statehood of individuals which move and interact throughout the city (and might even be dual nationals). Hence, *Watson* recommends the more clear-cut territorial approach, though acknowledging that during the previous negotiation process, the parties tended towards a rather flexible approach with territorial jurisdiction in general, except for personal jurisdiction under certain circumstances.⁶⁹ Possible conflicts over jurisdiction should not hinder a solution. Given the complexity of the Israeli-Palestinian conflict, a more complex judicial system resulting in frequent disputes about jurisdiction could be acceptable as long as the chosen solution meets the interests of the parties as well as possible. The importance of how sovereignty over East Jerusalem is exercised might become clear when compared to the Palestinians' readiness to offer concessions: Despite their claims that East Jerusalem should be the capital of a new Palestinian state, the Palestinians would abstain from establishing their government within the municipal borders of East Jerusalem, possibly accepting a site in the suburbs instead.⁷⁰

b) Old City

Finally, it is essential to find a viable solution for the Old City with its holy places. Even if the solution for East Jerusalem will not grant complete sovereignty to the Palestinian state but rather provide for a form of shared sovereignty, the Old City will have to be treated separately, because Israel will not accept Jews visiting the holy places to be subjected to any Palestinian authority unless controlled by Israel. One possibility could be to transfer the authority over the Old City to a committee composed of all affected religious groups, which on the downside might result in permanent disagreement. Another solution could be to establish the Old City as a completely sovereign state like the Vatican, but again, doubts might arise concerning the ability of religious leaders of such a state to keep a peaceful environment around the holy places. Finally, the UN could get involved.⁷¹ At this point, one could consider once more the suggestion of the UN Partition Plan: While it suggested an international zone

⁶⁹ Description as in *Geoffrey R. Watson*, Oslo Accords, 2000, pp. 275–276.

⁷⁰ *Andrew Winnick*, in: Salinas/Abu Rabi, Perspectives on the Peace Process, 2009, p. 43 (55–56).

⁷¹ See for this paragraph: *Geoffrey R. Watson*, Oslo Accords, 2000, pp. 276–277.

for the whole city of Jerusalem – which might cause too much loss for both sides – today, an international zone under UN control could be reconsidered for the Old City.⁷² This could be the most secure solution guaranteeing that both Palestinians and Israelis can live up to their religious needs.

Under international law, all these proposals would be possible as part of a mutual agreement. One requirement is to comply with international obligations to maintain and respect the historical status quo of diverse holy places.⁷³

III. Conclusion

Regarding the complexity of the Israeli-Palestinian conflict, its long history and its emotionality, any solution will be much more elaborate and feature more specific concessions than anything described above. In summary, the interests of both the Israelis and the Palestinians could be met by a two-state solution with the West Bank Barrier as the border (maybe subject to several changes to simplify and rationalize its actual route), granting Israel 10% of the West Bank to keep the settlements within that area. In return, Israel could transfer peripheral territory of the Negev which borders on the Gaza Strip, relieving the Gaza Strip's problem of population density to some extent. While West Jerusalem could remain the capital of Israel, East Jerusalem could be subject to a form of shared sovereignty at the expense of not becoming the capital of the new Palestinian state. The Old City with its holy places could be governed by the UN as an international zone. One further crucial issue to be negotiated are security arrangements aiming for permanent protection of the Israeli population against attacks from the Palestinian side, which might especially occur after a withdrawal of Israeli forces from Palestinian territories and the creation of the new Palestinian state due

⁷² This might be supported by US president Barack Obama, see Obama Plan to Include Jerusalem Old City International Zone, in: *Globes*, May 20, 2009; however, the official US position seems to be that (all of) Jerusalem is subject to negotiations, Spokesperson *Victoria Nuland*, U.S. Department of State Daily Press Briefing, March 28, 2012, http://www.youtube.com/watch?v=t8jra_mPKXQ (May 22, 2012).

⁷³ Convention Concerning the Protection of World Cultural and Natural Heritage, 1972; *Geoffrey R. Watson*, *Oslo Accords*, 2000, pp. 277–278.

to disappointment about the concessions to be made by the PLO.

From a legal perspective, any establishment of a sovereign Palestinian state should derive from a mutual agreement of Israel and the Palestinian authority, in order to respect the right to self-determination. In this regard, the attempt of the Palestinian authority in 2011 to unilaterally establish statehood by requesting full membership in the UN seems inappropriate to realistically promote the peace process. Another unilateral step could be a Palestinian declaration of independence, as in the case of Kosovo, which was successful in terms of receiving recognition from the most relevant states.⁷⁴ However, Palestine has already declared its independence twice, in 1948 and 1988. Although 114 states have since then recognized Palestine as a state,⁷⁵ it lacks support of the most influential countries.⁷⁶

Once an agreement is reached, in order to ensure a sustainable peace, substantially improve the living conditions of the Palestinians and avoid further attacks on Israel, the disastrous Palestinian economy, as well as the civil society, need to be built up: The transportation and connection concept “The Arc” which connects the West Bank and the Gaza Strip could be a starting project.⁷⁷ (To the contrary, an Arabic-Jewish Economic Union as proposed in the UN Partition Plan⁷⁸ seems unfeasible even in the medium term.) Further, a Truth and Reconciliation Commission could be established to investigate the conflict and appease the conflicting parties.⁷⁹

⁷⁴ *Alexander Orakhelashvili*, *Statehood, Recognition and the United Nations System: A Unilateral Declaration of Independence in Kosovo*, 12 *Max Planck Y. UN. L.*, 2008, p. 1 (25–26).

⁷⁵ *Daniel Benoliel/Ronen Perry*, *Israel, Palestine and the ICC*, 32 *Mich. J. Int'l L.*, 2010, p. 73 (82). The State of Palestine was proclaimed by the Palestine National Council on November 15, 1988. The declaration of 1948 was not even undisputed among the Palestinians and did not obtain considerable acceptance.

⁷⁶ *Daniel Benoliel/Ronen Perry*, *Israel, Palestine and the ICC*, 32 *Mich. J. Int'l L.*, 2010, p. 73 (82).

⁷⁷ Designed by the RAND group, http://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB9119/index1.html (May 22, 2012).

⁷⁸ UN GA Res 181 (II) *Future Government of Palestine*, D. *Economic Union and Transit*.

⁷⁹ *Ariel Meyerstein*, *Transitional Justice and Post-Conflict Israel/Palestine: Assessing the Applicability of the Truth Commission Paradigm*, 38 *Case W. Res. J. Int'l L.*, 2006–2007, pp. 281–361.

Jörn Reinhardt*

Die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in Frankreich

Die Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit wird im Grunde seit ihrer Entstehung kontrovers diskutiert. Es gibt genügend Rechtsordnungen, die ohne Verfassungsgericht auskommen, aber auch dort, wo das Gericht einen festen Platz im Gesamtgefüge der Verfassungsordnung eingenommen hat, bleiben seine Stellung und seine Kompetenzen umstritten und klärungsbedürftig. Das betrifft insbesondere das Verhältnis des Verfassungsgerichts zum Parlament und zu den Fachgerichten, aber auch methodische Gesichtspunkte der Verfassungsinterpretation.¹ Dass diese Fragen jetzt in Frankreich wieder verstärkt diskutiert werden, ist der Verfassungsreform aus dem Jahr 2008 geschuldet. Im Zuge dieser Reform hat Frankreich zum 1. März 2010 eine konkrete Normenkontrolle von Parlamentsgesetzen am Maßstab der in der Verfassung gewährleisteten Grundrechte eingeführt (Art. 61–1 der Verfassung – CF –). Die „question prioritaire de constitutionnalité“ (QPC) hat nicht nur eine erhebliche Entscheidungstätigkeit des (im Deutschen zumeist als „Verfassungsrat“ bezeichneten) Conseil constitutionnel hervorgebracht, sondern auch ein schon fast unüberschaubares Ausmaß an begleitender Literatur. Für das institutionelle Gesamtgefüge dürfte die Einführung der Normenkontrolle nicht ohne Folgen bleiben. Die ersten institutionellen Verschiebungen zeichnen sich ab. Der Verfassungsrat hat sich gegenüber den traditionell starken und auch in Grundrechtsfragen kompetenten Fachgerichten in Stellung gebracht und ist dabei, sich in den durchaus als Machtkampf wahrgenommenen Interpretationsstreitigkeiten durchzusetzen. Das befördert die Diskussion um die Legitimität der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle und die Art und Weise ihrer Durchführung.² Der folgende Beitrag zeichnet die Konturen der verfassungsgerichtlichen Gesetzeskontrolle in Frankreich nach und geht dabei auch auf Arbeitsweise, Zusammensetzung und den vom Karlsruher

Modell unterschiedlichen Entscheidungsstil des französischen Verfassungsrates näher ein.

I. Die Konturen der verfassungsgerichtlichen Gesetzeskontrolle

1. Das bisherige System

Der Conseil constitutionnel wurde mit der Verfassung vom 4. Oktober 1958, welche die Grundlage der V. Republik bildet, eingeführt und hatte vor allem die Aufgabe, darüber zu wachen, dass das Parlament seine Kompetenzen im Verhältnis zur Regierung nicht überschreitet.³ Die Beschränkung auf die Kontrolle staatsorganisationsrechtlicher Kompetenzvorschriften hinderte den Verfassungsrat allerdings nicht daran, sich Anfang der 1970er Jahre in einer Grundsatzentscheidung auch dafür zuständig zu erklären, Gesetze auf ihre Grundrechtskonformität zu überprüfen.⁴ Seit dieser Entscheidung besteht die Möglichkeit einer präventiven Kontrolle von Gesetzen am Maßstab der französischen Menschen- und Bürgerrechtserklärung von 1789 (auf die die Präambel der Verfassung von 1958 verweist). Einem eng begrenzten Kreis privilegierter Antragsteller/innen wurde es ermöglicht, Akte der parlamentarischen Gesetzgebung vor ihrem Inkrafttreten durch den Verfassungsrat überprüfen zu lassen.

Durch eine Verfassungsänderung im Jahr 1974 wurde der Kreis möglicher Antragsteller/innen dann entscheidend erweitert. Neben Präsident/in, Regierungschef/in und den Präsident/innen der beiden Parlamentskammern wurde auch 60 Abgeordneten oder Senator/innen (und damit der parlamentarischen Opposition) die Möglichkeit gegeben, einfache Gesetze durch den Verfassungsrat auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen zu lassen. Die Verfassungsmäßigkeitskontrolle wurde so zu einem bedeutenden parlamentarischen Minderheitenrecht. Die Stellung des Conseil constitutionnel im Gesamtgefüge des politischen Systems wurde dadurch ebenfalls gestärkt. Ein der konkreten Normenkontrolle oder der Verfassungsbeschwerde vergleichbares verfassungsgerichtliches Verfahren bestand nicht. Das bedeu-

* Dr. Jörn Reinhardt ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre der Universität Hamburg (LS Prof. Dr. Marion Albers) und war im Sommersemester 2012 Post-Doc-Stipendiat des DAAD am Institut Michel Villey (Paris II).

¹ Zur aktuellen Diskussion siehe insbesondere *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011.

² Siehe dazu insbesondere die Ausgaben der Zeitschriften *Jus Politicum* 2012 (i. E.) und *Pouvoirs* 2011, Heft 2. Zu den Entwicklungslinien der französischen Verfassungsgerichtsbarkeit vgl. *Olivier Jouanjan*, Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France, <http://www.juspoliticum.com/Modeles-et-representations-de-la.html> (29.8.2012). Zur Debatte um ihren politischen Charakter (und zur Bedeutung des Verfassungsrechtlers Louis Favoreu) siehe *Alec Stone Sweet*, The politics of constitutional review in France and Europe, *ICON*, Vol. 5, No. 1, 2007, S. 69–92.

³ *Olivier Jouanjan*, <http://www.juspoliticum.com/Modeles-et-representations-de-la.html>; *Francis Hamon/Michel Troper*, *Droit Constitutionnel*, 32. Aufl. 2011, S. 822 f.

⁴ Conseil constitutionnel vom 16.7.1971, 71-44 DC – *Liberté d'association*. Die Entscheidung ist abgedruckt in *Louis Favoreu/Loïc Philip*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Nr. 19. Hintergrund des Verfahrens war ein Streit um die Eintragung einer Gruppe um Jean-Paul Sartre und Simone de Beauvoir als Vereinigung, welche die Regierung mit einer Gesetzesänderung verhindern wollte.

tet allerdings nicht, dass vor der Reform eine Überprüfung von Gesetzen am Maßstab grundrechtlicher Gewährleistungen nicht stattgefunden hätte. Nur wurde sie von den Fachgerichten ausgeübt, die parlamentarische Gesetze am Maßstab der in der Normenhierarchie über dem Gesetzesrecht stehenden völkerrechtlichen Verträge (Art. 55 CF) überprüfen können. In der Sache lief das auf eine fachgerichtliche Überprüfung des Gesetzesrechts am Maßstab der EMRK hinaus.

2. Die Einführung der QPC

Mit der Einführung von Art. 61-1 CF ändert sich dies. Die QPC erscheint wie eine Kombination aus konkreter Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG und Verfassungsbeschwerdeverfahren.⁵ Durch die Neuregelung wird die Kontrolle der Grundrechtskonformität beim Verfassungsrat konzentriert. Klargestellt wird ferner, dass die Rechtsakte des Gesetzgebers vorrangig an den grundrechtlichen Gewährleistungen der französischen Verfassung („droits et libertés que la Constitution garantit“, Art. 61-1 CF) zu überprüfen sind. Ein Ausführungsgesetz zu Art. 61-1 CF präzisiert das Verfahren.⁶ Anders als die Verfassungsbeschwerde, die in aller Regel die Erschöpfung des Rechtsweges voraussetzt (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG), wird die QPC von einer Streitpartei aus dem laufenden Prozess heraus gestellt. Die mit besonderem Schriftsatz zu erhebende Rüge bezieht sich auf die Grundrechtskonformität eines entscheidungserheblichen Gesetzes. Ein zentraler Unterschied zur konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG liegt darin, dass es dem Fachgericht verwehrt ist, die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Amts wegen zu problematisieren (Art. 23-1 des Ausführungsgesetzes). Die QPC muss von einer der Prozessparteien aufgeworfen werden. Das Ausgangsgericht prüft lediglich die Entscheidungserheblichkeit und ob die Rüge nicht missbräuchlich erhoben wurde. Die entscheidende „Filterfunktion“ kommt dem Conseil d'État und der Cour de cassation als höchsten Fachgerichten zu. Sie haben die Vorlage zu überprüfen und binnen einer Frist von drei Monaten darüber zu entscheiden, ob die Rüge an den Verfassungsrat weitergeleitet wird.⁷ Im Fall einer Vorlage entscheidet der Verfassungsrat wiederum innerhalb einer kurzen Frist von drei Monaten aufgrund mündlicher Verhandlung.

⁵ Zum Vergleich von deutschem und französischem System siehe *Constance Grewe*, *Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne: quelques comparaisons avec le système français*, *Pouvoirs* 2011, S. 143–154.

⁶ Das Ausführungsgesetz LO No. 2009-1523 v. 10.12.2009 ist als sog. Loi organique vor Erlass vom Verfassungsrat auf die Verfassungsmäßigkeit überprüft und – mit Maßgabe einer verfassungskonformen Auslegung in manchen Punkten – für verfassungskonform befunden worden (Conseil constitutionnel vom 03.12.2009, 2009-595 DC – *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*).

⁷ Zum Prüfungsprogramm der letztinstanzlichen Fachgerichte gehört insbesondere, ob die Frage „neu“ und „ernsthaft“ (sérieux) gestellt ist (Art. 23-4 des Ausführungsgesetzes).

a) Konflikte zwischen Verfassungsrat und Fachgerichten

Conseil d'État und Cour de cassation galten nie als besondere Befürworter/innen der Verfassungsreform und der damit einhergehenden Aufwertung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Insbesondere die Cour hat kaum eine Gelegenheit ausgelassen, dies auch in ihrer Rechtsprechung deutlich zu machen.⁸ Aufgrund der Konstruktion des Vorlagemechanismus ist es den obersten Fachgerichten vorbehalten, zu entscheiden, ob die QPC „neu“ und „ernsthaft“ gestellt ist. Dies macht es erforderlich, dass man sich von fachgerichtlicher Seite aus mehr oder weniger intensiv mit den verfassungsrechtlichen Maßstäben befasst.⁹ Die QPC unterläuft gewohnte Abgrenzungen, wonach die Fachgerichte für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts und der Verfassungsrat für die Auslegung der Verfassung zuständig sind, was ein gewisses Konfliktpotential birgt.

Es hat dann auch nicht lange gedauert, bis es zu Interpretationskonflikten zwischen den obersten Fachgerichten und dem Verfassungsrat kam. Insbesondere die Prüfung des Erfordernisses der „Ernsthaftigkeit“ der Rüge gibt den Fachgerichten die Möglichkeit zu einer restriktiven Handhabung der QPC. So hat die Cour de cassation die Ernsthaftigkeit einer Vorlage mit dem Argument verneinen wollen, das beanstandete Gesetz beeinträchtigt nicht die als verletzt gerügte Meinungsfreiheit, verstoße also in der Sache nicht gegen die Verfassung.¹⁰ Nun ist es zwar nicht ungewöhnlich, dass im Rahmen einer Zulässigkeitsprüfung oder eines Annahmeverfahrens materiell-rechtliche Erwägungen zu den Erfolgsaussichten angestellt werden. Es versteht sich allerdings, dass es nicht im Sinn des Ausführungsgesetzes liegen kann, wenn die materielle Verfassungsmäßigkeit von den obersten Instanzgerichten vollumfänglich geprüft und die Rüge mit dem Argument, es liege im Ergebnis kein Verfassungsverstoß vor, erst gar nicht an den Verfassungsrat zur Entscheidung weitergeleitet wird.

In weiteren Entscheidungen hat es die Cour abgelehnt, eine Vorlage an den Verfassungsrat weiterzuleiten, weil sich die behauptete Rechtsverletzung nicht auf die Gesetzesbestimmung als solche, sondern lediglich auf die

⁸ Eindrücklich *Nicolas Molfessis*, *La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC*, *Pouvoirs* 2011, S. 83–99.

⁹ *Agnès Roblot-Troizier*, *Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi*, *Revue française de droit administratif (RFDA)* 2011, S. 691–710; *Guillaume Drago*, *La Cour de cassation, juge constitutionnel*, *Revue du droit public (RDP)* 2011, S. 1438–1445.

¹⁰ Cour de cassation vom 07.05.2010, 09-80774 (zur sog. loi Gayssot) mit kritischer Anmerkung *Dominique Rousseau*, *La QPC se cherche*, *Gazette du Palais*, 18.5.2010 (No 138), S. 13. Siehe zu der Problematik auch *Dominique Rousseau*, in: ders. (Hg.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, 2. Aufl. 2012, S. 1 (6).

Auslegung der Bestimmung durch die Cour beziehe.¹¹ Eine solche Differenzierung wäre dann plausibel, wenn sich stringent zwischen der Norm als solcher und ihrer Interpretation durch ein Höchstgericht unterscheiden ließe – was jedenfalls aus der Sicht der von einer Norm betroffenen Antragsteller/innen gerade nicht der Fall ist. Der Verfassungsrat hat das Argument dann auch nicht akzeptiert und klargestellt, dass er seine Jurisdiktion auch auf die Gesetzesinterpretation durch die Fachgerichte erstreckt, jedenfalls sofern es sich um eine ständige Rechtsprechungslinie handelt.¹²

In beiden Fällen geht es um die Frage, wie viel Deutungshoheit den Fachgerichten bei der Verfassungsinterpretation zukommen kann. Der daraus resultierende Konflikt erinnert ein Stück weit an den sogenannten Gutachtenstreit zwischen BVerfG und den Höchstgerichten Anfang der 1950er Jahre.¹³ Der Streit drehte sich darum, ob die Bundesgerichte dem Antrag des Fachgerichts, den sie nach der ursprünglichen Fassung des Art. 100 Abs. 1 GG an das BVerfG weiterzuleiten hatten, eine begründete Stellungnahme zur Verfassungsrechtslage beifügen konnten. Ein solches Gutachten, auch wenn es nicht rechtlich bindend ist, hätte sich unweigerlich auf die verfassungsgerichtliche Beratungslage ausgewirkt. Das BVerfG hätte notwendig in Konkurrenz zur Deutung des Bundesgerichts treten müssen, wenn es von den Ergebnissen eines solchen Gutachtens hätte abweichen wollen. Der latente Konflikt wurde zugunsten des BVerfG aufgelöst, indem den Fachgerichten die Möglichkeit eingeräumt wurde, sich gem. § 80 Abs. 1 BVerfGG unmittelbar an das BVerfG zu wenden.

Die QPC bringt es allerdings nicht nur mit sich, dass die Fachgerichte die Verfassung auslegen müssen, sondern der Conseil constitutionnel auch zunehmend das einfache Recht interpretiert. Der Verfassungsrat hat dabei schon früh von der Technik der verfassungskonformen Auslegung Gebrauch gemacht. Sie erlaubt ihm, eine Norm bzw. einen bestimmten Regelungsmechanismus mit bestimmten Maßgaben („réserves d'interprétation“) aufrecht zu erhalten. Die Norm wird nicht für nichtig erklärt, sondern bestimmte Deutungsmöglichkeiten werden als verfassungswidrig markiert. Mit dieser Maßgabe ist sie dann von den Fachgerichten anzuwenden. Durch die QPC hat diese Technik eine deutlichere Breitenwirkung bekommen.¹⁴ Die eigentliche Provokation für die

Cour de cassation dürfte dann auch darin liegen, dass sie mit der QPC eine allmähliche Konstitutionalisierung der (Privat-)Rechtsordnung heraufziehen sieht.

b) QPC und Unionsrecht

Neben den gerade beschriebenen Entscheidungen wurde die Neuregelung von den Fachgerichten auch unter einem europarechtlichen Gesichtspunkt angegriffen. Der Vorrang der Verfassungsprüfung gegenüber der Prüfung vertraglicher Verpflichtungen, wie ihn die QPC vorsieht, steht in einem Spannungsverhältnis zum Erfordernis einer möglichst effektiven Durchsetzung des Unionsrechts, wie es der Europäische Gerichtshof früh formuliert hat.¹⁵ Nach der Simmenthal-Rechtsprechung des EuGH muss ein nationales Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, für die volle Wirksamkeit dieser Normen sorgen können. Das bedeutet, dass es erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis – d. h. ohne ein vorgeschaltetes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten zu müssen – unangewendet lassen kann.¹⁶

Eine Möglichkeit, sich der unliebsamen Neuerung durch die QPC zu entledigen, sah die Cour dann auch darin, dem EuGH die Frage nach der Europarechtskonformität der Ausführungsbestimmungen vorzulegen. Der EuGH hat in seiner Entscheidung, vielleicht mit einem gewissen Gespür für die innerstaatlichen Querelen um die Verfassungsreform, den Ball ins Feld des nationalen Rechts zurückgespielt. Nicht dazu berufen und auch nicht willens, nationale Kompetenzkonflikte zu entscheiden, hat er noch einmal die Maßstäbe seiner Rechtsprechung zum Vorrang des Unionsrechts ausbuchstabiert. Danach steht Art. 267 AEUV einem solchen „prioritären“ Zwischenverfahren zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit nicht entgegen, wenn die nationalen Gerichte zu jedem Zeitpunkt dem EuGH jede Frage, die sie für erforderlich halten, zur Entscheidung vorlegen und auch bei laufendem Zwischenverfahren vorläufige Maßnahmen zur Sicherung der unionsrechtlich verbürgten Rechte treffen können sowie schließlich auch nach Abschluss des Zwischenverfahrens die nationale Bestimmung unangewendet lassen können, wenn diese sich als unionsrechtswidrig erweist.¹⁷ Es sei Aufgabe des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob die nationalen Rechtsvorschriften in Ein-

¹¹ Siehe Cour de cassation vom 19.05.2010, 09-83328 sowie die weiteren Nachweise bei *Bertrand Mathieu*, Neuf mois de jurisprudence à la QPC. Un bilan, Pouvoirs 2011, S. 57–71.

¹² Vgl. etwa Conseil constitutionnel vom 06.10.2010, 2010-39-QPC, Tz. 2; CC vom 14.10.2010, 2010-52-QPC, Tz. 4; CC vom 04.02.2011, 2010-96-QPC, Tz. 4. Kritisch dazu *Guillaume Drago*, RdP 2011, S. 1438–1445.

¹³ Dazu *Matthias Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 79 (92 ff.) m. w. N.

¹⁴ Vgl. nur die Nachweise bei *Guy Carcassonne/Olivier Duhamel*,

QPC. La question prioritaire de constitutionnalité, 2011, S. 142 ff.

¹⁵ Zum Verhältnis von Vorabentscheidungsverfahren und Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG in Situationen, die zugleich verfassungs- und europarechtliche Fragen aufwerfen, siehe jetzt im Sinn eines Vorrangs des Vorabentscheidungsverfahrens BVerfG vom 04.10.2011 – 1 BvL 3/08, NJW 2012, 45.

¹⁶ Vgl. EuGH vom 09.03.1978, Rs. 106/77 – *Simmenthal*, Tz. 21 und 24.

¹⁷ EuGH vom 22.06.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10 – *Melki und Abdeli*, Tz. 57. Siehe dazu die Anmerkung von *Jörg Gundel*, EuR 2012, S. 213–229.

klang mit den unionsrechtlichen Anforderungen ausgelegt werden können.¹⁸

II. Der Conseil constitutionnel

Es liegt in der institutionellen Logik der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, dass sich die Gewichte allmählich zugunsten des Conseil constitutionnel verschieben. Als notwendiges Korrelat zu den institutionellen Veränderungen wird eine entsprechende Reform des Verfassungsrates angemahnt. Die Einführung der QPC wird von ihren Befürwortern als eine Art nachholende Verfassungsrevolution angesehen, als die Einlösung eines über 200 Jahre alten Versprechens, die Frankreich nun endlich auf der Höhe des zeitgenössischen Konstitutionalismus ankommen lässt.¹⁹ Entsprechend solle sich auch der Conseil constitutionnel noch einmal reformieren, um zu anderen Verfassungsgerichten aufzuschließen.²⁰

1. Die Zusammensetzung des Verfassungsrates

In der Tat scheinen Zusammensetzung und Arbeitsweise des Verfassungsrates nur schwer zu der auf den Weg gebrachten Verfassungsreform zu passen. Trotz seiner richterlichen Funktion ist der Verfassungsrat ein vor allem unter politischen Gesichtspunkten zusammengesetztes Gremium geblieben. Gemäß Art. 56 CF werden seine neun Mitglieder anteilig von der/dem Staatspräsident/in, der/dem Präsident/in der Nationalversammlung und der/dem Präsident/in des Senats ernannt. Hinzu kommen die ehemaligen Staatspräsident/innen, die dem Verfassungsrat als Mitglieder auf Lebenszeit angehören. In einer ungeschminkten Bestandsaufnahme hat zuletzt Patrick Wachsmann die Ernennungspraxis scharf kritisiert. Das Verfahren diene nicht der Akkumulation juristischer Kompetenz, sondern bevorzuge die Nominierung von Personen, die sich politisch verdient gemacht hätten, deren Beziehung zum Recht aber häufig nur in einem lange zurückliegenden Jurastudium bestehe – wenn überhaupt.²¹

Auch das Anrecht ehemaliger Staatspräsident/innen auf eine Mitgliedschaft erscheint nach der Einführung der QPC in einem neuen Licht. Am 19.06.2012, also nur etwas mehr als einen Monat nach der verlorengegangenen Präsidentschaftswahl, hat Nicolas Sarkozy zum ersten Mal einer Verhandlung des Conseil constitutionnel bei-

gewohnt. Beraten wurde über zwei Normenkontrollanträge zu Gesetzen aus seiner eigenen Amtszeit.²² Ein guter Teil der Kolleg/innenschaft im Verfassungsrat ist von ihm persönlich ernannt worden. Auch wenn zu erwarten ist, dass er sich – wie andere ehemalige Staatspräsident/innen vor ihm²³ – allenfalls sporadisch im Conseil constitutionnel engagieren wird, stärkt dies doch nicht gerade das Vertrauen in die politische Unabhängigkeit der Institution. François Hollande hatte als Präsidentschaftskandidat eine Reform des Wahlverfahrens angekündigt. Inwieweit diese nun umgesetzt wird, ist noch offen.²⁴

2. Der Entscheidungsstil

Ein weiteres besonderes Merkmal des Verfassungsrates ist sein Entscheidungsstil. Die Entscheidungen des Conseil constitutionnel können im Vergleich zu denen anderer Verfassungsgerichte von äußerster Knappheit sein. Selbst bei stattgebenden Entscheidungen zu politisch kontroversen Themen kann der Verfassungsrat mit einer bis zwei DIN-A-4 Seiten auskommen. Dies gelingt mittels einer der syllogistischen Argumentationstechnik verpflichteten, streng deduktiven Darstellungsweise („Considerant que...“). Der Conseil scheut sich nicht, auch abstrakteste Verfassungsprinzipien und Grundrechtspositionen so zu behandeln, als wären sie klare Regeln, deren Anwendung auf den zu entscheidenden Fall sich von selbst versteht. Die entscheidenden Obersätze enthalten dann kaum mehr als die Wiedergabe des anwendbaren Rechts. Das bedeutet nicht, dass die Entscheidungen des Verfassungsrates unmotiviert oder unbegründet wären, aber die argumentativen Zwischenschritte werden dadurch weitgehend invisibilisiert. Während das BVerfG mittlerweile für seine ausufernden Maßstäbe- und Subsumtionsteile kritisiert wird,²⁵ ist die als nur unzureichend empfundene Begründung nicht selten der Ausgangspunkt der Kritik an den Entscheidungen des Verfassungsrates.

²² Rechtsachen No. 2012-259-QPC und 2012-260-QPC. Die letzten zehn öffentlichen Sitzungen des Verfassungsrates sind auf dessen Webseite (www.conseil-constitutionnel.fr) als Video abrufbar. Interessant zu sehen ist, wie der plädierende Anwalt Nicolas Sarkozy immer noch als „Monsieur le Président de la République“ anspricht.

²³ *Dominique Schnapper*, Une sociologue au Conseil constitutionnel, 2010, S. 125. Die Soziologin Dominique Schnapper war als Nichtjuristin von 2001 bis 2010 Mitglied des Verfassungsrates und hat nach ihrem Ausscheiden die Studie aus der Innenperspektive des Conseil veröffentlicht.

²⁴ *Le Figaro* vom 06.07.2012, S. 6. Nach den Vorschlägen sollen ehemalige Staatspräsident/innen in Zukunft nicht mehr dem Verfassungsrat angehören. Auch wird darüber nachgedacht, neue Mitglieder nach öffentlicher Anhörung in Nationalversammlung und Senat jeweils mit einer 2/3-Mehrheit wählen zu lassen. Über die Sinnhaftigkeit eines öffentlichen Auswahlprozesses wird in Frankreich genauso wie in Deutschland gestritten. Das BVerfG hat mit Beschluss vom 19.06.2012 – 2 BvC 2/10 – die indirekte Wahl der Bundesverfassungsrichter/innen durch einen Wahlausschuss des Bundestages gem. § 6 BVerfGG für verfassungsgemäß erklärt.

²⁵ Zur Kritik am „Maßstäbeteil C. I.“ siehe *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, S. 161–279.

¹⁸ Zu den Möglichkeiten einer unionsrechtskonformen Auslegung des Ausführungsgesetzes vgl. *Denys Simon*, Conventionalité et constitutionnalité, *Pouvoirs* 2011, S. 19–31.

¹⁹ Sehr deutlich *Guy Carcassonne/Olivier Duhamel*, QPC, S. 1 ff.

²⁰ So der ehemalige Präsident des Conseil constitutionnel *Robert Badinter*, Introduction, in: *Institut Louis Favoreu* (Hrsg.), *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France: quelles pratiques?*, 2009, S. 11.

²¹ *Patrick Wachsmann*, Sur la composition du Conseil constitutionnel, *Jus Politicum* 2011, S. 103 (111 ff.) zu den jüngsten Nominierungen.

Denis Baranger hat in einem interessanten Artikel diesem Vorgehen eine besondere Pointe abzugewinnen versucht.²⁶ Die sehr zurückgenommene Begründungskultur sei kein zu überwindendes Defizit der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel, so Baranger, sondern eine besondere Art des Umgangs mit der politischen Dimension der Verfassungsrechtsprechung.²⁷ Mit dem deduktiven Stil werde erst gar nicht der Anspruch erhoben, die gesellschaftlichen Konfliktlagen, die sich bis in die Verfassungsinterpretationen hinein fortsetzen, diskursiv aufzulösen oder im Wege der Abwägung zu einem Ausgleich zu bringen. Die Darstellungstechnik erlaube es jedoch, den manifesten Widerstreit abzublenden. Dazu bedürfe es des strikten Formalismus, der auf die ausufernde Darstellung von Gründen oder gar abweichenden Meinungen verzichte. Auf diese Weise soll die Verfassungsrechtsprechung eine ihrer wesentlichen Funktionen erfüllen können, nämlich politische Konflikte zu entpolitisieren. Wenn das Recht mit der Autorität seiner Formen spreche, so die Vorstellung, habe die Politik zurückzutreten. Zum Raum greifenden und eher wissenschaftlich gehaltenen Entscheidungsstil des Bundesverfassungsgerichts ist dies quasi das Gegenmodell.

Ob sich die Autorität der Verfassungsrechtsprechung in dieser Weise auf ihre Formensprache zurückführen lässt, erscheint allerdings fraglich. Der Hyperformalismus nimmt – in dieser bewusst zugespitzten Darstellung – im Grunde eine Variante der Vorstellung vom Gericht als „bouche de la loi“ (Montesquieu) in Anspruch. Damit er seine Wirkung entfalten kann, darf der schwierige Vorgang der Interpretation erst gar nicht problematisiert werden. Eine solche Strategie kommt dann an Grenzen, wenn sie nicht mehr von hermeneutischer Naivität begleitet, sondern bewusst eingesetzt wird. Es ist denn auch interessant zu sehen, in welchem Maß dieser Formalismus darauf angewiesen ist, durch die verschiedensten Begleittexte abgesichert zu werden. So selbstgenügsam sind die Entscheidungen des Verfassungsrates bei näherem Hinsehen dann nämlich doch nicht, wie Baranger ebenfalls deutlich macht. Neben der – auch bei anderen Verfassungsgerichten üblichen – Presseerklärung, die für eine halbwegs verständnisvolle Aufnahme der Entscheidungsgründe in der Medienöffentlichkeit sorgen soll, werden Entscheidungen des Verfassungsrates mit Kommentaren versehen. Diese werden nicht nur auf der Webseite des Gerichts, sondern auch in den *Cahiers du Conseil constitutionnel* veröffentlicht. Es handelt sich dabei um eine Praxis der Selbstkommentierung, die andere Verfassungsgerichte in dieser Form nicht ausgebildet

haben.²⁸ Diese Kommentare erläutern die Entscheidungen. Aber sie fügen ihnen doch unweigerlich auch etwas hinzu. Zum Teil finden sich für das Verständnis der Entscheidung bedeutsame Ausführungen erst in den Kommentaren.²⁹ Für das Schrifttum scheinen sie zu einem immer wichtigeren Bezugspunkt zu werden. Auch unter funktionalen Gesichtspunkten sind sie von Bedeutung, denn aufgrund der durch die QPC gesteigerten Interdependenz von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit bedarf es eines Formats, um mit den Fachgerichten effektiv zu kommunizieren. Nicht auszuschließen ist also, dass der Conseil constitutionnel mit der allmählichen Entwicklung zum Verfassungsgericht seinen Begründungsstil verändert.

III. Fazit

Die Debatte um die Legitimität der Verfassungsrechtsprechung vollzieht sich in Frankreich unter anderen Vorzeichen als in Deutschland. Während sich das BVerfG trotz oder gerade wegen aller Kritik ungebrochener Popularität erfreut, steht der Conseil constitutionnel am Anfang einer Entwicklung, die nur schwer vorhersehbar ist. Ob er sich überhaupt zu einem Verfassungsgericht in einem umfassenden Sinn entwickeln soll, ist politisch nach wie vor stark umstritten. Mit der Einführung der QPC ist eine solche Entwicklungsrichtung allerdings vorgezeichnet. Die Konzentration der Gesetzeskontrolle am Maßstab der Grundrechte bei einer Instanz, die institutionell von den Fachgerichten getrennt ist, wertet diese unweigerlich auf. Eine nicht mehr diffuse, sondern beim Verfassungsrat konzentrierte Grundrechtsjudikatur dürfte zudem insgesamt zu einer deutlicheren Verfassungsprägung der Rechtsordnung führen und zu einer weitergehenden Beschränkung fachgerichtlicher Entscheidungsspielräume – mit allen damit verbundenen Vor- und Nachteilen. Zwangsläufig ist eine solche Entwicklung dennoch nicht. Vieles wird vom Conseil constitutionnel selbst abhängen, vom Modell der Verfassungsrechtsprechung, an dem er sich orientiert, und den Mechanismen der Selbstbeschränkung, die er entwickelt. Zwangsläufig ist allenfalls die Debatte um seine weitere Ausrichtung und Gestalt. Einige der demokratietheoretischen Fragen hat bereits Alexis de Tocqueville mit Blick auf die Demokratie in Amerika auf den Punkt gebracht.³⁰ Sie werden jetzt neue Antworten erhalten.

²⁸ Baranger spricht von „para-juridischen“ Texten. Denis Baranger, <http://www.juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html> (29.08.2012).

²⁹ Etwa zur verfassungsgerichtlichen Prüfungsdichte in politischen Fragen, vgl. Bertrand Mathieu, *Pouvoirs* 2011, S. 57 (70) mit Bezug auf die Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 06.10.2010, 2010-39-QPC (Entscheidung zum Adoptionsrecht alleinstehender Personen).

³⁰ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835, Bd. I, Kap. 6.

²⁶ Denis Baranger, *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, <http://www.juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html> (29.08.2012).

²⁷ Denis Baranger, <http://www.juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html> (29.08.2012).

Kaspar Henrik Möller/Christina Simmig*

„Vertragliche Subventionierung“**Sachverhalt**

Die Landesregierung von Mecklenburg-Vorpommern (M-V) versucht, die Wirtschaftsentwicklung durch einen Ausbau von Handelsbeziehungen im Ostseeraum zu stärken. Ziel ist die Schaffung eines prosperierenden Wirtschaftsraums „Baltic Sea“. Zu diesem Zweck gründet sie die „Baltic-Sea-Invest-GmbH“ (B), deren Hauptgesellschafter das Land M-V ist und an der die Industrie- und Handelskammern Schwerin und Rostock sowie private Banken beteiligt sind. Finanzmittel für B werden im Haushaltsplan des Wirtschaftsministeriums bereitgestellt. Auszahlungen an Unternehmen werden in Kooperation mit dem Wirtschaftsministerium vorgenommen.

Der Landmaschinenhersteller L aus Stralsund produziert Fahrzeuge zur Bodenbearbeitung in der Landwirtschaft. Geschäftsführerin G hofft, vom seit dem EU-Beitritt steigenden Bruttoinlandsprodukt in Lettland profitieren zu können. Sie plant die Errichtung eines Kontaktbüros in Riga. Dort sollen Mitarbeiter/innen Verbindungen zu möglichen Kund/innen herstellen und Geschäfte in Litauen und Estland anbahnen. Um für die Investitionen Zuschüsse zu erhalten, wendet sich G an das zuständige Wirtschaftsministerium. Dort werden die Pläne der G begrüßt und eine Förderung in Aussicht gestellt. Allerdings solle sich L zu einer Gegenleistung verpflichten. In den Räumlichkeiten des Kontaktbüros müsse ein „Mecklenburg-Vorpommern-Portal“ eingerichtet werden, das aus einem Computerarbeitsplatz besteht, der dem Zweck dient, via Internetauftritt des Ministeriums über wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeiten in M-V zu informieren.

Eine Mitteilung an die Europäische Kommission hält G für entbehrlich, weil die Fördermittel über die B ausbezahlt werden. Zudem seien sie so gering, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht zu befürchten sei. Ohnehin erkenne das Europarecht die besondere historische Situation der neuen Bundesländer an. Schließlich sei M-V besonders zu unterstützen, da die Arbeitslosigkeit weit über dem europäischen Durchschnitt liegt. Daraufhin schließt L mit dem Land M-V am 01.02.2011 einen schriftlichen Vertrag, in dem es unter anderem heißt:

(4) Das Land M-V verzichtet auf die Beitreibung einer Steuernachzahlung der L aus dem Jahr 2010 in Höhe von 18.000 €.

(5) Das Land M-V zahlt am 01.01.2012 einen nicht zurückzuerstattenden Betrag in Höhe von 125.000 € an L,

mit dem Räumlichkeiten für ein Kontaktbüro in Riga angemietet, eingerichtet und sonstige Investitionen unterstützt werden.

(6) In den Jahren 2013, 2014 und 2015 zahlt das Land M-V jeweils 30.000 € an L.

(7) L richtet in dem Kontaktbüro ein „Mecklenburg-Vorpommern-Portal“ ein.

(8) Auf die Einleitung eines Notifizierungsverfahrens wird verzichtet.

Die EU-Kommission erhält Kenntnis von dem Vorgehen. Sie prüft den Vertrag und kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Finanzförderung um nicht mit dem Europarecht zu vereinbarende Zahlungen handele. Zwar wären – was tatsächlich zutrifft – die Zahlungen nach Maßgabe der Vergabepaxis für Regionalbeihilfen zulässig, allerdings könne eine vertragliche Vereinbarung keinen Bestand haben, die kein Notifizierungsverfahren vorsehe. Daraufhin untersagt die Kommission am 15.12.2011 formell ordnungsgemäß die Auszahlung der Beträge.

Maschinenhersteller M ist ebenfalls in der Landwirtschaftsbranche tätig. Er erhält noch vor der Kommission Kenntnis von der Vereinbarung und hält das Vorgehen für skandalös. Er biete ähnliche Produkte wie L an und habe bereits Investitionen in den baltischen Staaten getätigt. Sein Wettbewerbsvorteil werde durch die Leistungen an L „eingedampft“.

Als G am 02.01.2012 die Auszahlung von 125.000 € anfordert, wird diese mit Hinweis auf den Beschluss der Kommission verweigert. G ist erzürnt. Sie hält die Förderung für rechtmäßig und sieht sich durch die Auffassung der Kommission in der Sache bestätigt. Das Ministerium könne nicht die Entscheidung der Kommission vorschieben, um sich Vertragspflichten, die ihr politisch nicht mehr opportun erscheinen, zu entziehen. Sie beauftragt die Kanzlei K mit der Beantwortung der Frage, ob L einen Zahlungsanspruch gegen das Land M-V hat.

* Der Verfasser ist Rechtsreferendar beim Hanseatischen OLG. Die Verfasserin ist Studentin an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einem gekürzten Übungsfall, der an der Universität Hamburg im Wintersemester 2010/2011 im Rahmen der Vorlesung Wirtschaftsverwaltungsrecht von PD Dr. Claudio Franzius als Hausarbeit zur Bearbeitung gestellt wurde.

Hinweis: Es ist davon auszugehen, dass der Vertrag dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Die Einhaltung nationaler Zuständigkeitsvorschriften ist zu unterstellen, das Vergaberecht nicht zu berücksichtigen.

Lösungsvorschlag

Ein Anspruch des L auf Zahlung von 125.000 € gegen das Land M-V könnte sich aus der Vereinbarung vom 01.02.2011 ergeben. Dies setzt das Zustandekommen eines wirksamen Vertrags voraus. Dessen Wirksamkeit richtet sich nach §§ 54 ff. VwVfG M-V, da sich sein Inhalt auf ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis bezieht.

A. Wirksamer Verwaltungsvertrag

I. Zustandekommen des Vertrags

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen – Angebot und Annahme – zustande, auf die nach § 62 S. 2 VwVfG M-V die Vorschriften der §§ 145 ff. BGB anzuwenden sind. Eine Einigung zwischen L und M-V liegt vor. Auch das Schriftformerfordernis nach § 57 VwVfG M-V ist eingehalten.

II. Zustimmungserfordernisse

Der Wirksamkeit des Vertrags könnte § 58 VwVfG M-V entgegenstehen. Die Vorschrift schützt Rechte Dritter sowie die Befugnisse mitwirkungsverpflichteter Behörden.¹ Liegt die erforderliche Zustimmung eines Dritten oder eine Mitwirkungshandlung einer Behörde nicht vor, ist der Vertrag schwebend unwirksam.²

1. Fehlende Zustimmung der Konkurrenz, § 58 I VwVfG M-V

Der Vertrag könnte in Ermangelung einer Zustimmung des konkurrierenden Maschinenherstellers M schwebend unwirksam sein. Das Zustimmungserfordernis nach § 58 I VwVfG M-V wird ausgelöst, wenn durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag in Rechte Dritter eingegriffen wird. Faktische Nachteile oder Beeinträchtigungen rechtlich nicht geschützter Interessen reichen nicht aus.³ Eine Rechtsbeeinträchtigung ist grundsätzlich bereits in einem Verpflichtungsvertrag zu sehen, der die vertragliche Grundlage eines späteren Verwaltungsakts schafft, ohne selbst über ein Rechtsgut zu verfügen.⁴

¹ Heinz Joachim Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 58 Rn. 1.

² Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 58 Rn. 19.

³ Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 58 Rn. 19.

⁴ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 14 Rn. 30.

a) Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit

Vorliegend könnte die Zustimmung des konkurrierenden Unternehmers M erforderlich sein, wenn die Subventionszusage in dessen Wettbewerbsfreiheit eingreift, die durch Art. 12 I, 14 I GG grundrechtlich abgesichert ist.⁵ Die Wettbewerbsfreiheit schützt Marktteilnehmer/innen zwar grundsätzlich nicht vor Konkurrenz, selbst wenn diese durch eine staatliche Maßnahme gefördert wird.⁶ Allerdings ist ein Grundrechtseingriff anzunehmen, wenn die Subvention in erheblichem Maße in den Wettbewerb eingreift, so dass Konkurrent/innen in ihrer Existenz gefährdet werden⁷ oder eine massive Reduzierung ihrer Wettbewerbsfähigkeit bewirkt wird.⁸

Die Unternehmen von L und M sind im gleichen Wirtschaftszweig in ähnlichen Absatzmärkten aktiv, sodass eine konkrete Konkurrenzsituation besteht. Allerdings kann M nur eine Reduzierung seines zuvor erarbeiteten Wettbewerbsvorteils geltend machen, die keinen Ausschluss seiner eigenen Wettbewerbsfähigkeit bedeutet. Es liegt kein Eingriff in Art. 12 I, 14 I GG vor.

b) Verstoß gegen Art. 108 III 3 AEUV

Die Zustimmung des Konkurrenten M könnte auch nach Art. 108 III 3 AEUV erforderlich sein. Dann müsste die Vorschrift ein „Recht eines Dritten“ im Sinne des § 58 I VwVfG M-V schützen. Art. 108 III 3 AEUV normiert eine Sperrwirkung und verbietet die Auszahlung von Subventionen, bevor die Kommission einen positiven Beschluss über ihre Zulässigkeit getroffen hat.⁹ Dadurch wird zuvörderst die Effektivität der Beihilfenaufsicht gesichert. Zugleich konstituiert die Vorschrift einen gerichtlich durchsetzbaren und von der materiellen Rechtmäßigkeit einer Beihilfe unabhängigen Schutz der Marktteilnehmer/innen.¹⁰ Die Vorschrift ist ein absolutes Verfahrensrecht, das unabhängig von der Verletzung einer materiell-rechtlichen Norm zur Aufhebung einer abschließenden Verwaltungsentscheidung führt.¹¹ In der Rechtswissenschaft ist streitig, ob reine Verfahrensbeteiligungsrechte das Zustimmungserfordernis nach § 58 I VwVfG M-V auslösen können.

Dies wird teilweise mit der Begründung abgelehnt, bloße Verfahrenspositionen dürften nicht zu „materiellen Blo-

⁵ Rupert Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 144; Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, § 9 Rn. 353 ff.

⁶ BVerfG vom 01.02.1973, BVerfGE 34, 252 (256); Utz Schliesky, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 58 Rn. 15.

⁷ BVerwG vom 30.08.1968, BVerwGE 30, 191 (197).

⁸ BVerwG vom 23.03.1982, BVerwGE 65, 67 (174); vgl. m. w. N. Rainer Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 II Rn. 297 ff.

⁹ Wolfram Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 108 AEUV Rn. 8.

¹⁰ Christine Steinbeiß-Winkelmann, Europäisierung des Verwaltungsrechtsschutzes, NJW 2010, S. 1233 (1235).

¹¹ Klaus Rennert, Beihilferechtliche Konkurrentenklagen vor deutschen Verwaltungsgerichten, EuZW 2011, S. 576 (576 f.).

ckadepositionen“ aufgewertet werden.¹² Die Gegenmeinung hält es zwar im Grundsatz für möglich, dass absolute Verfahrenspositionen das Zustimmungsbedürfnis aktivieren, lehnt dies aber im Einzelfall ab, wenn eine Zustimmung der/des Dritten nicht geeignet wäre, einen materiellen Rechtsverstoß endgültig zu beseitigen.¹³

Eine Zustimmung des Konkurrenten M zu einer Subvention an L würde den Eingriff in den freien Markt nicht suspendieren. Es wäre zwar denkbar, dass die Zustimmung sämtlicher Konkurrent/innen zu einem Ausschluss der Verletzung persönlicher Wettbewerbsrechte führen würde. Gleichwohl bestünde der durch die europäische Wettbewerbsordnung missbilligte Zustand zu Lasten einer optimalen Allokation von Ressourcen fort. Auch nach dieser Ansicht folgt die Zustimmungspflicht nicht aus einem Verstoß gegen Art. 108 III 3 AEUV.

2. Fehlende Zustimmung der Kommission, § 58 II VwVfG M-V

Die schwebende Unwirksamkeit des Vertrags könnte sich aus § 58 II VwVfG M-V ergeben.

Die Vorschrift verhindert, dass durch einen Vertrag in die Kompetenzen nichtbeteiligter Behörden eingegriffen wird. Ob der Anwendungsbereich von § 58 II VwVfG M-V auch das Notifizierungsverfahren der Kommission umfasst, ist umstritten.

Die noch herrschende Meinung geht davon aus, dass sich die Mitwirkungspflicht einer Behörde im Sinne des § 58 II VwVfG M-V auf eine Handlung in *demselben* Verwaltungsverfahren beziehen muss.¹⁴ Dementsprechend beschränken sich Mitwirkungspflichten auf deutsche Behörden in Verwaltungsverfahren nach deutschem Recht. Die Kommission prüft aber die Zulässigkeit einer Beihilfe in einem – vom mitgliedstaatlichen Verwaltungsverfahren unabhängigen – Notifizierungsverfahren.

Die im Vordringen befindliche Gegenauffassung wendet § 58 II VwVfG M-V entsprechend auf den Zustimmungsvorbehalt der Kommission an.¹⁵ Die Kommission sei als Behörde im Sinne von § 1 IV VwVfG M-V anzusehen, da sie Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnehme und im Verwaltungsverbund mit deutschen Behörden kooperiere.¹⁶

¹² Michael Fehling, in: Fehling/Kastner, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2009, § 58 Rn. 17 f.

¹³ Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 58 Rn. 8 a.

¹⁴ Dirk Ehlers, Rechtsprobleme bei der Rückforderung von Subventionen, GewArch 1999, S. 305 (318); Martin Gellermann, Verwaltungsvertragliche Subventionsverhältnisse im Spannungsfeld zwischen Beihilfenkontrolle und Verwaltungsverfahrenrecht, DVBl. 2003, S. 481 (484).

¹⁵ Jens-Peter Schneider, Vertragliche Subventionsverhältnisse, NJW 1992, S. 1197 (2000).

¹⁶ Jens-Peter Schneider, NJW 1992, S. 1197 (2000); Berthold Kastner, in: Fehling/Kastner, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 17.

Zwar mag eine am Wortlaut orientierte Auslegung des § 58 II VwVfG M-V unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens für die erstgenannte Ansicht sprechen. Denn der Gesetzgeber intendierte zuvörderst den Schutz des Einvernehmens nationaler Behörden und Verwaltungsverfahren.¹⁷ Gleichwohl erscheint letztere Ansicht angesichts der Verdichtung der Kooperation nationaler und europäischer Behörden vorzugswürdig. Dies dient der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts, weil die Miteinbeziehung der Kommission in den Anwendungsbereich des § 58 II VwVfG M-V eine verfahrensrechtliche Anerkennung ihrer Mitwirkungsbefugnis beinhaltet.¹⁸

Die fehlende Mitwirkung der Kommission führt analog § 58 II VwVfG M-V zur schwebenden Unwirksamkeit des Vertrags zwischen L und M-V.

3. Zwischenergebnis: Schwebende Unwirksamkeit

Ein Anspruch des L auf Zahlung von 125.000 € aus der Vereinbarung vom 01.02.2011 besteht nicht, da der Vertrag analog § 58 II VwVfG M-V schwebend unwirksam ist. Die schwebende Unwirksamkeit kann rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses durch Vornahme der erforderlichen Mitwirkungshandlung beseitigt werden.¹⁹ Dies setzt voraus, dass ein Notifizierungsverfahren durchgeführt wird, welches die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt bestätigt. Diese Möglichkeit entfällt aber, soweit die vertragliche Vereinbarung gemäß § 59 VwVfG M-V nichtig ist.

B. Nichtigkeit des Vertrages nach § 59 VwVfG M-V

Grundsätzlich sind Verwaltungsverträge, die gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, trotzdem wirksam und können – anders als Verwaltungsakte – nicht mit Rechtsmitteln angegriffen werden. § 59 VwVfG M-V enthält aber eine abschließende Aufzählung besonders schwerer Fehler, die zur Nichtigkeit eines Vertrages führen.

I. Nichtigkeit gemäß § 59 II VwVfG M-V

Der Vertrag könnte gemäß § 59 II VwVfG M-V nichtig sein. Die Vorschrift setzt voraus, dass die Vereinbarung zwischen M-V und L ein subordinationsrechtlicher Vertrag i. S. d. § 54 S. 2 VwVfG M-V ist. Dies ist der Fall, wenn die Behörde gegenüber dem/der Vertragspartner/in auch zum Erlass eines VA ermächtigt wäre, der Ver-

¹⁷ BT-Drucks. 7/910 vom 18.07.1973, S. 81.

¹⁸ Akzentuierung des Effektivitätsarguments durch Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 58 Rn. 16 a.

¹⁹ Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 58 Rn. 19.

trag mithin einen Verwaltungsakt ersetzt.²⁰ Die Subventionszusage von M-V an L hätte auch im Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bürger/in in Form eines Verwaltungsakts ergehen können, der die Verpflichtung zur Einrichtung des Computerportals als Nebenbestimmung im Sinne des § 36 VwVfG M-V vorsehen könnte.

1. Nichtigkeit nach § 59 II Nr. 1 VwVfG M-V

Der Vertrag wäre gemäß § 59 II Nr. 1 VwVfG M-V nichtig, wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre. Die Nichtigkeit einer Subventionszusage mittels Verwaltungsakt unter ausdrücklichem Verzicht auf die Durchführung des Notifizierungsverfahrens könnte sich aus § 44 I VwVfG M-V ergeben. Voraussetzungen dafür sind das besondere Gewicht eines Rechtsverstößes und dessen Offenkundigkeit.

Besonders schwerwiegend ist ein Fehler, wenn der Verwaltungsakt aufgrund der Fehlerhaftigkeit unter keinen Umständen mit der Rechtsordnung vereinbar ist.²¹ Die besondere Bedeutung und der Rang des Unionsrechts begründen für sich genommen kein besonderes Gewicht eines Rechtsverstößes.²² Ebenso wenig handelt es sich bei der Subventionszusage um eine (begünstigende) Willkürmaßnahme. Die Nichteinhaltung formaler Verfahrensvoraussetzungen bei begründbarer Erwartung der Rechtmäßigkeit einer Subvention erscheint nicht gänzlich mit der Rechtsordnung unvereinbar.

Überdies müsste der Rechtsverstoß offenkundig sein. Dies ist der Fall, wenn sich die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts für unvoreingenommene, mit den Umständen vertraute Beobachter/innen geradezu aufdrängen muss.²³ Aufgrund der Ausnahmefähigkeit der Notifizierungsvorschriften im Primärrecht (Art. 107 II AEUV) und im Sekundärrecht (z. B. De-minimis-Verordnung²⁴) besteht die Möglichkeit, dass Dritte einen vergleichbaren Verwaltungsakt als rechtmäßig ansehen könnten. Folglich ist der Verwaltungsvertrag mangels eines besonders schwerwiegenden und offenkundigen Fehlers nicht nach § 44 I VwVfG M-V nichtig.

2. Nichtigkeit nach § 59 II Nr. 2 VwVfG M-V

Der Vertrag könnte aber nach § 59 II Nr. 2 VwVfG M-V nichtig sein. Danach begründet die Rechtswidrigkeit eines Vertrags dessen Nichtigkeit, wenn sie den Vertrags-

partner/innen bekannt ist und bei einem entsprechenden Verwaltungsakt nicht unbeachtlich wäre.

a) Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes

In Betracht kommt die Rechtswidrigkeit eines entsprechenden Verwaltungsakts aufgrund eines Verstoßes gegen den Vorbehalt des Gesetzes. Der Gesetzesvorbehalt wird aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) und dem Demokratieprinzip hergeleitet und verbietet Verwaltungshandeln ohne gesetzliche Ermächtigung.²⁵ Seine Anwendung bei belastendem Verwaltungshandeln ist unstreitig. Ob sich das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage auch auf die Leistungsverwaltung erstreckt, ist seit jeher heftig umstritten.

Nach einer Ansicht haben begünstigende staatliche Leistungen an Teilnehmer/innen am wettbewerblichen Marktgeschehen für Konkurrent/innen und die Allgemeinheit eine erhebliche Bedeutung und bedürfen daher eines Subventionsgesetzes (Lehre vom Totalvorbehalt).²⁶ Da die Zuwendungen an L nicht auf einem Gesetz zur Förderung des Außenhandels beruhen, käme diese Ansicht zur Rechtswidrigkeit eines entsprechenden Verwaltungsakts. Die Gegenansicht lässt eine parlamentarische Willensäußerung in Form der Bereitstellung von Fördermitteln im Haushalt als hinreichende Legitimierung für die Verwaltung ausreichen (Etatlegitimierung).²⁷ Vorliegend werden Mittel zur Auszahlung durch B an Private im Haushaltsplan des Wirtschaftsministeriums veranschlagt, so dass nach dieser Auffassung ein Verwaltungsakt rechtmäßig wäre.

Die Lehre vom Totalvorbehalt schränkt den Handlungsspielraum der Verwaltung zu stark ein. Zwar ist ihr zu zugestehen, dass die Kehrseite der begünstigenden Wirkung einer Subvention regelmäßig die Belastung Dritter darstellt. Allerdings ist erst dann eine gesetzliche Grundlage zu fordern, wenn – anders als im zu beurteilenden Fall – eine Rechtsverletzung anzunehmen ist. Andernfalls wäre der Staat daran gehindert, flexibel auf Bedarfssituationen reagieren zu können. Der Verzicht auf eine gesetzliche Grundlage gibt auch nicht den Schutz der unterlegenen Konkurrent/innen preis. Denn diese werden durch den Vorrang des Gesetzes und die Wirkungen des Art. 3 I GG vor willkürlichen Leistungsvergaben geschützt.

Ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes ist nicht anzunehmen.

²⁰ Vgl. Begr. d. RegE zum VwVfG, BT-Drucks. 7/910, S. 79 f.; Wolfram Höfling/Günter Krings, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, JuS 2000, S. 626 (628).

²¹ Hartmut Maurer, Allg. VerwR, 18. Aufl. 2011, § 10 Rn. 31.

²² BVerwG vom 26.08.1977, NJW 1978, 508.

²³ OVG Lüneburg vom 11.06.1985, DÖV 1986, 382–383.

²⁴ Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen.

²⁵ BVerfG vom 28.10.1975, BVerfGE 40, 237 (248 f.).

²⁶ Christoph Degenhart, Staatsrecht I, 27. Aufl. 2011, Rn. 308; Karl-Peter Sommermann, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 281.

²⁷ BVerwG vom 21.03.1958, NJW 1958, 1153; Werner Frotscher/Urs Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 5. Aufl. 2008, Rn. 561.

b) Verstoß gegen Art. 107 AEUV

Der Vertrag könnte aber aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 107 AEUV nichtig sein.

aa) Beihilfe gemäß Art. 107 I AEUV

Dann müssten die Leistungen an L eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 I AEUV sein. Beihilfen sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigungen jeder Art an Unternehmen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen und den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.²⁸

Die Vergünstigungen an L sind positive Leistungen bzw. Verschonungen von staatlich auferlegten Leistungspflichten und damit Zuwendungen im Sinne des Art. 107 I AEUV. Die Mittel werden zwar überwiegend von B in privater Organisationsform ausgezahlt, doch Art. 107 I AEUV unterscheidet nicht danach, ob die Beihilfe unmittelbar vom Staat oder mittelbar von privaten Einrichtungen, die vom Staat zur Durchführung der Beihilfenregelung eingerichtet wurden, gewährt wird.

Diese Zuwendungen müssten auch einen wirtschaftlichen Vorteil für L darstellen. Dieser erbringt eine Gegenleistung durch die vertraglich festgelegte Einrichtung eines Arbeitsplatzes. Aber wirtschaftlich handelnde Kapitalgeber/innen würden angesichts der Zuwendungs-summe bei lebensnaher Auslegung ein „Mehr“ an Leistung verlangen.²⁹ Somit ist die Zuwendung wirtschaftlich vorteilhaft.

Von einer Beeinträchtigung des europäischen Handels ist auszugehen, wenn die Stellung eines Unternehmens im Vergleich zu Mitbewerber/innen gestärkt wird, wobei eine Vermutung für eine Wettbewerbsverfälschung vorliegt, soweit ein/e Wettbewerber/in bevorzugt wird.³⁰ Diese Vermutung könnte unter Zugrundelegung der De-Minimis-Verordnung entkräftet werden. Danach haben Zuwendungen, die einen Betrag von 200.000 € innerhalb von drei Jahren nicht übersteigen, keine beeinträchtigende Wirkung. Allerdings sind nach Art. 1 I lit. d der VO 1998/2006 exportbezogene Tätigkeiten ausgeschlossen, die mit der Errichtung und dem Betrieb eines Vertriebsnetzes im Zusammenhang stehen.³¹ Hier dienen die Zuwendungen durch M-V der Förderung der Bestrebungen von L, ein Kontaktbüro in Lettland zur Vorbereitung künftiger Exporte seiner Landmaschinen

²⁸ Walter Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 3, 2007, § 2 Rn. 166; ausführlich zum herrschenden Beihilfenbegriff: Andreas Glaser/Jan Henrik Klement, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2009, S. 134 ff.

²⁹ Wolfram Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV Rn. 38.

³⁰ Gabriela von Wallenberg/Michael Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Bd. II, Art. 107 Rn. 74.

³¹ Gabriela von Wallenberg/Michael Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Bd. II, Art. 107 Rn. 81.

zu errichten. Mithin besteht die Vermutung der Wettbewerbsverfälschung weiterhin.

bb) Legalausnahme, Art. 107 II AEUV

Möglicherweise fällt die Beihilfe aber in den Anwendungsbereich einer Legalausnahme des Art. 107 II lit. c AEUV, wonach Beihilfen aus Gründen der Teilung Deutschlands zulässig sind. Allerdings ist die Vorschrift nach der Rechtsprechung des EuGH restriktiv auszulegen und erfasst nur „diejenigen wirtschaftlichen Nachteile, die durch die Isolierung aufgrund der Errichtung dieser physischen Grenze – beispielsweise durch die Unterbrechung der Verkehrswege oder den Verlust der Absatzgebiete aufgrund des Abbruchs der Handelsbeziehungen zwischen den beiden Teilen Deutschlands – in bestimmten Gebieten Deutschlands entstanden sind“.³² Damit sind strukturelle Defizite, die aufgrund des Wirtschaftssystems der DDR noch heute in den neuen Bundesländern zu geringerer Wirtschaftsleistung führen, gerade nicht von Art. 107 II AEUV umfasst.

cc) Ausnahmeentscheidung der Kommission, Art. 107 III lit. c AEUV

Grundsätzlich kann die Kommission gemäß Art. 107 III AEUV Beihilfen ausnahmsweise zulassen, wenn der Tatbestand einer Ausnahmevoraussetzung vorliegt. Die Entscheidung darüber liegt in ihrem Ermessen. Vorliegend kommt eine Genehmigung von Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete gemäß Art. 107 III lit. c AEUV in Betracht, da die strukturelle Arbeitslosigkeit in M-V im EU-Vergleich überdurchschnittlich hoch ist. Von der Ausnahmefähigkeit geht die Kommission hier aus, denn sie bejaht die Vereinbarkeit mit den Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung.³³ Von einer materiellen Unionsrechtswidrigkeit der Beihilfe ist mithin nicht auszugehen.

c) Zwischenergebnis

Der Vertrag ist nicht nach § 59 II Nr. 2 VwVfG M-V nichtig.

3. Nichtigkeit nach § 59 II Nr. 4 VwVfG M-V

Der Vertrag könnte aber gemäß § 59 II Nr. 4 VwVfG M-V in Verbindung mit § 56 I 2 VwVfG M-V wegen unzulässiger Gegenleistung nichtig sein.

Eine unzulässige Gegenleistung i. S. d. § 56 I 2 VwVfG M-V könnte darin zu sehen sein, dass die Zuwendungs-summe von 233.000 € im Verhältnis zur Verpflichtung der L, einen Computerarbeitsplatz für ein „M-V-Portal“ einzurichten, besonders hoch ist. Angemessenheit ge-

³² EuGH vom 30.09.2003, JA 2004, 285 (285 f.).

³³ Zu den Leitlinien für Beihilfen mit regionaler Zielsetzung vgl. Wolfram Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 Rn. 61 f.

mäß § 56 I 2 VwVfG M-V bedeutet, dass Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich ausgewogen sind und eine materielle Vertragsgerechtigkeit vorliegt.³⁴ Die Einrichtung eines Internetportals vermag ob des vergleichsweise geringen Aufwands die Anforderungen an einen gerechten Preis nicht zu erfüllen. Allerdings folgt das Angemessenheitsgebot dem Übermaßverbot und ist aus diesem Grund einseitig bürgerschützend und ausschließlich gegen den Staat gerichtet.³⁵ Der Verwaltungsträger ist folglich nicht daran gehindert, eine geringe Gegenleistung zu verlangen.³⁶ Ein Verstoß gegen das Angemessenheitsgebot liegt nicht vor.

4. Zwischenergebnis zur Nichtigkeit nach § 59 II VwVfG M-V

Der Vertrag zwischen L und M-V ist nicht nach § 59 II VwVfG M-V nichtig.

II. Nichtigkeit nach § 59 I VwVfG M-V

Die Vereinbarung könnte aus Gründen, die nach bürgerlichem Recht die Nichtigkeit eines Vertrags bedingen, nach § 59 I VwVfG M-V nichtig sein. In Betracht kommt ein Verstoß gegen gesetzliche Verbote i. S. v. § 59 I VwVfG M-V in Verbindung mit § 134 BGB. Diese sind zwingende Rechtsnormen, die einen Vertragsschluss als solchen bzw. den mit dem Vertrag bezweckten Erfolg schlechthin verbieten, weil ein öffentlicher Belang von erheblichem Gewicht tangiert wird.³⁷

1. Verstoß gegen Handlungsformverbot der Abgabenordnung [AO]

Der Verzicht auf die Beitreibung einer Steuerforderung (Ziff. 4 des Vertrags) könnte gegen ein gesetzliches Vertragsformverbot verstoßen. Vertragsformverbote sind Verbotsgesetze i. S. d. § 134 BGB und schließen das Handeln in Vertragsform unabhängig vom konkreten Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung aus.³⁸

Die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass Verträge über den Erlass von Steuerforderungen gegen ein Handlungsformverbot verstoßen.³⁹ Die Finanzbehörden sind bei Vorliegen einer Steuerschuld verpflichtet, die Steuer gemäß § 155 AO mittels Steuerbescheid, der Verwaltungsakt im Sinne des § 118 AO ist, festzusetzen.⁴⁰

34 Michael Fehling, in: Fehling/Kastner, VerwR, 2. Aufl. 2009, § 56 Rn. 26.

35 Heinz Joachim Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 59 Rn. 39a.

36 BT-Drucks. 7/910, S. 82; Hans-Günter Henneke, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 56 Rn. 14.

37 Michael Fehling, in: Fehling/Kastner, VerwR, 2. Aufl. 2009, § 59 Rn. 14; OVG Münster vom 22.09.1982, NVwZ 1984, 522 (524).

38 Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 54 Rn. 42; Heinz Joachim Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 52 Rn. 102f.

39 BVerwG vom 05.06.1959, NJW 1959, 1937.

40 Die Begriffe des Verwaltungsakts der Abgabenordnung und der

Bei der Festsetzung von Steuern besteht also kein Ermessen der Finanzbehörden. Ein Erlass der Steuerschuld ist hingegen gemäß § 227 AO grundsätzlich aus Billigkeitsgründen möglich. Allerdings müsste dieser Erlass ebenfalls durch einen Steuerverwaltungsakt erfolgen.⁴¹ Dies folgt bereits aus dem actus-contrarius-Grundsatz, nach dem eine Gegenmaßnahme die Rechtsnatur der Ausgangsmaßnahme teilen muss,⁴² und wird inhaltlich dadurch bestätigt, dass das Abgabenrecht von den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Abgabenerhebung geprägt ist. Dementsprechend enthält die AO keine den §§ 54 ff. VwVfG M-V vergleichbaren Vorschriften über Verträge und ist damit grundsätzlich „vertragsfeindlich“.⁴³ Ziffer 4 des Vertrags verstößt damit gegen ein Handlungsformverbot. Eine andere Rechtsfolge als die Nichtigkeit sieht § 134 BGB bei einem Verstoß gegen ein Handlungsformverbot nicht vor.⁴⁴ Damit ist Ziffer 4 des Vertrags als nichtig anzusehen.

Fraglich ist, ob die Nichtigkeit der Steuerverzichtsvereinbarung zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führt. Nach § 59 III VwVfG M-V bedingt die Nichtigkeit eines Teils einer Vereinbarung nicht deren Gesamtnichtigkeit, wenn diese auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Vorliegend lassen sich die unterschiedlichen Teilleistungen der Vereinbarung zwischen L und M-V bruchlos voneinander separieren. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Beteiligten auch ein Interesse an einer um die Steuervergünstigung reduzierten Förderung gehabt hätten. Die Nichtigkeit der Ziffer 4 beeinflusst damit nicht die Wirksamkeit des übrigen Vertrags.

2. Verstoß gegen Art. 108 III AEUV (Notifizierungspflicht)

Des Weiteren könnte der Vertrag aufgrund eines Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht aus Art. 108 III AEUV nichtig sein.

Da das Wirtschaftsministerium auf eine Mitteilung der beabsichtigten Beihilfe verzichtet hat, liegt ein Verstoß gegen Art. 108 III 1 AEUV vor. Ob dieser zwingend zur Nichtigkeit des Verwaltungsvertrags führt, wird mittlerer-

Verwaltungsverfahrensgesetze sind identisch, Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 12; zur Festsetzung der Steuer mittels Verwaltungsakt Klaus Tipke/Joachim Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 4 Rn. 160.

41 Rüdiger von Groll, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 227 AO Rn. 371.

42 Michael Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 49 Rn. 115, § 48 Rn. 242.

43 Hans-Uwe Erichsen, Zur Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze, VerwArch 70 (1979), S. 349 (352). Die im Vordringen befindliche Gegenauffassung relativiert die „Vertragsfeindlichkeit“ im Abgabenrecht und sieht Gestaltungsmöglichkeiten bei der Vereinbarung von Stundungen, Zahlungsmodalitäten etc., vgl. Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 54 Rn. 5.

44 Vgl. Philipp Reimer, Stundung, Erlass und Niederschlagung von Forderungen der öffentlichen Hand – sämtlich verbotene Beihilfen?, NVwZ 2011, S. 263 (264).

weile uneinheitlich bewertet. Das Ergebnis hängt davon ab, ob Art. 108 III AEUV als gesetzliches Verbot im Sinne des § 59 I VwVfG M-V i. V. m. § 134 BGB angesehen wird.

Die (wohl noch) herrschende Ansicht bejaht den Verbotscharakter des Art. 108 III AEUV.⁴⁵ Dies soll selbst dann gelten, wenn die Kommission in ihrer abschließenden Entscheidung die Beihilfe für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt.⁴⁶ Aus den zugrunde liegenden Erwägungen zu Art. 108 III 3 AEUV, der Gewährung gleicher Chancen im Wettbewerb und der Einhaltung der Kompetenzordnung zu dienen, wird dem formellen Verstoß eine zusätzliche materielle Bedeutung gegeben, sodass an der Rechtsfolge der Nichtigkeit nach der älteren Judikatur des EuGH „kein Weg vorbeiführen“ solle.⁴⁷

Allerdings hat der EuGH in seiner neueren Judikatur festgestellt, dass in Art. 108 III 3 AEUV keine Aussage zur Erforderlichkeit der Rückforderung einer Subvention bei einem nur formellen Verstoß gegen das Durchführungsverbot getroffen werde.⁴⁸ Der Normzweck der Freihaltung des Marktes von unvereinbaren Beihilfen sei bei materiell rechtmäßigen Beihilfen nicht verletzt, so dass diese nicht zwingend zurückzufordern seien.⁴⁹ Die zunehmend vertretene Gegenauffassung folgert aus dieser Rechtsprechung, dass die Nichtigkeit eines Verpflichtungsgeschäftes bei einem Verstoß gegen Art. 108 III AEUV aus europarechtlicher Sicht nicht zwingend sei.⁵⁰ Dies gelte insbesondere, weil die deutsche Rechtsordnung neben der Nichtigkeit die schwebende Unwirksamkeit als Folge eines Rechtsverstoßes anerkenne.⁵¹

⁴⁵ EuGH vom 21.11.1991, NJW 1993, 49 (50); BGH vom 04.04.2003, EuZW 2003, 444 (446); *Elke Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers/Gurlit, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 32 Rn. 25.

⁴⁶ BGH vom 04.04.2003, EuZW 2003, 444 (445); *Barbara Remmert*, Die Nichtigkeit von Verwaltungsverträgen wegen Verstoßes gegen das EG-Beihilfenrecht, EuR 2000, S. 469 (477 f.).

⁴⁷ BGH vom 04.04.2003, EuZW 2003, 444 (445); *Martin Gellermann*, Verwaltungsvertragliche Subventionsverhältnisse im Spannungsfeld zwischen Beihilfenkontrolle und Verwaltungsverfahrensrecht, DVBl. 2003, S. 481 (485).

⁴⁸ EuGH vom 12.02.2008, EuZW 2008, 145–148; *Josef Franz Lindner*, Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfenverbots, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 12.02.2008 (C-199/06), GewArch 2008, S. 236 (238).

⁴⁹ EuGH vom 12.02.2008, EuZW 2008, 145–148; *Andreas Bartosch*, Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfenverbots, EuZW 2008, S. 235 (235).

⁵⁰ *Michael Fehling*, in: Fehling/Kastner, VerwR, 2. Aufl. 2009, § 59 Rn. 17; *Andreas Bartosch*, EuZW 2008, S. 235 (240).

⁵¹ *Elke Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers/Gurlit, Allg. VerwR, 14. Aufl. 2010,

Die letztgenannte Ansicht erscheint insgesamt vorzugswürdig. Sie beinhaltet einerseits eine Anerkennung der Kompetenz der Kommission, in der Sache eine verbindliche Entscheidung über die Zulässigkeit einer Beihilfe treffen zu können. Wäre der Vertrag als von Anfang an nichtig anzusehen, bliebe eine rechtmäßige positive Entscheidung der Kommission im Ergebnis ohne Wirkung.⁵² Zugleich steht diese Ansicht im Einklang mit dem Abstraktionsprinzip der deutschen Rechtsgeschäftslehre, das zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterscheidet. Das Verbot der Auszahlung einer beabsichtigten Subvention betrifft zunächst nur die Verfügung und muss nicht zwingend auf die Wirksamkeit des verpflichtenden Vertrags durchschlagen.⁵³ Die spätere Genehmigung der Kommission entfaltet nur eine Wirkung ex nunc und eine entgegen Art. 108 III 3 AEUV ausbezahlte Beihilfe gemäß Art. 11 II BeihilfeVO kann auch vorläufig zurückgefordert werden, sodass dadurch auch nicht der Regelungszweck des Art. 107 AEUV unterlaufen wird.⁵⁴ Aus diesen Gründen ermöglicht diese Ansicht eine interessengerechte und flexible Handhabung rein formeller Verstöße gegen die Notifizierungspflicht.

Damit ist der Vertrag nicht wegen Verstoßes gegen Art. 108 III 3 AEUV nichtig, sondern bis zur endgültigen Entscheidung der Kommission schwebend unwirksam.

3. Zwischenergebnis zur Wirksamkeit des Vertrags

Klausel Nr. 4 des Vertrags ist aufgrund eines Verstoßes gegen ein Vertragsformverbot nach § 59 I VwVfG M-V i. V. m. § 134 BGB nichtig. Im Übrigen ist der Vertrag nach der hier vertretenen Ansicht schwebend unwirksam.

C. Ergebnis

Der Anspruch des L gegen M-V ist nicht durchsetzbar.

§ 32 Rn. 25; vgl. *Christian Armbrüster*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 4.

⁵² *Jens-Peter Schneider*, NJW 1992, S. 1197 (1199); *Markus Pütz*, EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB, NJW 2004, S. 1999 (2201).

⁵³ *Klaus Rennert*, EuZW 2011, S. 576 (577).

⁵⁴ *Michael Fehling*, in: Fehling/Kastner, VerwR, 2. Aufl. 2009, § 59 Rn. 17.

Christopher Schack*

Die urheberrechtliche Zulässigkeit der Nutzungsbedingungen von Facebook

Dieser Beitrag befasst sich mit urheberrechtlichen Rechteeinräumungsklauseln in sozialen Netzwerken. Es wird geklärt, ob für nutzergenerierte Inhalte urheberrechtlicher Schutz besteht. Anschließend wird geprüft, ob Rechteeinräumungsklauseln erforderlich und in welchem Umfang sie zulässig sind. Dies erfolgt anhand einer Analyse der Nutzungsbedingungen von Facebook.

I. Soziale Netzwerke in Deutschland

Das Phänomen „Facebook“ wirft zahlreiche rechtliche Fragen auf. Neben den augenscheinlichen wettbewerbs-¹, datenschutz-², persönlichkeits-, ordnungs-³ und arbeitsrechtlichen⁴ Problemen ist auch das Urheberrecht betroffen. Die Brisanz dieses Themas wird deutlich, wenn man beachtet, dass allein bei Facebook monatlich 7 Milliarden Fotos hochgeladen werden.⁵ An solchen nutzergenerierten Inhalten lassen sich die Netzwerke durch ihre Nutzungsbedingungen häufig weitumfängliche Nutzungsrechte einräumen.⁶

II. Urheberrechtlicher Schutz für nutzergenerierte Inhalte

Das UrhG schützt Werke (§§ 2 ff. UrhG) sowie künstlerische, unternehmerische und wissenschaftliche Leistungen (verwandte Schutzrechte).⁷ Werke sind persönliche geistige Schöpfungen, § 2 II UrhG. So können Facebook-Posts Sprachwerke i. S. d. § 2 I Nr. 1 UrhG und Fotos oder Avatare Lichtbildwerke i. S. d. § 2 I Nr. 5 UrhG sein⁸. Erforderlich ist, dass diese eine gewisse Gestaltungshöhe erreicht haben.⁹ Im Hinblick auf das Prinzip der kleinen

Münze¹⁰ und neuerer EuGH-Rechtsprechung¹¹ ist die Schwelle grundsätzlich niedrig anzusetzen.

Ohne das Erfordernis einer Gestaltungshöhe können Leistungsschutzrechte entstehen. So werden z. B. Lichtbilder, die keine Lichtbildwerke sind, entsprechend dem ersten Teil des UrhG geschützt, § 72 I UrhG. Ähnliche Regelungen bestehen für Laufbilder (§ 95 UrhG) und andere verwandte Schutzrechte (§§ 70, 71, 73 ff., 85 f., 87 UrhG). Welche Rechte den Leistungsschutzberechtigten zustehen, hängt von der Art des Leistungsschutzrechts ab.

Im Ergebnis gibt es unzweifelhaft urheber- bzw. leistungsschutzrechtlich geschützte Nutzerinhalte in sozialen Netzwerken.

III. Erforderlichkeit von Rechteeinräumungen

Je nach Art und vor allem Reichweite des Angebots benötigen soziale Netzwerke verschiedene Nutzungsrechte. Sollen Inhalte auf einer Plattform für jedermann abrufbar sein, wird das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19 a UrhG) benötigt. „Öffentlichkeit“ ist nach § 15 III UrhG zu beurteilen und wird bei Posts auf Profilen mit großem „Freundeskreis“ oder in großen „Freundeslisten“ in sozialen Netzwerken regelmäßig vorliegen.¹² Bei kleineren „Freundeslisten“ oder Kreisen bei Google+ kann anderes gelten. Ein Recht zur Bearbeitung (§ 23 UrhG) kann zur Erstellung von Thumbnails erforderlich sein.¹³ In jedem Fall ist ein Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) erforderlich, um die Nutzerinhalte auf dem Anbieterserver zu speichern.¹⁴ Ferner sollten die Rechte unterlizensierbar sein, da andernfalls das Browsen durch gewerbliche Nutzer/innen eine Urheberrechtsverletzung

* Baccalaureus Artium der systematischen Musikwissenschaft und stud. iur. an der Universität Hamburg.

¹ KG vom 29.04.2011, MMR 2011, 464–465.

² Niko Härtling, Fanpages auf Facebook, ITRB 2012, S. 109–111.

³ Ilya Levin/Michael Schwarz, Zum polizeirechtlichen Umgang mit sog. Facebook-Partys – „Ab geht die Party und die Party geht ab!“... oder doch nicht?, DVBl. 2012, S. 10–17.

⁴ Arno Frings/Ulrich Wahlers, Social Media, iPad & Co. im Arbeitsverhältnis, BB 2011, S. 3126–3133.

⁵ Nico Kirch, Zahlen, Daten und Fakten zu Facebook im Jahr 2011, <http://www.socialmediastatistik.de/zahlen-daten-und-fakten-zu-facebook-jahr-2011/> (23.06.2012).

⁶ Matthias Berberich, Virtuelles Eigentum, 2010, S. 439.

⁷ Artur-Axel Wandtke, in: ders. (Hg.), Urheberrecht, 2. Aufl. 2010, 7. Kap. Rn. 1.

⁸ Kirsten-Inger Wöhrn, in: Wandtke (Hg.), UrhR, 2. Aufl. 2010, 2. Kap. Rn. 77; Matthias Berberich, Der Content „gehört“ nicht Facebook! AGB-Kontrolle der Rechteeinräumung an nutzergenerierten Inhalten, MMR 2010, S. 736–741.

⁹ Winfried Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 2 Rn. 23; krit. zum Begriff Gestaltungs-

höhe: Ulrich Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 2 Rn. 25.

¹⁰ Kirsten-Inger Wöhrn, in: Wandtke (Hg.), UrhR, 2. Aufl. 2010, 2. Kap. Rn. 9.

¹¹ EuGH vom 16.07.2009, GRUR 2009, 1041 (1045): 11 Wörter als Werk i. S. d. Art. 2 lit. a RL 2001/29/EG.

¹² Jan Dirk Heerma, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Aufl. 2009, § 15 Rn. 18 ff.: Öffentlichkeit liegt vor, wenn der Empfängerkreis nicht persönlich verbunden ist, ab 100 Personen ist persönliche Verbundenheit untereinander unwahrscheinlich.

¹³ Andreas Wiebe, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 23 UrhG Rn. 5; LG Hamburg vom 05.09.2003, MMR 2004, 558–562; a. A. BGH vom 29.04.2010, GRUR 2010, 628 (630).

¹⁴ Niko Härtling/Daniel Schätzle, Nutzungsbedingungen in Social Networks, Transparenzgebot und Inhaltskontrolle für soziale Netzwerke, ITRB 2011, S. 40 (42).

darstellen kann.¹⁵ Diese Rechte werden i. d. R. weltweit gelten müssen.

Nutzt ein soziales Netzwerk geschützte Inhalte seiner Nutzer/innen ohne Berechtigung, setzt es sich u. a. möglichen Unterlassungs- (§ 97 I UrhG), Schadenersatz- (§ 97 II UrhG, § 823 I BGB i. V. m. § 2 bzw. §§ 280 I, 241 II BGB)¹⁶ und Bereicherungsansprüchen (§ 812 BGB) aus.

Eine Rechteeinräumung ist daher erforderlich.

IV. Zulässigkeit der Einräumungsklausel bei Facebook

Inwieweit die Rechteeinräumungsklauseln in den AGB von sozialen Netzwerken zulässig sind, wird im Folgenden für Verbraucher am Beispiel von Facebook dargestellt.

1. Probleme beim Vertragsschluss

Wie im gesamten Zivilrecht gilt im Urhebervertragsrecht der Grundsatz der Privatautonomie.¹⁷ Die Einräumung von Nutzungsrechten (§§ 31 ff. UrhG) erfolgt durch Verfügungsgeschäft (Vertrag).¹⁸ Die Vorschriften des BGB, insbesondere die über Rechtsgeschäfte, finden im Urhebervertragsrecht Anwendung.¹⁹

a) Anwendbares Recht

Voraussetzung hierfür ist die Anwendbarkeit deutschen Rechts.

Vertragspartnerin der Nutzer/innen ist die Facebook Ireland Ltd.²⁰ Mangels Gerichtsstandswahl²¹ ist für deutsche Verbraucher/innen das Gericht an ihrem Wohnsitz (Art. 15 I lit. c, 16 I EuGVVO) und das Gericht am Sitz der Beklagten (Art. 2 I EuGVVO) zuständig. An beiden gilt einheitliches europäisches Kollisionsrecht, nach dem die bei Facebook getroffene deutsche Rechtswahl²² zulässig ist, Art. 3 I Rom-I-VO.

Für Nutzungen innerhalb Deutschlands gilt deutsches Urheberrecht. Fraglich ist im Hinblick auf das Territorialitätsprinzip, ob es auch für Nutzungen im Ausland gilt.

Nach herrschender Meinung wird das urheberrechtliche Verfügungsgeschäft dem Vertragsstatut unterstellt (Einheitstheorie).²³ Dadurch wird bei internationalen Verträgen eine Zersplitterung in viele unterschiedliche Rechtsordnungen vermieden.²⁴ Die Entstehung, Wirkung und das Erlöschen des Urheberrechts ist wegen des Territorialitätsprinzips stets nach dem Recht des Schutzlands zu beurteilen²⁵, nicht jedoch dessen Umfang.²⁶

Der Einheitstheorie folgend, gilt das deutsche Vertragsstatut auch für ausländische Nutzungen.

b) Geschäftsfähigkeit

Rechtliche Probleme können sich durch die hohe Beteiligung²⁷ Minderjähriger in den sozialen Netzwerken ergeben. Die nicht nur rechtlich vorteilhafte Willenserklärung eines beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen ist ohne Einwilligung des/der gesetzlichen Vertreters/in schwebend unwirksam, §§ 106 ff. BGB.

Jüngere Kinder unterliegen bei der Internetnutzung i. d. R. einer Nutzungskontrolle ihrer gesetzlichen Vertreter.²⁸ Ob eine Duldung der Nutzung eine konkludente Zustimmung darstellt, ist fraglich. Einwilligungen sind restriktiv auszulegen²⁹, daher wird ein „Schweigen“ regelmäßig nicht ausreichen.³⁰ Selbst wenn eine Einwilligung zur Anmeldung bei einem sozialen Netzwerk vorliegt, sind die Folgegeschäfte (z. B. Rechteeinräumung an Fotos) hiervon im Zweifel nicht gedeckt.³¹ Es wird vertreten, dass mit der Eröffnung eines Accounts durch die Eltern eine beschränkte Generaleinwilligung vorliege.³² Dies kann für kleinere Geschäfte (z. B. Kauf von Credits in Onlinespielen) richtig sein. Es wird aber nicht der vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Tragweite von urheberrechtlichen Nutzungseineräumungen gerecht.

15 Artur-Axel Wandtke/Eike Wilhelm Grunert, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Aufl. 2009, § 31 Rn. 57.

16 § 823 I BGB nur, soweit er über § 97 hinausgeht, Gerhard Schriker/Ulrich Loewenheim, in: Schriker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl. 2010, Einleitung Rn. 42.

17 Christian Berger/Sebastian Wündisch, Urhebervertragsrecht, 2008, § 1 Rn. 60 f.

18 Thomas Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, 3. Aufl. 2008, § 31 Rn. 15; Jochen Scholz, in: Mestmäcker/Schulze, Kommentar zum deutschen Urheberrecht, § 31 Rn. 28, Stand: Dez. 2010.

19 Paul W. Hertin, in: Mestmäcker/Schulze, UrhR, Vor §§ 31 ff. Rn. 23, Stand: Dez. 2010.

20 Ziff. 19.1 S.2 Facebook-AGB in der Fassung vom 08.06.2012.

21 Ziff. 5 der besonderen Bestimmungen für deutsche Nutzer/innen vom 20.04.2012.

22 Ebenda.

23 Ulrich Loewenheim, Rechtswahl bei Filmlizenzverträgen, ZUM 1999, S. 923 (927); Paul Katzenberger, Urheberrechtsverträge im Internationalen Privatrecht und Konventionsrecht, in: Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hg.), Urhebervertragsrecht, Festgabe für Gerhard Schriker zum 60. Geburtstag, 1995, S. 225 (249).

24 Paul Katzenberger, in: Schriker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 120 ff. Rn. 149.

25 Eugen Ulmer, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht, 1975, S. 37, 50, 52; Paul Katzenberger, in: Schriker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 120 ff. Rn. 150; ders., in: Urhebervertragsrecht, FS Schriker, 1995, S. 225 (257).

26 Eugen Ulmer, Immaterialgüterrechte, 1975, S. 7.

27 „Mindestalter“ bei Facebook: 13 Jahre, Ziff. 4 Nr. 5 Facebook-AGB (08.06.2012).

28 Vgl. § 1626 BGB; auch LG München I vom 19.06.2008, MMR 2008, 619–622.

29 Jérôme Lange, in: jurisPK BGB, 5. Aufl. 2010, § 108 Rn. 34.

30 Jochem Schmitt, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 108 Rn. 10.

31 Jürgen Ellenberger, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 107 Rn. 9; Jérôme Lange, in: jurisPK BGB, 5. Aufl. 2010, § 108 Rn. 34.

32 Mathias Schneider, Virtuelle Werte. Der Handel mit Accounts und virtuellen Gegenständen im Internet, 2010, S. 216.

Die Rechteeinräumung durch Minderjährige könnte gemäß § 110 BGB wirksam sein. Denn „Mittel“ i. S. d. Norm können Sachen und Rechte sein.³³ § 110 BGB setzt jedoch ein Überlassen durch den gesetzlichen Vertreter, also die Zustimmung, voraus.³⁴ Für eine konkludente Zustimmung wird i. d. R. eine dem Alter entsprechende Form von Nutzungskontrollen erforderlich sein.

Im Ergebnis dürfte somit nur in Ausnahmefällen eine wirksame Verfügung über Nutzungsrechte vorliegen.

2. Urheberrechtliche Zulässigkeit

Die Frage nach der urheberrechtlichen Zulässigkeit ist einer AGB-Kontrolle vorgelagert.³⁵

a) Zweckübertragungslehre, § 31 V UrhG

Welche Rechte eingeräumt werden, ist durch Auslegung festzustellen. Als wichtigste Auslegungsregel im Urheberrecht kommt hier die Zweckübertragungslehre in Betracht.³⁶ Diese findet u. a. in § 31 V UrhG Ausprägung, wonach im Zweifel nur die zur Erreichung des Vertragszwecks erforderlichen Nutzungsrechte eingeräumt werden.³⁷

Gemäß Ziff. 2.1 Facebook-AGB i. V. m. Ziff. 1 der besonderen Bestimmungen für Deutsche sollen Nutzungsrechte für die Verwendung „auf oder in Verbindung mit Facebook“ eingeräumt werden. Eine Nutzung für Zwecke i. V. m. Facebook könnte etwa Werbezwecke umfassen. Mangels Bestimmtheit ist gemäß § 31 V UrhG auf den von beiden Parteien verfolgten Vertragszweck abzustellen.³⁸

Der Vertragszweck ist, Nutzer/innen eine Plattform zu bieten, auf der sie mit anderen Nutzer/innen Inhalte austauschen können. Die Nutzer/innen sollen dabei Zugriff auf eigene und teils fremde Inhalte haben. Eine anderweitige Nutzung wird nicht von beiden Vertragsparteien vorausgesetzt und ist daher auch von der Rechteeinräumung nicht mit umfasst.

Entsprechendes gilt für die Bestimmung, wonach Rechte an Inhalten, die „im Zusammenhang mit Facebook“

gepostet werden, eingeräumt werden sollen. Diese Regelung bestimmt nicht eindeutig, welche Inhalte erfasst sein sollen. Gemäß § 31 V UrhG können nur Inhalte erfasst sein, die „auf“ Facebook gepostet werden.

Das Nutzungsrecht solle fortbestehen, nachdem die Inhalte oder der Account durch die Nutzer/innen gelöscht werden, falls andere Nutzer/innen ihre Inhalte geteilt haben. Spätestens wenn Nutzer/innen ihren Account löschen, werden sie regelmäßig kein Interesse mehr daran haben, dass die Inhalte weiterhin öffentlich zugänglich sind. Es dient nicht mehr der Erreichung des Vertragszwecks. Eine Auslegung nach der Zweckübertragungslehre kommt jedoch nur in Betracht, wenn die Reichweite³⁹ des Nutzungsrechts nicht ausdrücklich bestimmt ist, § 31 V UrhG. Eine über den Vertragszweck hinausgehende Rechteeinräumung ist grundsätzlich zulässig.⁴⁰ Mangels Unbestimmtheit kommt die Zweckübertragungslehre diesbezüglich nicht zur Anwendung. Ferner wird auch das unverzichtbare Recht zum Rückruf (§ 42 I UrhG) durch diese Regelung nicht berührt.

b) Angemessene Vergütung, § 32 I UrhG

Die Facebook-AGB sehen die Einräumung eines gebührenfreien Nutzungsrechts an den nutzergenerierten Inhalten vor. Das Urheberrecht gewährt einen Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung, § 32 I 1 UrhG. Vertraglich kann auch eine „Nullvergütung“ vereinbart sein.⁴¹ Ist eine unangemessene Vergütung bestimmt, so kann der/die Rechtsinhaber/in von dem/der Vertragspartner/in die Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen, durch die dem Urheber die angemessene Vergütung gewährt wird, § 32 I 3 UrhG. Dieser Anspruch berührt jedoch zunächst nicht die Wirksamkeit der getroffenen Regelung.

c) Übertragbarkeit, § 34 V UrhG

Der antizipierten Zustimmung zur Übertragung des Nutzungsrechts steht § 34 I 1 UrhG nicht entgegen, da diese Regelung gemäß § 34 V 2 UrhG dispositiv ist. Jedoch gilt auch hier, dass der Vertragszweck die Reichweite der Übertragbarkeit bestimmt, § 31 V 2 UrhG.

3. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die Nutzungsbedingungen von Facebook sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die vom/von der Verwender/in gestellt werden (§ 305 I 1 BGB).

³³ Jérôme Lange, in: jurisPK BGB, 5. Aufl. 2010, § 110 Rn. 24; zumindest nicht nur Geld, Hans-Georg Knothe, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2011, § 110 Rn. 11.

³⁴ Nach h. M. ist § 110 BGB ein Sonderfall der Einwilligung, vgl. Jochem Schmitt, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 110 Rn. 4; Jürgen Ellenberger, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 110 Rn. 1.

³⁵ Katja Kuck, Kontrolle von Musterverträgen im Urheberrecht, GRUR 2000, S. 285 (288).

³⁶ Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 615; Gerhard Schricker/Ulrich Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl. 2010, § 31 Rn. 64 ff.; Christian Donle, Die Bedeutung des § 31 Abs. 5 UrhG für das Urhebervertragsrecht, 1993, S. 6 ff.

³⁷ Gerhard Schricker/Ulrich Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl. 2010, § 31 Rn. 64; Gernot Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhR, 3. Aufl. 2008, § 31 Rn. 110; BGH vom 22.01.1998, ZUM 1998, 497 (500).

³⁸ Vgl. Ulrich Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl. 2010, § 31 Rn. 88.

³⁹ Hierzu Ulrich Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl. 2010, § 31 Rn. 79.

⁴⁰ Silke Pütz, Parteiautonomie im internationalen Urhebervertragsrecht, 2005, S. 135; Christian Donle, Die Bedeutung des § 31 Abs. 5 UrhG, 1993, S. 81.

⁴¹ Silke Pütz, Parteiautonomie, 2005, S. 138 f.

a) Anwendbarkeit

Trotz der Stellung der §§ 305 ff. BGB im Recht der Schuldverhältnisse sind diese auch auf (urheberrechtliche) Verfügungen anwendbar.⁴²

Facebook richtet sich primär an Verbraucher/innen. Gemäß § 310 I BGB finden die §§ 305 ff. BGB bei der Überprüfung der AGB uneingeschränkt Anwendung. Zudem gelten die Privilegierungen der § 310 III Nr. 1–3 BGB.

b) Einbeziehung**aa) Ausdrücklicher Hinweis, § 305 II Nr. 1 BGB**

Auf die Nutzungsbedingungen wird bei der Registrierung ausreichend deutlich hingewiesen, § 305 II Nr. 1 BGB.

bb) Überraschende Klauseln, § 305 c I BGB

Überraschenden Klauseln, mit denen nach den Umständen vernünftigerweise nicht gerechnet werden braucht, werden nicht Vertragsbestandteil, § 305 c I BGB. Zweifel gehen gemäß § 305 c II BGB zulasten der Verwender/innen, wenn die Zweckübertragungstheorie kein eindeutiges Ergebnis schafft und wenigstens zwei vertretbare Auslegungen verbleiben.⁴³ Dann ist zunächst die kundenfeindlichste Auslegung heranzuziehen.⁴⁴ Hält diese der AGB-Kontrolle stand, gilt die kundenfreundlichste Auslegung.⁴⁵

Wenn man den „im Zusammenhang mit“-Klauseln trotz Zweckübertragungstheorie zwei mögliche Auslegungen zugrunde legt, werden jene, welche Inhalte bzw. Nutzungen außerhalb von Facebook erfassen, überraschend i. S. d. § 305 c I BGB und damit nicht Vertragsbestandteil sein.

Auch die über die Vertragsdauer hinausreichende Geltung der Nutzungsrechte könnte überraschend sein. Die weite Verbreitung vergleichbarer Klauseln spricht jedoch gegen ein Überraschungsmoment.⁴⁶ Die restlichen Bestimmungen sind daher in die allgemeinen Geschäftsbedingungen einbezogen.

c) Inhaltskontrolle

Die wirksam einbezogenen Vertragsbedingungen unterliegen einer Inhaltskontrolle nach Maßgabe der §§ 309, 308, 307 BGB.

⁴² Jürgen Basedow, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 305 Rn. 9.

⁴³ Katja Kuck, GRUR 2000, S. 285 (286); Jan Bernd Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 10. Aufl. 2008, Vor §§ 31 ff. Rn. 98.

⁴⁴ Zur Vermeidung einer geltungserhaltenden Reduktion, Hubert Schmidt, in: BeckOK BGB, 23. Ed., § 305 c Rn. 56.

⁴⁵ Hubert Schmidt, in: BeckOK BGB, 23. Ed., § 305 c Rn. 10; die Rspr. trennt teils nicht zwischen Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle, sondern stellt auf die unangemessene Benachteiligung ab, vgl. BGH vom 30.06.1995, BGHZ 130, 150 (154); Jürgen Basedow, in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 305 c Rn. 3 f.

⁴⁶ Oliver Castendyk, Lizenzverträge und AGB-Recht, ZUM 2007, S. 169 (171); Artur-Axel Wandtke/Eike Wilhelm Grunert, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Aufl. 2009, Vor §§ 120 ff. Rn. 102; Niko Härting/Daniel Schätzle, Kennzeichenrechte und Social Networks, ITRB 2011, S. 40 (42).

aa) Kontrollfähigkeit

Keiner Inhaltskontrolle unterliegen jedoch die vertraglichen Hauptpflichten, weil diese durch den marktwirtschaftlichen Grundsatz von Nachfrage und Angebot bestimmt werden.⁴⁷

Was die vertragliche Hauptpflicht ist, ist umstritten. So wird vertreten, § 31 V UrhG habe eine Doppelfunktionalität, die sowohl die Angemessenheitsprüfung i. S. d. § 307 II Nr. 1 BGB als auch die Kontrollfähigkeit gemäß § 307 III 1 BGB betreffe.⁴⁸ Andere sehen die Rechteeinräumung grundsätzlich als Hauptleistung an, sodass eine Inhaltskontrolle ausscheide.⁴⁹

Inwieweit dieser Streitstand auf die sozialen Netzwerke passt, ist zweifelhaft. Facebook lebt von den nutzergenerierten Inhalten. Gerade diese machen die Plattform besonders attraktiv. Man könnte daher die Einräumung der Nutzungsrechte als Gegenleistung (und Hauptleistung) zur Bereitstellung der Plattform ansehen. Dies wird der Sache jedoch in zweierlei Hinsicht nicht gerecht. Zum einen kann in Nutzerinhalten kaum ernsthaft die Gegenleistung zur Bereitstellung der Plattform gesehen werden. Diese ist vielmehr in den aus der Nutzung der Plattform folgenden Werbeerlösen zu sehen. Die Rechteeinräumung stellt nur eine notwendige Begleiterscheinung dar. Zum anderen würde der Ausschluss der Inhaltskontrolle bzgl. der Rechteeinräumung dem Schutzzweck der §§ 305 ff. BGB und wesentlichen Prinzipien des Urheberrechts (u. a. §§ 11, 31 V, 32 ff. UrhG) zuwiderlaufen, die u. a. dazu dienen, „schwächere“ Vertragspartner/innen zu schützen.

Die Rechteeinräumungen sind demnach nicht als Hauptleistung i. S. d. § 307 III 1 BGB zu qualifizieren.

bb) Generalklausel § 307 BGB

Die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB greifen nicht. Die Unwirksamkeit einer Klausel kann sich aber aus der Generalklausel des § 307 BGB ergeben. Eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 I 1 BGB kann sich daraus ergeben, dass die Bestimmungen der Facebook-AGB von wesentlichen Grundgedanken („Leitbild“) einer gesetzlichen Regelung unvereinbar abweicht, § 307 II Nr. 1 BGB.⁵⁰

(1) Zweckübertragungslehre, § 31 V UrhG

Nach Ansicht der herrschenden Lehre ist die Zweckübertragungslehre als ein solches „Leitbild“ anzusehen.⁵¹ An-

⁴⁷ Art. 4 II RL 93/13/EWG; Eva-Maria Kieninger, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 307 Rn. 1.

⁴⁸ Matthias Berberich, Die Doppelfunktion der Zweckübertragungslehre bei der AGB-Kontrolle, ZUM 2006, S. 205 (210).

⁴⁹ Haimo Schack, UrhR, 5. Aufl. 2010, Rn. 1087.

⁵⁰ Eva-Maria Kieninger, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 307 Rn. 60.

⁵¹ Gernot Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhR, 3. Aufl. 2008, Vor §§ 31 ff. Rn. 16; Haimo Schack, Urhebervertragsrecht im Meinungs-

dere sehen sie als Auslegungsregel oder als national und teilweise sogar international⁵² zwingende (Eingriffs-) Norm. So bewertet der BGH etwa § 31 V UrhG als Auslegungsregel.⁵³ Sie komme nicht zur Anwendung, wenn einzelne Nutzungsarten ausdrücklich bezeichnet sind.⁵⁴

Allerdings enthalte § 31 V UrhG keine für Auslegungsregeln typischen Formulierungen wie „im Zweifel“ oder „soweit nicht ein anderes anzunehmen ist“.⁵⁵ Zudem werde auch inhaltlich nicht auf den Parteiwillen abgestellt, sodass auch materiell keine Auslegung vorliege.⁵⁶

Außerdem folge die Zweckübertragungslehre dem Prinzip, den Urheber angemessen zu vergüten.⁵⁷ Durch Einfügung des § 11 S. 2 UrhG wurde die angemessene Vergütung zum Leitbild des Urheberrechts erhoben.⁵⁸ Folglich müsse auch die Zweckübertragungslehre diesen Charakter haben.⁵⁹

Die angemessene Vergütung wird jedoch bereits durch die §§ 32 ff. UrhG sichergestellt.⁶⁰ Daher ist die Beimesung einer Leitbildfunktion des § 31 V UrhG fragwürdig, zumal es für § 31 V UrhG auch nicht vergütungsbezogene Anwendungsfälle gibt, z. B. Schutz von Urheberpersönlichkeitsrechten.⁶¹ So möchten Nutzer/innen, die Inhalte in sozialen Netzwerken einstellen, zumeist nicht ihre Vergütung gesichert wissen, sondern die Kontrolle behalten, wofür die Inhalte genutzt werden. Darüber hinaus kann § 31 V UrhG auch für den Urheber „ungünstig“ wirken, wenn zur Erreichung des Vertragszwecks viele Rechte eingeräumt werden müssen.⁶² Es spricht mehr dafür, dass § 31 V UrhG lediglich eine Spezifizierungslast⁶³ des Rechteerwerbers darstellt.

Folgt man – trotz bestehender Bedenken – der in der Literatur herrschenden Ansicht, die § 31 V UrhG eine Leitbildfunktion beimisst, so würde die Bestimmung, nach

der eine Nutzung über die Dauer der Vertrages hinaus zulässig sein soll, hiervon unvereinbar abweichen.

(2) Angemessene Vergütung, § 32 I UrhG

Die angemessene Vergütung ist ein wesentlicher Grundgedanke des UrhG.⁶⁴ Ob mittels einer AGB-Kontrolle richterlich in die Vertragsgestaltung und die Vergütungshöhe eingegriffen werden kann, ist fraglich.⁶⁵

Vorliegend bestehen aber schon Zweifel, ob von diesem Gedanken überhaupt abgewichen wurde. Denn auch eine „Nullvergütung“ kann angemessen sein.⁶⁶ Es wird vertreten, eine „Nullvergütung“ sei z. B. angemessen, wenn niemand ein Interesse an der Verwertung des Werks hat und dadurch auch keine nennenswerten Erträge erzielt werden.⁶⁷ Andererseits sei eine weitergehende Rechteerräumung zweckfrei, wenn die Userinhalte wertlos wären.⁶⁸ Zudem sei der mittelbar drittwirkende Grundrechtsschutz aus Art. 14 GG zu berücksichtigen, wonach der wirtschaftliche Wert keine Schutzvoraussetzung ist.⁶⁹

Es erscheint überzeugender, die Angemessenheit nach der Branchenüblichkeit zu bestimmen, § 32 II 2 UrhG.⁷⁰ Dies wird regelmäßig eine „Nullvergütung“ sein. Dadurch wird auch der Schutz des Urhebers nicht unterlaufen, da bei überraschend hoher Gewinnerzielung ein Beteiligungsanspruch nach § 32a UrhG besteht.

Unabhängig davon, ob ein gerichtlicher Eingriff in die Vertragsfreiheit hier zulässig ist, liegt schon gar keine Abweichung von § 32 I 1 UrhG vor.

(3) Übertragbarkeit, § 34 I 1 UrhG

Eine Übertragung der Nutzungsrechte würde es Facebook rechtlich unmöglich machen, ihren Dienst anzubieten. Wird Facebook zur Weiterübertragung berechtigt, liegt hierin eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 II Nr. 2 BGB.

Ferner könnte sich eine unangemessene Benachteiligung durch eine unvereinbare Abweichung mit einer dispositiven Norm ergeben, § 307 II Nr. 1 BGB. § 34 I UrhG hat Leitbildcharakter.⁷¹ Auch hier sind keine Gründe er-

streit, GRUR 2002, S. 853 (854).

52 LG München I vom 24.08.2000, ZUM-RD 2002, 21 (25 f.); Paul Katzenberger, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl. 2010, Vor §§ 120 ff. Rn 166.

53 BGH vom 18.02.1982, GRUR 1984, 45 (48 f.); BGH vom 10.06.2009, GRUR 2010, 62 (63).

54 So auch der Wortlaut; BGH vom 13.05.1982, GRUR 1982, 727 (730).

55 Christian Donle, Die Bedeutung des § 31 Abs. 5, 1993, S. 79.

56 Christian Donle, Die Bedeutung des § 31 Abs. 5, 1993, S. 104.

57 Gernot Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhR, 3. Aufl. 2008, § 31 Rn. 113; Gerhard Schricker/Ulrich Loewenheim, in: dies., UrhR, 4. Aufl. 2010, § 31 Rn. 65.

58 BT-Drucks. 14/8058, S. 17 f.

59 Vgl. Eike Wilhelm Grunert, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Aufl. 2009, Vor §§ 31 ff. Rn. 108; Jan Bernd Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 10. Aufl. 2008, § 31 Rn. 180.

60 Christian Berger/Sebastian Wündisch, UrhVR, 2008, § 1 Rn. 95.

61 Ulrich Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, 4. Aufl. 2010, § 31 Rn. 83.

62 Stefan Haupt, Die Übertragung des Urheberrechts, ZUM 1999, S. 898 (898 ff.).

63 Gernot Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhR, 3. Aufl. 2008, § 31 Rn. 111; Silke Pütz, Parteiautonomie, 2005, S. 134.

64 BT-Drucks. 14/8058, S. 18.

65 Ablehnend: KG vom 26.03.2010, ZUM 2010, 799–805.

66 Vgl. BT-Drucks. 14/6433, S. 15.

67 Gernot Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhR, 3. Aufl. 2008, § 32 Rn. 61.

68 Matthias Berberlich, MMR 2010, S. 736 (739); Nutzerinhalte von smsvongesternnacht.de wurden als Sammelwerk in Buchform verkauft: „Du hast mich auf dem Balkon vergessen: Das Beste von SMS-vonGesternNacht.de“, rororo, Reinbek, 2010.

69 Matthias Berberlich, MMR 2010, S. 736 (739); vgl. BVerfG vom 25.10.1978, GRUR 1980, 44 (48); BVerfG vom 07.07.1971, NJW 1971, 2163 (2164).

70 So auch Jan Bernd Nordemann, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 61 Rn. 9.

71 Vgl. Ludwig Acker/Kai Thum, Zulässigkeit der Vereinbarung der freien Weiterübertragbarkeit von urheberrechtlichen Nutzungsrech-

sichtlich, weshalb das Interesse der Verwender/innen an der getroffenen Regelung größer sein sollte als die durch Gesetz getroffene Interessenabwägung. Die Bestimmung ist daher mit § 34 I UrhG unvereinbar.

Die Übertragbarkeitsbestimmung ist sowohl nach § 307 II Nr. 1 als auch Nr. 2 BGB unangemessen und damit unwirksam, § 307 I 1 BGB.

(4) Transparenzgebot, § 307 I 2 BGB

Unabhängig von der Frage, ob die Rechteeinräumung eine Hauptleistung ist, kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch aus der Missachtung des Transparenzgebots aus § 307 III 2, I 2 BGB ergeben. In dieser Hinsicht werden an AGB-Verwender/innen einige Anforderungen gestellt.⁷² Die Klauseln müssen übersichtlich und für Durchschnittskunden/innen klar und verständlich formuliert sein. So hat das LG Hamburg⁷³ die Intransparenz von Rechteeinräumungen in den Google-AGB bejaht, in denen eine dauerhafte, unwiderrufliche, weltweite, kostenlose und nicht exklusive Lizenz an Nutzerinhalten für eine katalogartig aufgelistete Reihe von Nutzungsarten eingeräumt werden sollte. Intransparenz liege vor, weil „der Nutzer nicht erkennen kann, bei welchen Nutzungsarten er der Beklagten welche Rechte in welchem Umfang einräumt und was es bedeuten soll, [Google] in die Lage zu versetzen, die Services darzustellen, zu verbreiten und zu bewerben“⁷⁴.

In den Facebook-AGB wird nur vage bestimmt, wofür Nutzungsrechte eingeräumt werden sollen. Fraglich ist, ob Durchschnittsnutzer/innen sich bewusst sind, dass hiermit nur die zur Erbringung der Dienstleistung erforderlichen Rechte erfasst sein können (§ 31 V UrhG) oder sie nicht doch annehmen müssen, dass durch die unbestimmte Formulierung Facebook die Inhalte für beliebige Zwecke nutzen könne. Auch wenn das LG Hamburg seine Argumentation auf die katalogartige Aufzählung der Nutzungsarten stützt, die Unklarheit bewirke, kann hier nichts anderes gelten. Mangels Nennung des Nutzungszwecks verbleibt Kund/innen eine Ungewissheit, wie ihre Inhalte weiterverwertet werden könnten.

Die Klausel zur Nutzungsrechteinräumung ist daher insgesamt intransparent und damit unwirksam.

d) Rechtsfolge

Die Unwirksamkeit einzelner Klauseln⁷⁵ in AGB berührt nicht die Wirksamkeit des restlichen Vertrags, § 306 I BGB. Mangels einer gesetzlichen Typisierung der Vertragspflich-

ten bei sozialen Netzwerken kann der Vertrag nicht durch dispositives Recht (§ 306 II BGB) ersetzt werden.

Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt in Betracht, wenn der lückenhafte Vertrag für die typischen Interessen beider Vertragsparteien eine unangemessene Lösung darstellt.⁷⁶

Dies könnte lediglich der Fall sein, wenn kein Nutzungsrecht an den Inhalten auf Facebook-Anwendungen eingeräumt würde. Dem steht jedoch die Vermutungsregel des § 31 V UrhG entgegen, nach der im Zweifel die Nutzungsrechte eingeräumt werden, die zur Erreichung des Vertragszwecks notwendig sind. Zudem kann eine Rechteeinräumung auch konkludent durch Hochladen von Inhalten erfolgen.⁷⁷ Die Klausel entfällt daher ersatzlos.

4. Ergebnis

Die Rechteeinräumungsklausel ist insgesamt intransparent und damit unwirksam, da sie für Durchschnittsnutzer/innen nicht verständlich sein dürfte. Zudem werden nach § 31 V UrhG keine Rechte an Inhalten „im Zusammenhang mit“ und für eine Nutzung i. V. m. Facebook eingeräumt. Wenigstens ist diese Formulierung überraschend i. S. d. § 305 c I BGB. Auch die Übertragbarkeit der Nutzungsrechte hält einer AGB-Inhaltskontrolle nicht stand. Dies gilt jedenfalls für eine über die Vertragsdauer hinausreichende Geltung der Rechte, wenn man § 31 V UrhG Leitbildcharakter zuspricht.

V. Fazit und Ausblick

Nutzergenerierte Inhalte in sozialen Netzwerken können urheber- bzw. leistungsschutzrechtlichen Schutz genießen. Eine Rechteeinräumung an den Inhalten ist daher erforderlich. Da eine Rechteeinräumung – gleich ob konkludent oder durch eine Einräumungsklausel – rechtsgeschäftlich erfolgt, ist eine wirksame Rechteeinräumung durch Minderjährige in vielen Fällen zweifelhaft.

Die Nutzungsbedingungen vieler Social Media-Anbieter standen bereits in der Kritik. Über die hier untersuchten Nutzungsbedingungen von Facebook urteilte das LG Berlin⁷⁸ am 06.03.2012 und stellte hinsichtlich der Rechteeinräumungsklausel in wenigen Sätzen deren Unwirksamkeit gemäß § 307 II Nr. 1 BGB fest. Eine derart weitgehende Übertragung widerspreche dem Kern des Zweckübertragungsgedankens.⁷⁹ Eine ausführlichere Auseinandersetzung kann im ausstehenden Berufungsurteil des KG⁸⁰ erwartet werden.

ten durch AGB, GRUR 2008, S. 671 (678).

72 Hierzu ausführlich: Niko Härting, Internetrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 461 ff. m. w. N.

73 LG Hamburg vom 07.08.2009, K&R 2009, 735 (738).

74 LG Hamburg vom 07.08.2009, K&R 2009, 735 (738).

75 Zur Teilbarkeit von Klauseln, vgl. Hubert Schmidt, in: BeckOK BGB, 23. Ed., § 306 Rn. 17.

76 Hubert Schmidt, in: BeckOK BGB, 23. Ed., § 305 c Rn. 53.

77 Christian Berger/Sebastian Wündisch, UrhVR, 2008, § 1 Rn. 64.

78 LG Berlin vom 06.03.2012, CR 2012, 270–275 mit Anm. von Carlo Piltz.

79 LG Berlin vom 06.03.2012, CR 2012, 270 (271).

80 Dort Az. 5 U 42/12.

Ricarda Essel*

Die besonderen Grundgedanken im Jugendstrafrecht

Die Zahl der tätlichen Übergriffe in öffentlichen Verkehrsmitteln, insbesondere den städtischen U- und S-Bahnen, nimmt zu. Die starke Präsenz dieser Ereignisse in den Medien schürt die Angst und gleichzeitig die Wut der Bevölkerung auf die zum größten Teil jugendlichen Straftäter/innen. Geleitet von diesen Gefühlen werden immer mehr Stimmen laut, wonach die aktuellen Regelungen, die jugendliche Straftäter/innen unter das spezielle Jugendstrafrecht fallen lassen, nicht mehr hinnehmbar seien. Der folgende Beitrag geht Frage nach, inwieweit das geltende Jugendstrafrecht den Anforderungen der heutigen Zeit noch entspricht oder ob es eventuell notwendig ist, auf gesetzgeberischer Ebene die Behandlung jugendlicher Straftäter/innen neu zu regulieren.

I. Einleitung

*„Freiheit freilich. Aber zum Schlimmen
Führt der Masse sich selbst Bestimmen.
Und das Klügste, das Beste, Bequemste
Das auch freien Seelen weitausangenehmste
Heißt doch schließlich, Ich hab's nicht Hehl
Festes Gesetz und fester Befehl.“¹*

Es scheint, als würden die Zeilen des preußischen Dichters Theodor Fontane wieder aktuell. Die Bevölkerung ist schockiert von den zunehmenden tätlichen, zum Teil sogar tödlichen Übergriffen in öffentlichen Verkehrsmitteln. Mit der – oft sehr emotionalen – Berichterstattung in den Medien gehen regelmäßig auch Kritik am bestehenden Jugendstrafrecht und Forderungen nach einer Verschärfung der bestehenden gesetzlichen Regelung einher.² Im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Kritik stehen zumeist die so genannten besonderen Grundgedanken des Jugendstrafrechts.³ Diesen Grundgedanken liegt die Intention zugrunde, der besonderen Situation von Jugendlichen, die noch nicht voll verantwortlichen Erwachsenen gleichgestellt werden können, Rechnung zu tragen. Der Gesetzgeber hat den Begriff der besonderen Grundgedanken seinerzeit ausdrücklich in den Wortlaut des § 85 VI JGG aufgenommen, Konkre-

tisierungen jedoch unterlassen. Der Erziehungsgedanke als bedeutendster der besonderen Grundgedanken wird zwar regelmäßig von der Literatur und der Rechtsprechung betont, doch mangelt es auch dort an einer einheitlichen Definition. Damit geht die Gefahr einher, diesen Fachterminus auf einen politischen Kampfbegriff zu reduzieren.

Im Rahmen der Konfliktbewältigung ist abzuwägen, ob dem Druck nach Verschärfung des JGG nachzugeben ist oder ob nicht schon die Diskussion darüber „zur kontinuierlichen Bodenerosion des Jugendstrafrechts mit seinen Grundgedanken beiträgt – einem unverantwortlichen Spiel mit dem Feuer“⁴.

Doch regelmäßig wird die Frage aufgeworfen, ob ein eigenständiges Strafrecht für Jugendliche überhaupt erforderlich und zweckmäßig ist. Heribert Ostendorf äußerte sich darauf einst mit den folgenden Worten: „Kinder und Jugend sind nicht ein Minus zum Erwachsenenstatus, sie sind ein Aliud.“⁵ Und tatsächlich befinden sich junge Menschen in einem Stadium des Rollenwechsels, geprägt von divergierenden Verhaltensanforderungen, biologischem Umbruch und konfliktbehafteten Sozialisationsprozessen. Diese Faktoren spielen eine entscheidende Rolle im Bereich der Jugendkriminalität.⁶

Dass die Zusammenarbeit mit jungen Menschen eine besondere Herausforderung an die Justiz darstellt, verdeutlichen bereits die statistischen Ergebnisse, wonach Jugendliche und Heranwachsende dreimal so stark in den Tatverdächtigenbelastungszahlen (TVBZ) repräsentiert sind wie Erwachsene.⁷ Dabei muss jedoch die in kriminelle Karrieren einmündende von der entwicklungsbedingten, *vorübergehenden* Jugendkriminalität unterschieden werden.⁸ Die Gruppe der Mehrfach- und Intensivtäter umfasst nur 3-5% der auf Jugendliche und Heranwachsende entfallenden TVBZ,⁹ wohingegen sich die für diese Phase eigentlich charakteristischen, restli-

* Stud. iur. an der Universität Hamburg.

¹ Theodor Fontane, Gedichte, 10. Aufl. 1905, S. 38.

² Vgl. statt vieler Christian Bangel, Wegesperren – und zwar für immer!, <http://zuender.zeit.de/2005/46/sicherung> (25.01.2011); Daniel Herder, Harte Strafe soll Messerstecher erziehen!, <http://www.abendblatt.de/hamburg.html> (24.01.2011); Giovanni di Lorenzo, Falsche Milde, <http://www.zeit.de/2011/05/01-Jugendkriminalitaet> (31.01.2011).

³ Hans Jörg Albrecht, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hg.), Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, S. D9 (D9ff.).

⁴ Christian von Wolffersdorff, Wir werden euch helfen! Die vielen Gesichter des Erziehungsgedankens in Jugendfürsorge und Justiz, ZJJ 2009, S. 96 (104).

⁵ Heribert Ostendorf, Gegen die Abschaffung des Jugendstrafrechts oder seiner Essentialia, NSTZ 2006, S. 320 (323).

⁶ Klaus Laubenthal/Helmut Baier/Nina Nestler, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2010, S. 2.

⁷ Franz Streng, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2009, S. 7.

⁸ Heribert Ostendorf, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2007, S. 46.

⁹ Bernd-Rüdiger Sonnen, in: Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, 5. Aufl. 2008, § 1 Rn. 13.

chen 95% der Jugenddelinquenz durch Normalität, Episodenhaftigkeit und Ubiquität auszeichnen.¹⁰

Diese Zahlen unterstreichen die Notwendigkeit einer jugendadäquaten Gesetzgebung, deren Geschichte 1923 ihren Anfang nahm und sich in den Jugendgerichtsgesetzen von 1943 und 1953 fortsetzte.¹¹ Das heutige JGG enthält mittlerweile nicht nur umfangreiche Sondervorschriften für Jugendliche und Heranwachsende,¹² sondern versucht vor allem einen individualisierenden Zugriff zu ermöglichen, um den „Selbstheilungsprozess“ nicht zu behindern.¹³

Hierbei wird der Mäßigung und der Erforschung der Täterpersönlichkeit besondere Bedeutung zugeschrieben. Diese Zielsetzung findet sich auch in der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates vom November 2008 für die Mitgliedstaaten bezüglich der Behandlung straffälliger Jugendlicher wieder. Dort heißt es: „Priority shall be given to sanctions and measures that may have an educational impact as well as constituting a restorative response to the offences committed by juveniles.“¹⁴

Um diese Forderung zu realisieren, insbesondere um die noch in der Entwicklung stehenden Jugendlichen pädagogisch sinnvoll zu behandeln, bedarf es im Rahmen des Strafverfahrens besonderer, vom allgemeinen Verfahrensrecht für erwachsene Straftäter/innen abweichender Regelungen. Mithilfe eines speziellen Verfahrens, entsprechender Verfahrensbeteiligter und daraus resultierenden Rechtsfolgen soll die Person der Jugendlichen in den Vordergrund des Verfahrens gerückt werden.¹⁵ Das Jugendstrafrecht lässt sich somit als Täterstrafrecht vom als Tatstrafrecht ausgestalteten Allgemeinen Strafrecht abgrenzen.¹⁶

II. Erziehungsgedanke – Leitidee der besonderen Grundgedanken

Fundament für die obigen Darstellungen und alle weiteren Überlegungen zum JGG ist der Erziehungsgedanke. Er genießt als Leitidee der besonderen Grundgedanken Relevanz in jedem jugendstrafrechtlichen Entscheidungsprozess. Die Vermutung Nietzsches, „es werde eine Zeit kommen, die keinen anderen Gedanken kenne, als Erziehung“¹⁷, dürfte sich wohl damit, dass der BGH heu-

te „das Primat der Erziehung“ als „Basis aller Regelungen des Jugendstrafrechts“¹⁸ konstatiert, bewahrheitet haben. Fraglich bleibt, welcher Stellenwert dem Erziehungsgedanken als der Leitidee der besonderen Grundgedanken einzuräumen ist: Erziehung statt Strafe? Erziehung durch Strafe? Oder: Strafe durch Erziehung?

1. Erziehungsstrafrecht – Kompromiss der Schulen?

Der Erziehungsgedanke steht seit jeher im Mittelpunkt des Jugendstrafverfahrens, über seine Bedeutung herrscht jedoch Uneinigkeit. Wollen die einen die Erziehung als Gegensatz zur Strafe verstehen, so wollen die anderen durch Strafe erziehen.¹⁹ Das auch als Erziehungsstrafrecht betitelte Jugendstrafrecht wird daher häufig als Kompromiss dieser divergierenden Auffassungen verstanden.²⁰ Im historischen Rückblick kristallisieren sich vor allem zwei Positionen heraus: Die klassisch idealistische Schule, welche Erziehung durch Strafe verlangte, sowie die moderne Schule, die Erziehung statt Strafe forderte.²¹ Daher beruhte die Idee des Jugendstrafrechts immer auf dem gedanklichen Konzept, helfende und repressive Aufgaben zu verknüpfen.²² Lukas Pieplow sprach nicht ohne Grund von „der Chiffre-Funktion der Erziehung“²³. Nahe liegend ist daher der Vorwurf, an diesem Konzept nur festzuhalten, da man es nach Belieben interpretieren könne.²⁴

Gerade die Widersprüchlichkeit im Erziehungsverständnis macht einen verlässlichen Umgang so schwer, vor allem, da pädagogische Begriffe einer viel breiteren Definitionsvielfalt und Interpretationsfähigkeit als traditionsgeprägte Rechtsbegriffe unterliegen.²⁵

2. Auswirkungen des 2. JGGÄndG

Hoffnung auf Klarheit versprach das 2. JGGÄndG. Mit der Einfügung des § 2 I JGG enthält das JGG nun erstmalig eine ausdrückliche Zielbestimmung, die Individualprävention. Demnach ist die Behandlung von Jugendlichen vorrangig am Erziehungsgedanken zu orientieren.²⁶ Auf die Frage, ob damit auch die Kritik am diffusen Inhalt des Erziehungsgedankens ausgeräumt sei, antwor-

¹⁰ Bernd-Rüdeger Sonnen, in: Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, 5. Aufl. 2008, § 1 Rn. 1.

¹¹ Klaus Laubenthal/Helmut Baier/Nina Nestler, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2010, S. 11.

¹² Bernd-Rüdeger Sonnen, in: Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, 5. Aufl. 2008, § 1 Rn. 1.

¹³ Franz Streng, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2009, S. 6.

¹⁴ Recommendation CM/Rec(2008)11, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1367113&Site=CM> (26.07.2012).

¹⁵ Heribert Ostendorf, in: ders., JGG, 8. Aufl. 2009, Grdl. §§ 1, 2 Rn. 4.

¹⁶ Franz Streng, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2009, S. 15.

¹⁷ Frank Heiner Weyler, Geschichte und Wandel des Erziehungsgedankens, ZJJ 2 (2008), S. 132 (132).

¹⁸ BGH vom 26.12.1988, BGHSt. 36, 37 (42).

¹⁹ Frank Heiner Weyler, ZJJ 2 (2008), S. 132 (132).

²⁰ Ralph Grunewald, Der Individualisierungsauftrag des Jugendstrafrechts – über die Reformbedürftigkeit des JGG, NStZ 2002, S. 452 (453).

²¹ Franz von Liszt, Gutachten des Herrn Prof. v. Liszt, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hg.), Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages Berlin 1902, S. 259 (292).

²² Hans Jörg Albrecht, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hg.), Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, S. D9 (D97).

²³ Lukas Pieplow, Erziehung als Chiffre, in: Walter, Beiträge zur Erziehung im Jugendkriminalrecht, 1989, S. 16 (18).

²⁴ Franz Heiner Weyler, Im Jugendstrafrecht brauchen wir weder Erziehung noch Verschärfung, ZJJ 2003, S. 406 (406).

²⁵ Franz Heiner Weyler, ZJJ 2008, S. 132 (132).

²⁶ Bernd-Rüdeger Sonnen, Blick nach vorn: Jubiläen der Jugendkriminalrechtspflege in ihrer Bedeutung für die aktuelle Jugendkriminalpolitik, ZJJ 2009, S. 4 (6).

tete die Bundesregierung auf eine Große Anfrage der Bündnisgrünen am 26.05.2009: „Dies stellt nicht nur eine klare Leitlinie für die konkrete Rechtsanwendung in der Praxis dar, für die Öffentlichkeit begegnet es auch einer verbreiteten Fehlvorstellung: Im Jugendstrafrecht geht es nicht zuerst um möglichst große Milde, sondern um die bestmögliche und jugendgemäße Vermeidung künftiger Straffälligkeit.“²⁷

Damit bleibt jedoch die Ausgangsfrage nach inhaltlicher Konkretisierung des Erziehungsgedankens unbeantwortet. Einzig erneut statuiert wird, dass Erziehung nicht selbst das Ziel des Jugendstrafrechts sei, sondern der Weg zur Zielerreichung.²⁸ Im Unterschied zu früheren Jahrzehnten braucht der Gedanke zwar keinen ideologischen oder moralischen Überbau mehr,²⁹ doch bleibt er auch heute noch unbestimmt.³⁰ Was es genau bedeutet, dass § 2 I JGG den Jugendlichen in den Mittelpunkt von Verfahren und Sanktionierung stellt, ist nach wie vor unklar und möglicherweise auch gar nicht gesetzlich regelbar.

3. Reformbedürftigkeit des Jugendstrafrechts

Der Mangel an inhaltlicher Klärung trägt in letzter Konsequenz dazu bei, dass die öffentliche Kritik an den besonderen Grundgedanken, allen voran dem Erziehungsgedanken, nicht abklingt. Wenn heute das Jugendstrafrecht nach spektakulären Jugendstraftaten oder vor Wahlen in den Fokus der Diskussionen rückt, wird laut über dessen Verschärfung diskutiert. Im Mittelpunkt dieser Auseinandersetzung steht immer die Frage, ob das Erziehen noch ausreicht oder doch strenger bestraft werden müsste. In diesem Zusammenhang war es nicht nur Ronald Schill, bekannt als „Richter Gnadelos“, der von einem „Kartell strafunwilliger Jugendrichter“ sprach.³¹ Wenn auch nicht in dieser Schärfe, so wird das Jugendstrafrecht doch gerne als „Kuschelpädagogik“ diskreditiert.³²

Trotz des leichten Rückgangs der Jugendkriminalität beufen sich Medien und Politik darauf, dass Jugenddelinquenz zunehme und mehr Härte gefragt sei. Anknüpfungspunkt für Medien und Kriminalpolitik ist dabei die Polizeiliche Kriminalstatistik, welche wohl als bekannteste Kriminalstatistik anzusehen ist.³³ Als reine Hellfeldstatistik, die nur die bekannt gewordenen Taten anführt, steht sie in ständiger Abhängigkeit zum erhöh-

ten Anzeigeverhalten der Bevölkerung.³⁴ Zudem fehlt es ihr an Angaben zu demographischen Veränderungen oder neuen Erfassungs- und Kontrollmechanismen der zuständigen Organe.³⁵ Wissenschaftliche Aussagen oder die angeführten Forderungen können daher nicht allein auf ihre Ergebnisse gestützt werden. Aus der Polizeilichen Kriminalstatistik können lediglich Schlüsse auf einen aktuellen Entwicklungstrend gezogen werden.

4. Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung

Diese Relativierungen bleiben der Bevölkerung jedoch meist unbekannt, so dass die Fehlannahme einer „steigenden Jugendkriminalität“ die öffentliche Wahrnehmung dominiert, was in letzter Konsequenz in einem erhöhten Sicherheitsbedürfnis mündet. Darauf reagiert die Kriminalpolitik heute stärker als früher, indem sie zur Gewährleistung von Sicherheitsgefühlen immer weniger vom erzieherischen Bedarf der/des Einzelnen und immer mehr im Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit denkt.³⁶ Daher fügt sich die Forderung nach Abschaffung bzw. Verschärfung des JGG fließend in die allgemeine kriminalpolitische Landschaft ein. Getreu dem auf eine Aussage von Bundeskanzler Gerhard Schröder im Bild am Sonntag-Interview vom 08.07.2001 zurückgehenden Motto „Wegsperrn und zwar für immer!“ gewinnt die Einrichtung eines Sicherheitsstrafrechts zunehmend an Bedeutung.³⁷

Erste Übergriffe dieser Tendenz auf das JGG haben sich bereits in der versuchten Ausweitung der Sicherungsverwahrung auch auf Jugendliche und Heranwachsende gezeigt. Zwar wurde diese mittlerweile vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt, dennoch verdeutlicht ein kurzer Rückblick die Vehemenz der Forderungen.³⁸ Vor der Gesetzesänderung 2004 war im JGG eine Verhängung dieser Maßregel nach § 7 JGG in Verbindung mit § 2 JGG unzulässig. Hintergrund war die besondere Unsicherheit der notwendigen Gefährlichkeitsprognose bei jungen Menschen, die aus der kürzeren Lebensgeschichte und der noch nicht beendeten Entwicklung resultiert.³⁹ Trotz dieses Aspektes wurde 2004 durch eine Änderung des § 7 JGG für Jugendliche gemäß § 7 II JGG und Heranwachsende gemäß § 106 V JGG die nachträgliche Sicherungsverwahrung und für Heranwachsende gemäß § 106 III 2 JGG sogar die vorbehaltenen Sicherungsverwahrung i. S. v. § 66a StGB eingeführt.⁴⁰ Intention war es, der Justiz ein Mittel zur Verfügung zu

27 BT-Drucks. 16/13142, S. 7.

28 Bernd-Rüdeger Sonnen, Jugendstrafrecht im 21. Jahrhundert – Kommentare zur Antwort der Bundesregierung auf die große Anfrage zum Jugendstrafrecht, ZJJ 2009, S. 346 (346).

29 Franz Heiner Weyler, ZJJ 2008, S. 132 (132).

30 Franz Heiner Weyler, ZJJ 2008, S. 132 (136).

31 Gisela von Friedrichsen, Man wollte ein bisschen kitzeln, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-17483245.html> (25.01.2011).

32 Franz Heiner Weyler, ZJJ 2008, S. 132 (132).

33 Bundesministerien des Innern und der Justiz (Hg.), 2. Periodischer Sicherheitsbericht, 2009, S. 76.

34 Bernd-Rüdeger Sonnen, Kinder und Jugenddelinquenz, FÜR 2007, S. 20 (21).

35 Klaus Laubenthal/Helmut Baier/Nina Nestler, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2010, S. 6.

36 Christian von Wolfersdorf, ZJJ 2009, S. 96 (104).

37 Heribert Ostendorf, NStZ 2006, S. 320 (321).

38 BVerfG vom 04.05.2011, BVerfGE 128, 326–409.

39 BT-Drucks. 16/6562, S. 7.

40 BT-Drucks. 16/6562, S. 7 ff.

stellen, jugendliche Straftäter/innen nach Strafende zum Schutz der Allgemeinheit in Gewahrsam zu belassen.⁴¹

Auch wenn später in Folge des Urteils des EGMR vom 17.12.2009 die nachträgliche Sicherungsverwahrung stark kritisiert und in den so genannten „Altlasten-Fällen“ ein Verstoß gegen die EMRK gesehen wurde,⁴² wurde sie doch zumindest in das JGG aufgenommen. Letztlich könnte daher sogar überlegt werden, ob damit nicht nur die Sicherungsverwahrung an sich, sondern in Anlehnung an den EGMR, welcher diese mit einer echten Kriminalstrafe ohne Höchstgrenze gleichstellt,⁴³ zunächst auch durch die Hintertür die lebenslange Freiheitsstrafe in das JGG eingeführt wurde. Damit wurde damals eindeutig von den jugendstrafrechtlichen Überlegungen zur schwierigen Gefährlichkeitsprognose Abstand genommen.⁴⁴

III. Stand der kriminalpolitischen Diskussion

Zwar steigen die gesetzlichen Zugeständnisse, doch sinken damit nicht exponentiell die Zweifel an der Effektivität der jugendstrafrechtlichen Besonderheiten. Weiterhin steht das JGG unter ständigem populistischem Beschuss.⁴⁵

Bereits auf dem 64. Deutschen Juristentag 2002 in Berlin forderte Hans Jörg Albrecht die Streichung des Erziehungsgedankens aus dem JGG. Der Gutachter sorgte für großes Aufsehen, als er der Erziehung im Jugendstrafrecht mit der Behauptung, „sie diene rechtspolitischen Zielsetzungen, ihr Inhalt sei ein Nichts!“⁴⁶, die Funktion eines Trojanischen Pferdes zuschrieb. Auch wenn er hiermit auf dem Jugendgerichtstag scheiterte, ist diese Forderung nach wie vor Mittelpunkt mehrerer wissenschaftlicher Auseinandersetzungen.⁴⁷

Schon vier Jahre später erklärte Hamburgs ehemaliger Justizsenator Roger Kusch, „das Jugendstrafrecht sei „entbehrlich“ und „die formale Abtrennung von der allgemeinen Strafgerichtsbarkeit beruhe bisher auf einem „vermeintlichen Erziehungsgedanken, der eine organisatorische Trennung aber nicht rechtfertigt.“⁴⁸ Stattdessen forderte er die Abschaffung des Jugendstrafrechts und die Zusammenlegung der Strafgerichtsbarkeiten.⁴⁹ Konkret sollte dies die pauschale Halbierung der Straf-

rahmen des StGB für Jugendliche bedeuten.⁵⁰ Auch der ehemalige hessische Ministerpräsident Roland Koch entdeckte während seines Wahlkampfes das Jugendstrafrecht für sich und forderte dessen Verschärfung durch die Anhebung der Höchststrafen und die generelle Anwendung des Erwachsenenstrafrechts auf Volljährige.⁵¹

Argumentiert wird unter anderem mit der Erkenntnis des 1. JGGÄndG, „dass Jugendkriminalität im Jugendalter meist nicht Indiz für ein erzieherisches Defizit, sondern überwiegend eine „entwicklungsbedingte Auffälligkeit“ sei.“⁵² Demnach könne der Erziehungsgedanke keine überzeugende Grundlage bilden, weder für das materielle Strafrecht noch für das Verfahrensrecht. Die Ineffizienz des derzeitigen Jugendstrafrechts belege auch die aktuelle Rückfallstatistik.⁵³

Interessant ist daher ein Blick auf die Rückfallstudie von Jehle, Heinz und Sutterer.⁵⁴ Diese erfasst alle Personen, die 1994 im Zentral- oder Erziehungsregister eingetragen waren. In Anbetracht der Tatsache, dass bei Verurteilungen zu einer unbedingten Freiheits- oder Jugendstrafe sowie zu einer freiheitsentziehenden Maßregel für den anschließenden Zeitraum des Vollzuges keine echte Rückfallprüfung stattfinden kann, wurden die in diesem Jahr aus dem Vollzug Entlassenen mit aufgenommen. Nach dem Rückfallzeitraum von vier Jahren wurden die Register dann erneut ausgewertet.⁵⁵

Die folgende Grafik zeigt die Rückfallquoten bei den einzelnen jugendstrafrechtlichen Sanktionen sowie deren Größenordnung im Vergleich zur gesamten Rückfallwahrscheinlichkeit. Zwar ist die Rückfallquote nach Straftaten, welche nach dem JGG sanktioniert wurden, deutlich höher als bei einer Sanktionierung durch das StGB. Doch ist zu berücksichtigen, dass die Rückfallquote unter den jugendstrafrechtlichen Sanktionen stark divergiert. Die höchste Rückfallwahrscheinlichkeit weist mit 77,8% die Jugendstrafe ohne Bewährung auf, gefolgt vom Arrest mit 70%.

Signifikant niedrig sind jedoch die Rückfalldaten der ambulanten Maßnahmen mit 31,7%, also jene Maßnahmen, deren Anwendung gerade dem JGG immanent ist und deren Katalog durch das 1. JGGÄndG noch ausgebaut wurde.⁵⁶ Zwar wird der Einwand erhoben, die Rückfalldaten der einzelnen Sanktionen seien nicht vergleichbar, da die zu Jugendstrafe Verurteilten in der Regel bereits

41 BT-Drucks. 16/6562, S. 7.

42 EGMR vom 17.12.2009, NStZ 2010, 263–265.

43 EGMR vom 17.12.2009, NStZ 2010, 263–265.

44 Klaus Laubenthal/Helmut Baier/Nina Nestler, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2010, S. 201.

45 Heribert Ostendorf, Jugendstrafrecht-Reform statt Abkehr, StV 2008, S. 148 (149).

46 Hans Jörg Albrecht, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hg.), Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, S. D9 (D103).

47 Franz Heiner Weyler, ZJJ 2003, S. 406 (406).

48 Roger Kusch, Plädoyer für die Abschaffung des Jugendstrafrechts, NStZ 2006, S. 65 (69).

49 Roger Kusch, NStZ 2006, S. 65 (67).

50 Roger Kusch, NStZ 2006, S. 65 (69).

51 Werner Kunath, Verschärfung des Jugendstrafrechts, ZJJ 2008, S. 4 (74).

52 BT-Drucks. 11/5829, S. 1.

53 Roger Kusch, NStZ 2006, S. 65 (66).

54 Jörg Martin Jehle/Wolfgang Heinz/Peter Sutterer, Legalbewährung nach Strafrechtlichen Sanktionen, 2003, S. 1.

55 Jörg Martin Jehle/Wolfgang Heinz/Peter Sutterer, Legalbewährung nach Strafrechtlichen Sanktionen, 2003, S. 7.

56 BT-Drucks. 11/5829, S. 1.

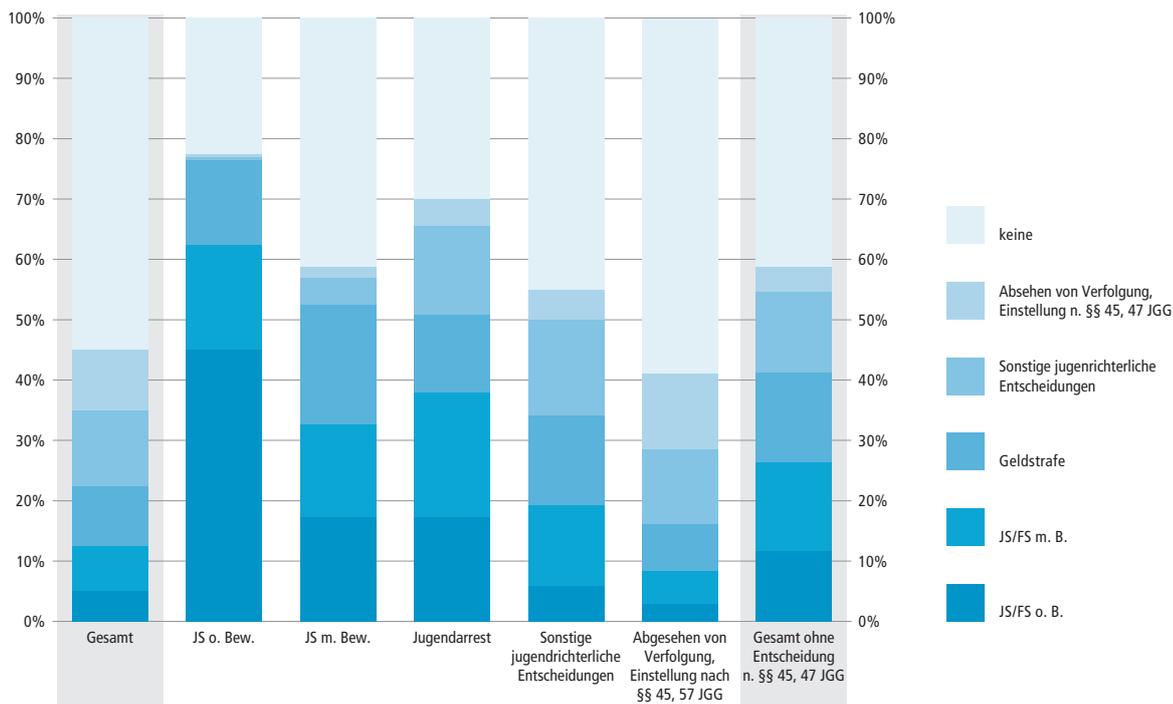


Schaubild: Rückfallquoten jugendstrafrechtlicher Sanktionen

(Quelle: Jehle/Heinz/Sutterer, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2003, S. 55)

schon vorher häufig aufgefallen wären. Dies ist aber insoweit zu entkräften, als weitere Rückfalluntersuchungen unter Bildung vergleichbarer Tätergruppen ebenfalls bessere Ergebnisse für die sozialpädagogischen Sanktionen erbrachten.⁵⁷ Auch eine US-amerikanische Sekundäranalyse zeigt, dass von einer „tough on crime“-Kriminalpolitik, welche auf Strafschärfungen, insbesondere auf freiheitsentziehende Sanktionen setzt, keine positiven Effekte zu erwarten sind.⁵⁸ Gleiches gilt für die erhoffte Abschreckungswirkung.

Der 2. Periodische Sicherheitsbericht, welcher eine umfangreiche und wissenschaftlich fundierte Einschätzung der nationalen Kriminalitätslage enthält, führt diesbezüglich aus: „Entgegen einer weit verbreiteten Alltagsmeinung sind die Abschreckungswirkungen von Androhung, Verhängung oder Vollzug von Strafen eher gering. Lediglich das wahrgenommene Entdeckungsrisiko ist etwas relevant. Auch wurden keine Anhaltspunkte dafür gefunden, dass eine Verschärfung des Strafrechts das Normbewusstsein positiv beeinflussen würde.“⁵⁹

Daher ist es in letzter Konsequenz der Sanktionskatalog des JGG, der mehr Erfolg verspricht.⁶⁰ Auf diese Er-

kenntnis stützen sich auch die Befürworter/innen des bestehenden Jugendstrafrechts. Einer Modifizierung des JGG wird ferner entgegengehalten, dass mit ihr ein Verstoß gegen internationale Verpflichtungen Deutschlands einherginge, insbesondere gegen die 1989 von Deutschland verkündeten vereinbarten Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit, die eine verhältnismäßige Reaktion auf jugendstrafrechtliche Verfehlungen verlangen.⁶¹ Darüber hinaus darf auch der drohende Bruch mit der bisherigen Strafrechtstradition nicht verkannt werden. Die Entwicklung des Jugendstrafrechts war kein einmaliger politischer Akt, sondern vielmehr ein kontinuierlicher Prozess, aus dem die Vorreiterfunktion des JGG resultiert.

Letztlich zeige sich die Sonderbehandlung Jugendlicher auch in Normen außerhalb des JGG, namentlich in §§ 104 ff., 828 BGB und im SGB VIII.⁶² Eine derart weite, rechtsübergreifende Berücksichtigung der Jugendphase zeigt, dass auch nur eine spezielle strafrechtliche Behandlung diesem Entwicklungsstadium gerecht würde.⁶³ Diese Auffassung bekräftigt auch der 2. Periodische Sicherheitsbericht, welcher feststellt: „Das geltende Jugendstrafrecht hat sich bewährt. Die kriminologischen und empirischen Erkenntnisse, die für die Ausgestaltung des Jugendkriminalrechts unter dem Erziehungsgedan-

⁵⁷ Vgl. Anke Keudel, Die Effizienz des Täter Opfer Ausgleichs, 2000, S. 218.

⁵⁸ Vgl. National Criminal Justice Reference Service (NCJRS), 'Getting Tough' With Youth: Legislative Waiver as Crime Control, <http://www.ncjrs.gov/works/wholedoc.html> (20.01.2011).

⁵⁹ Bundesministerien des Innern und der Justiz (Hg.), 2. Periodischer Sicherheitsbericht, S. 665.

⁶⁰ Heribert Ostendorf, NSStZ 2006, S. 320 (324).

⁶¹ Horst Schüler-Springorum, Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen, ZStW 99 (1987), S. 808 (809 ff.).

⁶² Heribert Ostendorf, NSStZ 2006, S. 320 (322).

⁶³ S. o. Schaubild.

ken maßgeblich waren, haben unveränderte Gültigkeit.⁶⁴ Die Verschärfungsforderungen werden daher in der Fachwelt fast einhellig abgelehnt.⁶⁵

Auf den Jugendgerichtstagen, die alle drei Jahre von der DVJJ organisiert werden, wird umgekehrt die Weiterentwicklung des Jugendstrafrechts i.S.e. Vorrangs erzieherischer Hilfen verlangt.⁶⁶ Bereits 1998 haben sich 54 Professor/innen der Kriminologie und der Rechtswissenschaften unter der Überschrift „Gegenreform im Jugendstrafrecht? Wider die repressive Hilflosigkeit!“ gegen die Verschärfung des Jugendstrafrechts ausgesprochen: „Das geltende Jugendstrafrecht hat dem Erwachsenenstrafrecht vor allem zweierlei voraus: Vielfalt des möglichen Reagierens und Flexibilität der Prozeduren. Mit beidem steht ein Instrumentarium zur Verfügung, das es erlaubt, den Verhältnissen, Bedürfnissen und ‚Lagen‘ der Jugendlichen und Heranwachsenden, die strafrechtlich auffallen, mit einem hohen Grad an Individualisierung gerecht zu werden.“⁶⁷

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in der Öffentlichkeit das Jugendstrafrecht unter ständigem Beschuss steht, wohingegen die Wissenschaft vehement am geltenden JGG festhält und dessen Ausbau fordert. Denn letztlich darf nicht vergessen werden: „Jugendkriminalität ist der Spiegel, in dem sich der Zustand der Erwachsenengesellschaft zeigt, und wie eine Gesellschaft mit ihren Jugendlichen umgeht, zeigt den Grad ihrer Zivilisation.“⁶⁸

IV. Stellungnahme

Der öffentliche Druck nimmt zu und die Zeilen Fontanes sind tatsächlich aktueller denn je, denn Realität und Wahrnehmung im Problemfeld Jugenddelinquenz divergieren ganz erheblich. Dennoch ist eine Verschärfung oder die Abschaffung des Jugendstrafrechts abzulehnen und vielmehr der Forderung der Fachwelt nach dessen Weiterentwicklung nachzukommen. Sicherlich ist nicht zu leugnen, dass das 2. JGGÄndG weder den diffusen Inhalt des Erziehungsgedankens klärt, noch die besonderen Grundgedanken konkret definiert. Nach den bisher gescheiterten Versuchen erscheint es aber als fraglich, ob eine gesetzliche Definition tatsächlich notwendig ist.

Eines machen die obigen Ausführungen schließlich deutlich: Trotz mangelnder Definition ist der Erziehungsgedanke gerade kein inhaltsloser Begriff, sondern vielmehr als Regelungsziel in das JGG inkorporiert und aus die-

sem nicht mehr wegzudenken. Er findet seinen Niederschlag an allen elementaren Stellen des JGG und es ist evident, dass den Jugendlichen eine Sonderbehandlung zukommen soll. Jugedadäquat und individuell muss sie sein, Stigmatisierungen vermeidend und an den Entwicklungsstand des Einzelnen anknüpfend. Selbst wenn eine klare Definition der Gefahr begegnen könnte, die besonderen Grundgedanken auf „politische Kampfbegriffe“ zu reduzieren, so muss doch daran gezweifelt werden, ob eine ausdrücklich normierte Bestimmung überhaupt möglich ist oder nicht sogar den besonderen Grundgedanken selbst zuwider laufen würde.

In Anbetracht des stetigen gesellschaftlichen Wandels sind die Probleme von 1923 mit den heutigen nicht vergleichbar. Sie erfordern andere Herangehensweisen und sind gekennzeichnet durch generationspezifische Eigenarten. Es ist doch gerade die Phase der Adoleszenz, die geprägt ist durch einen dynamischen Prozess und ständigen Umbruch, so dass ein standardisiertes Verständnis von einer jugendgerechten Behandlung wohl kaum dem Bedürfnis der/des Einzelnen Rechnung trägt. Dabei ist es in letzter Konsequenz die Flexibilität und der Reaktionspielraum des JGG, welche es erlauben, sowohl auf Veränderungen der Jugend angemessen zu reagieren, als auch individuelle Erfordernisse der/des einzelnen Delinquent/in im höchsten Maße zu berücksichtigen. Eine gesetzliche Definition der besonderen Grundgedanken würde diesen Spielraum beschränken. Die Konsequenz einer solchen Beschränkung wäre, dass der flexiblen Reaktion auf Person und Zeit Grenzen gesetzt sind. Dies würde letztendlich zu einer Begrenzung der Grundgedanken selbst und somit einer Begrenzung zu Lasten der Jugendlichen führen.

Vielmehr ist an dem bestehenden JGG festzuhalten und in seine jugendgerechte Umsetzung zu investieren. Es ist nicht die Anwendung des Jugendstrafrechts an sich, die Probleme mit sich bringt, sondern diese finden sich in der Art der Umsetzung des JGG. Dafür bedarf es aber der gesellschaftlichen Unterstützung, welche die Weiterentwicklung des JGG im politischen Meinungsbildungsprozess mittragen und vorantreiben muss. Daher sind insbesondere die Medien in die Verantwortung zu nehmen und ihre Rückbesinnung auf Werte wie Transparenz und Objektivität zu fordern, damit sie ihrem Aufklärungsauftrag nachkommen, die tatsächliche Kriminalitätslage zu vermitteln.

Sicherlich ist es legitim, sogar wünschenswert, einen öffentlichen Diskurs darüber zu führen, was akzeptabel ist und was nicht. Jedoch sollte die dafür zugrunde liegende Diskussionsbasis nicht jeglicher Empirie und Realität entbehren – ein Produkt der heutigen medialen Darstellungen. Jene Darstellungen sind es auch, die der Bevölkerung durch die Vermittlung verzerrter Wahrnehmungen

⁶⁴ Bundesministerien des Innern und der Justiz (Hg.), 2. Periodischer Sicherheitsbericht, S. 407.

⁶⁵ Heribert Ostendorf, NSZ 2006, S. 320 (320 ff.); a. A. Bernhard Bueb, Lob der Disziplin – eine Streitschrift, 13. Aufl. 2006.

⁶⁶ Heribert Ostendorf, StV 2008, S. 148 (149).

⁶⁷ Vgl. Heribert Ostendorf, Gegenreform im Jugendstrafrecht, ZRP 1998, S. 446 (447).

⁶⁸ Horst Viehmann, Hessische Koch-Rezepte zum Thema „Jugendkriminalität“, ZJJ 2008, S. 73 (74).

einen Blick auf die wahren Begebenheiten und auf die Effizienz der besonderen Grundgedanken verwehren. In Folge ständiger Thematisierung des JGG wird dadurch das Bild geprägt, in dessen Modifizierung fände sich die Lösung aller Probleme. Ein evidenten Trugschluss, der letztendlich nicht nur zu einer Erschütterung des JGG beiträgt, sondern dieses förmlich in Verruf bringt und Unsicherheitsgefühle schürt, die ein Umdenken dahingehend konterkarieren, dass es nicht gesetzliche Veränderungen im JGG sind, die Jugenddelinquenz verhindern. Jugendstrafrecht ist immer ultima ratio. Die

Problemlösungen finden sich häufig schon außerhalb des Jugendstrafrechts und meist bereits weit vor der ersten delinquenten Auffälligkeit. Daher sollte von verschärfenden Modifikationen Abstand genommen und sich stattdessen auf die Worte von Franz von Liszt besonnen werden: „Nur eine gute Sozialpolitik ist auch eine gute Kriminalpolitik.“⁶⁹

⁶⁹ Franz von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band II, 1905, S. 246.

Sophia Schulz*

Klausur Strafrecht III: Vermögensdelikte

Sachverhalt

Hamburg-Harburg, 29.01.2012, 02.00 Uhr morgens. A vertreibt sich mit Bier, Korn und dem Investieren seines restlichen Geldes in Spielautomaten im „Astra-Eck“ die Zeit. Als er gerade den letzten Schluck seines Bieres trinken möchte, um sich dann auf den Heimweg zu machen, sieht er das iPhone seines weitläufigen Bekannten B, der gerade eine Rauchpause vor der Tür macht, am anderen Ende des Tresens liegen. Da er sich nicht durch die Menschenmenge wühlen möchte, die eng gedrängt vor dem Tresen steht, bittet er den Gast G, ihm doch bitte „sein Handy mal rüberzureichen“. Der ahnungslose G, der glaubt, das Handy gehöre dem A, gibt ihm dieses mit einem freundlichen Lächeln. A, der froh ist, dass der B immer noch weit und breit nicht zu sehen ist, sieht zu, „schnell mit dem Handy davon zu kommen“.

Auf den Straßen herrscht eisige Kälte und der HVV hat längst Betriebsschluss, sodass A beschließt, ein Taxi zu nehmen. A greift zu seinem Portemonnaie, muss aber feststellen, dass er nur noch im Besitz knapp eines Euros ist. Als er dann auch noch bemerkt, dass er seine restlichen Zigaretten im „Astra-Eck“ liegengelassen hat, schlägt seine Frustration in Aggressivität um.

Als er an einer Tankstelle vorbeikommt, entschließt er sich spontan, die ersichtlich junge und noch unerfahrene Verkäuferin V, die erst seit wenigen Tagen dort arbeitet, zu überfallen. Da er die Nacht zuvor bei einem Kumpel war,

hat er allerdings nur seine mit einigen Klamotten gefüllte Sporttasche bei sich, als ihm eine Idee kommt: Unter dem Vorwand, ein bestimmtes Computermagazin kaufen zu wollen, das die V in der großen Zeitschriftenauslage nicht finden kann, bringt er die V dazu, ihn in den nachts eigentlich gesperrten Verkaufsraum einzulassen. An der Kasse stellt A plötzlich seine verschlossene Sporttasche auf die Verkaufstheke, nimmt demonstrativ sein Mobiltelefon in die Hand und erklärt der V, in der Tasche befände sich eine Bombe, die er zünden werde, wenn sie ihn davon abhalten sollte, sich das Geld aus der Kasse und Zigaretten zu nehmen. Die überrumpelte V nimmt die Drohung des A ernst, tritt verängstigt zur Seite und lässt den A 525 € Bargeld aus der Kasse und eine Stange Zigaretten nehmen. A verlässt mit der Beute die Tankstelle und fährt mit einem Taxi nach Hause, nachdem er das Telefon der Tankstelle unbrauchbar gemacht hat. Die verstörte V ist erst nach Stunden in der Lage, die Polizei zu verständigen.

Strafbarkeit des A?

Hinweis:

1. Der Trick, mit dem A in den Verkaufsraum gelangt, Hausfriedensbruch, § 123 StGB und das Tankstellen-Telefon sind nicht zu berücksichtigen.
2. Von der uneingeschränkten Schuldfähigkeit des A ist trotz seines Alkoholkonsums auszugehen.
3. Sollte die Strafbarkeit des G für die Falllösung von Relevanz sein, dann kann sie mit den folgenden beiden Sätzen festgestellt werden: „G hat sich nicht eines Diebstahls gemäß § 242 I StGB strafbar gemacht. Ihm fehlt der Vorsatz.“

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2011/2012 zur Vorlesung Strafrecht III von Jun.-Prof. Dr. Stefanie Kemme an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung der Autorin wurde mit „gut“ bewertet.

Falllösung

A. Erster Tatkomplex: „iPhone“

I. Strafbarkeit des A nach § 263 I StGB

A könnte sich gemäß § 263 I StGB wegen Betruges an G zulasten des B strafbar gemacht haben, indem er G aufforderte, ihm das B gehörende iPhone zu geben, was G tat.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschungshandlung

A müsste den G zunächst über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung ist das Einwirken auf das innere Vorstellungsbild einer anderen Person mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen. A spiegelte G vor, das auf dem Tresen liegende iPhone gehöre ihm, obwohl es tatsächlich Eigentum des B war. A hat also G getäuscht.

bb) Irrtum durch Täuschungshandlung

Weiterhin müsste sich daraufhin der G geirrt haben. Ein Irrtum ist eine durch die Täuschung hervorgerufene Fehlvorstellung über tatsächlich vorliegende Umstände. Der ahnungslose G glaubte dem A, sodass ein Irrtum zu bejahen ist.

cc) Vermögensverfügung durch Irrtum

Weiterhin müsste der G durch den hervorgerufenen Irrtum über Vermögen verfügt haben. G übergab dem A das iPhone. Allerdings verfügte er damit nicht über sein Vermögen, sondern über das des B.

Wie bereits aus dem Wortlaut des § 263 StGB zu schließen ist, müssen verfügende und geschädigte Person nicht identisch sein. Es könnte hier ein sogenannter Dreiecksbetrug vorliegen. Dann müsste die Verfügung des G dem B zugerechnet werden.

(1) Rechtliche Befugnis

G hatte hier keinerlei rechtliche Befugnis, über das Vermögen des B zu verfügen.

(2) Faktische Nähebeziehung

Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, ob sich B und G überhaupt kennen, eine faktische Nähebeziehung in dem Sinne, dass G im Lager des B stehen könnte, scheidet daher aus.

dd) Zwischenergebnis

Die Verfügung des G über Bs iPhone kann dem B mangels Nähebeziehung nicht zugerechnet werden.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

Der A hat sich nicht gemäß § 263 I StGB wegen Betruges an G zulasten des B strafbar gemacht, indem er G aufforderte, ihm das B gehörende iPhone zu geben, und G es ihm überreichte.

II. Strafbarkeit des A gemäß §§ 242, 25 I Alt. 2 StGB

A könnte sich aber stattdessen wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 242, 25 I Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er G dazu benutzte, ihm das iPhone des B zu geben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Fremde bewegliche Sache

Das iPhone ist eine bewegliche Sache (§ 90 BGB), die im Eigentum eines anderen, nämlich B, steht und damit auch fremd ist.

bb) Wegnahme

A müsste das iPhone des B weggenommen haben. Wegnahme ist die Aufhebung fremden und die Herstellung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams gegen oder ohne den Willen des Berechtigten.

(1) Wegnahme in eigener Person

A ließ sich das iPhone von G geben, sodass er es nicht selbst weggenommen hat.

(2) Zurechnung der Wegnahme durch G

Im Zuge der mittelbaren Täterschaft könnte A allerdings das Verhalten des G zugerechnet werden. Gemäß § 25 I Alt. 2 StGB ist mittelbarer Täter, wer die Tat durch einen anderen begeht. Der A hatte kraft überlegenen Wissens als Hintermann die Tatherrschaft inne. G befand sich in einem Irrtum über das Eigentum am iPhone und handelte somit vorsatzlos (§ 16 StGB). Damit nutzte A den G als Werkzeug.

G hat das iPhone an A übergeben, was somit dem A zugerechnet wird. A hat somit den fremden Gewahrsam des B gebrochen und, spätestens als er sich vom Tatort entfernte, neuen Gewahrsam begründet.

(3) Zwischenergebnis

Eine Wegnahme liegt vor.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz bzgl. objektivem Tatbestand

A handelte bezüglich der Wegnahme der fremden beweglichen Sache vorsätzlich. Weiterhin umfasste sein Vorsatz auch seine Herrschaft über das Werkzeug G.

bb) Absicht rechtswidriger Zueignung

A wollte B dauerhaft enteignen und hatte auch die Ab-

sicht, sich die Sache in sein Vermögen einzuverleiben (Aneignung).

2. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

3. Schuld

A handelte trotz Alkoholkonsum schuldhaft.

4. Strafzumessung

Es bestehen keine Anhaltspunkte zur Annahme eines Regelbeispiels i. S. d. § 243 StGB.

5. Strafantrag

Ein Strafantrag ist ebenfalls entbehrlich.

6. Ergebnis

A hat sich wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 242, 25 I Alt. 2 StGB strafbar gemacht, indem er G dazu benutzte, dem B das iPhone wegzunehmen.

III. Strafbarkeit des G

G hat sich nicht eines Diebstahls gemäß § 242 I StGB strafbar gemacht. Ihm fehlte der Vorsatz.

B. Zweiter Tatkomplex: „Tankstelle“

I. Strafbarkeit des A gemäß §§ 249 I, 250 I Nr. 1 lit. b StGB

A könnte sich gemäß §§ 249 I, 250 I Nr. 1 lit. b StGB wegen schweren Raubes gegenüber V strafbar gemacht haben, indem er ihr drohte, eine in der Tasche befindliche Bombe zu zünden, um daraufhin 525 € Bargeld und eine Stange Zigaretten mitzunehmen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) § 249 I StGB

Zunächst müsste der Grundtatbestand des § 249 I StGB erfüllt sein.

(1) Qualifiziertes Nötigungsmittel

A könnte V gedroht haben. Eine Drohung ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt die drohende Person Einfluss hat oder zu haben vorgibt. A spiegelte der V vor, eine Bombe zu zünden, die sich in seiner Tasche befände. Dies stellt eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben dar.

(2) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Fraglich ist, inwiefern hier eine Wegnahme vorliegt. Der Raub ist insofern von der räuberischen Erpressung, §§ 253, 255 StGB, abzugrenzen. Ein entscheidendes Indiz ist, un-

ter welcher Voraussetzung das Opfer den Übergang der Sache an den Täter sieht. Glaubt es, eine bestimmte Hilfeleistung sei erforderlich, ist eine Erpressung anzunehmen. Hier liegt der Fall jedoch so, dass A die Sachen wegnimmt und die V glaubt, keinen Einfluss darauf zu haben.

A hat hier entweder die tatsächliche Sachherrschaft der V oder der/des Tankstelleninhabers/in gebrochen und spätestens beim Verlassen an den Zigaretten und dem Bargeld neuen Gewahrsam begründet, sodass eine Wegnahme zu bejahen ist.

(3) Finalzusammenhang

Weiterhin müsste zwischen der Drohung und der Wegnahme ein Finalzusammenhang bestehen. Dies ist der Fall, wenn der Täter/die Täterin nach seiner/ihrer Vorstellung das Nötigungsmittel als Mittel zur Wegnahme einsetzt. A setzte die Drohung hier gerade deshalb ein, um die V daran zu hindern, ihn von seiner Tat abzuhalten, also um die Wegnahme zu ermöglichen. Kausalität ist nicht notwendig. Somit ist ein Finalzusammenhang gegeben.

(4) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des § 249 I StGB liegt vor.

bb) § 250 I Nr. 1 lit. b StGB

A könnte die Qualifikation des § 250 I Nr. 1 lit. b StGB erfüllt haben. Das wäre der Fall, wenn er beim Raub ein Mittel bei sich geführt hat, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden.

A spiegelte vor, eine Bombe bei sich zu haben, die er zünden werde, wenn V ihn davon abhalten sollte, sich das Geld aus der Kasse und die Zigaretten zu nehmen. Durch die Drohung wollte er mithin Widerstand der V unterbinden. Problematisch ist jedoch, dass A nicht wirklich eine Bombe bei sich hatte, sondern nur so tat, als befände sich eine in seiner Tasche.

Es handelt sich daher um eine Scheinwaffe. Generell werden von dem Wortlaut des § 250 I Nr. 1 lit. b StGB „oder Mittel“ auch objektiv ungefährliche Mittel wie eine Spielzeugwaffe erfasst.

In diesem Fall beruht der Erfolg der Drohung jedoch hauptsächlich auf einer Täuschung. Deshalb muss das Erfassen von Scheinwaffen von § 250 I Nr. 1 lit. b StGB insoweit eingeschränkt werden, dass Gegenstände, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild für einen objektiven Betrachter/eine objektive Betrachterin ungefährlich sind und bei denen der Drohungserfolg allein darauf beruht, dass das Opfer den Gegenstand nicht sehen kann, nicht erfasst werden.

Daher hat A die Qualifikation des § 250 I Nr. 1 lit. b StGB nicht erfüllt.

2. Zwischenergebnis

A hat sich nicht wegen schweren Raubes gemäß §§ 249 I, 250 I Nr. 1 lit. b StGB strafbar gemacht.

II. § 249 I StGB

A könnte sich jedoch wegen einfachen Raubes strafbar gemacht haben gemäß § 249 I StGB.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist erfüllt (s. o.).

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Vorsatz

A handelte bezüglich des objektiven Tatbestandes vorsätzlich.

bb) Absicht rechtswidriger Zueignung

A wollte die V bzw. den/die Tankstelleninhaber/in dauerhaft enteignen und hatte die Absicht, sich die Zigaretten und das Bargeld rechtswidrig anzueignen.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte sowohl rechtswidrig als auch schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich gemäß § 249 I StGB wegen Raubes strafbar gemacht, indem er V bedrohte und sich dadurch die Wegnahme von Zigaretten und Bargeld i. H. v. 525 € ermöglichte.

C. Gesamtergebnis

A hat sich somit wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 242, 25 I Alt. 2 StGB und Raubes gemäß § 249 I StGB strafbar gemacht.

Lea Christmann*

Klausur Grundrechte: Die Bürgschaft

In der Staatsrecht-II-Klausur war im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde zu erörtern, inwieweit die Zivilgerichte bei der Auslegung und Anwendung des § 138 BGB im Fall einer Bürgschaftserklärung die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie aus Art. 2 I GG zu beachten haben. In der Zulässigkeit war auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, in der Begründetheit auf die typischen Besonderheiten einer Urteilsverfassungsbeschwerde, insbesondere auf den Umfang der Prüfung durch das BVerfG und den modernen Eingriffsbegriff (oder auf die Erfüllung von staatlichen Schutzpflichten), einzugehen. Die Klausur ist angelehnt an den sog. „Bürgschaftsbeschluss“ des BVerfG (19.10.1993, BVerfGE 89, 214–236, NJW 1994, 36–39).

Sachverhalt

Der Vater der B betätigt sich als Immobilienmakler. Zur Finanzierung seiner Vorhaben begehrt er von der Stadtparkasse eine Erhöhung seines Kreditrahmens. Als die Bank eine Sicherheit verlangt, unterschreibt B auf Drängen ihres Vaters eine vordruckte Bürgschaftsurkunde mit einem Höchstbetrag von 50.000 €, in der es u. a. heißt:

„1. Die Bürgschaft wird zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Forderungen der Sparkasse gegen den Hauptschuldner...aus ihrer Geschäftsverbindung...übernommen. (...)

3. Die Sparkasse ist nicht verpflichtet, sich an andere Sicherheiten zu halten, bevor sie den Bürgen in Anspruch nimmt ...“

Die B ist zu diesem Zeitpunkt 21 Jahre alt, vermögenslos und ohne Berufsausbildung. Der Vertreter der Stadtparkasse erklärt bei der Unterzeichnung, dass sie „keine Verpflichtung“ eingehe. Ihre Unterschrift werde „für die Akten“ gebraucht. Die Krediterhöhung wird daraufhin bewilligt. Als das Immobiliengeschäft ihres Vaters sich nicht wie gewünscht entwickelt, beschließt dieser, sich nunmehr als Reeder zu betätigen. Die Stadtparkasse finanziert ihm den Kauf eines Schiffes. Später kündigt sie

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2011/2012 zur Vorlesung Staatsrecht II von Prof. Dr. Marion Albers an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung der Autorin wurde mit „sehr gut“ bewertet. Bei der Bearbeitung handelt es sich nicht um eine Musterlösung, sondern um einen von mehreren möglichen Lösungswegen. Aus ihr können keine Rückschlüsse auf die eigene Bewertung der Klausur gezogen werden.

ihm die offen stehenden Kredite (mittlerweile 1,2 Mio. €) und teilt der B mit, dass sie aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werde.

B geht zivilgerichtlich gegen die Inanspruchnahme vor. Sie macht geltend, dass die Bank sie nicht hinreichend über die Risiken aufgeklärt habe. Unter diesen Voraussetzungen sei eine vertragliche Verpflichtung, die zu einer ausgewogenen Überschuldung führe, sittenwidrig und nichtig. Der BGH, der letztinstanzlich in der Zivilgerichtsbarkeit zwischen der B und der Sparkasse entscheidet, sieht die Bürgschaftserklärung als wirksam an. Eine nach dem Gesetz volljährige Person müsse auch ohne besondere Erfahrung im Geschäftsverkehr wissen, dass die Abgabe einer Bürgschaftserklärung Haftungsrisiken begründe. Bei der Erklärung des Bankangestellten „Sie gehen keine Verpflichtung ein“ handle es sich um eine vorläufige Bonitätsauskunft, die auf die Verhandlungsposition der B keinen Einfluss haben konnte.

B sieht sich durch das Urteil in ihren Grundrechten, insbesondere der grundrechtlich gewährten Vertragsfreiheit verletzt. Die Vertragsfreiheit sei nur im Falle eines annähernd ausgeglichenen Kräfteverhältnisses der Partner/innen gewährleistet. Der Ausgleich gestörter Vertragsparität gehöre zu den Hauptaufgaben des Zivilrechts. Die Zivilgerichte hätten berücksichtigen müssen, dass die Sparkasse ihre geschäftliche Unerfahrenheit ausgenutzt habe.

Prüfen Sie gutachterlich die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde.

Gutachten

Die Verfassungsbeschwerde der B hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit, Art. 93 I Nr. 4a GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG

I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht müsste zuständig sein. Gemäß Art. 93 I Nr. 4a GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG ist das Bundesverfassungsgericht für Verfassungsbeschwerden zuständig. B legt eine Verfassungsbeschwerde ein, mithin ist das Bundesverfassungsgericht zuständig.

II. Beschwerdefähigkeit

B müsste beschwerdefähig sein. Beschwerdefähig ist gemäß Art. 93 I Nr. 4a GG „jedermann“. Jedermann ist

zumindest jede natürliche Person. B ist als Mensch eine natürliche Person und somit jedermann und beschwerdefähig.

III. Prozessfähigkeit

Von der Prozessfähigkeit der B ist auszugehen. Sie ist über 18 Jahre alt, folglich geschäftsfähig und in der Lage, ihre Forderung selbstständig vor Gericht vorzubringen und durchzusetzen.

IV. Beschwerdegegenstand

B müsste ihre Verfassungsbeschwerde auf einen zulässigen Beschwerdegegenstand stützen. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde kann gemäß Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein. B sieht sich durch die Urteile der Zivilgerichte sowie deren Bestätigung seitens des BGH in ihren Grundrechten verletzt. Anders als bei Art. 19 IV GG umfasst der Begriff der öffentlichen Gewalt in Art. 93 I Nr. 4a GG auch Akte der Judikative. Die Entscheidungen der Zivilgerichte sind als Akte der Judikative auch Akte der öffentlichen Gewalt. B kann sowohl die letztinstanzliche Entscheidung des BGH als auch die vorinstanzlichen Entscheidungen als zulässigen Gegenstand der Verfassungsbeschwerde anführen.

V. Beschwerdebefugnis

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

B müsste auch beschwerdebefugt sein. Hierzu müsste sie die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung plausibel geltend machen. B bringt vor, in ihren Grundrechten, insbesondere der grundrechtlich gewährleisteten Vertragsfreiheit, verletzt zu sein. B hat zuvor einen Zivilprozess bezüglich der Wirksamkeit einer Bürgschaftserklärung geführt. Mithin scheint die Möglichkeit einer Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 I GG durch Verletzung einer Schutzpflicht des Staates nicht ausgeschlossen.

Fraglich ist, ob B durch das Zivilrechtsurteil in ihren Grundrechten verletzt sein kann.¹ Das Zivilgericht entscheidet über Streitigkeiten zwischen zwei Privaten, in diesem Fall zwischen B und der Sparkasse. Die Grundrechte entfalten grundsätzlich im Verhältnis von Bürger/in zu Staat als subjektive Rechte Wirksamkeit. Eine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten entfalten die Grundrechte aufgrund von Art. 1 III GG, der lediglich Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung

¹ Es ist auch möglich, das Problem der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten erst zu Beginn der Begründetheit ausführlich zu erörtern, weil in der Beschwerdebefugnis nur die *Möglichkeit* einer Grundrechtsverletzung zu prüfen ist; wird dieser Aufbau gewählt, genügt der Hinweis, dass eine mittelbare Drittwirkung von Grundrechten nicht ausgeschlossen und somit möglich ist.

an sie bindet, grundsätzlich nicht. Auch der Umstand, dass beispielsweise in Art. 9 III 2 GG nur ausnahmsweise Wirkungen zwischen Privaten hervorgerufen werden, spricht gegen eine generelle Unmittelbarkeit.

Es könnte sich aber eine mittelbare Drittwirkung für Private ergeben. Die Gerichtsbarkeit und somit auch die Zivilgerichte sind über Art. 1 III GG an die Grundrechte gebunden. Sie müssen ihre Entscheidungen grundrechtskonform treffen. Gerade bei Generalklauseln, wie die der „guten Sitten“, muss der Maßstab der Grundrechte zugrunde gelegt werden. Daraus ergibt sich die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte auch im Zivilverfahren. Mithin kann B eine Verletzung des Grundrechts der Privatautonomie aus Art. 2 I GG plausibel geltend machen.

2. Unmittelbare, gegenwärtige und eigene Beschwer

B müsste durch das Gerichtsurteil unmittelbar, also ohne Bedürfnis der Umsetzung der Maßnahme, gegenwärtig, d. h. schon oder noch, sowie selbst in ihren Grundrechten verletzt sein. Das Urteil betrifft sie unmittelbar, gegenwärtig und selbst. B ist beschwerdebefugt.

VI. Rechtswegerschöpfung / Subsidiarität

1. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG

B müsste den Rechtsweg erschöpft haben. Der BGH entscheidet letztinstanzlich über die Zivilstreitigkeit zwischen B und der Sparkasse. Der Rechtsweg ist erschöpft.

2. Subsidiarität

Die Verfassungsbeschwerde ist ein subsidiärer Rechtsbehelf. Es dürfte keine andere Möglichkeit zur Abwendung der Folgen für B geben. Solche sind nicht ersichtlich. Der Grundsatz der Subsidiarität ist gewahrt.

VII. Frist und Form

Das Formerfordernis der Verfassungsbeschwerde gemäß §§ 23 I, 92 BVerfGG und die Monatsfrist nach § 93 I 1 BVerfGG müssten eingehalten worden sein. Ein Verstoß der Verfassungsbeschwerde der B gegen das Form- und Fristerfordernis ist nicht ersichtlich.

VIII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde müsste begründet sein. Sie ist begründet, soweit eine Pflicht des Staates zum Schutz des von Art. 2 I GG gedeckten Handelns besteht und der

Staat dieser Pflicht nicht nachgekommen ist oder sie unterschritten hat.²

I. Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich eröffnet sein.

1. Persönlicher Schutzbereich

B müsste vom persönlichen Schutzbereich des Art. 2 I GG erfasst sein. Art. 2 I GG ist ein „Jedermann“ – Grundrecht. Geschützt ist jeder. B ist ein Mensch und jeder i. S. d. Art. 2 I GG. Der persönliche Schutzbereich ist eröffnet.

2. Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich müsste ebenfalls eröffnet sein. Entgegen dem Wortlaut „freie Entfaltung der Persönlichkeit“ schützt Art. 2 I GG nicht nur den Privatbereich, sondern schlichtweg jedes menschliche Verhalten. In jedem menschlichen Verhalten wirkt seine Persönlichkeit, somit ist dieses geschützt. Die Möglichkeit, Verträge frei zu schließen, mithin die Privatautonomie, ist menschliches Verhalten und von Art. 2 I GG geschützt.

Fraglich ist, ob sich daraus eine Pflicht des Staates zum Schutz des Menschen vor seinem eigenen Verhalten, seiner Freiheit, ergibt. Eine solche Schranke ergibt sich aus Art. 2 I GG nur, soweit der Mensch die Rechte Anderer verletzt. Daraus lässt sich eine Pflicht des Staates ableiten, der die Rechte der/des Anderen schützen muss. Diese Pflicht kann er einerseits durch Grundrechte, andererseits durch einfache Gesetze erfüllen. Ein solches Gesetz könnte § 138 BGB darstellen.

II. Erfüllung der Schutzpflicht

Der Gesetzgeber könnte dem Schutz der Rechte Anderer hinreichend nachgekommen sein, wenn er eine verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage für notwendige Beschränkungen geschaffen hat.

1. Einschränkung des Art. 2 I GG

Art. 2 I GG müsste einschränkbar sein. Ein Vorbehalt ergibt sich aus der verfassungsmäßigen Ordnung. Darunter sind alle materiell sowie formell rechtmäßigen Rechtsvorschriften zu fassen. § 138 BGB könnte eine solche darstellen.

² Es ist auch möglich, den „klassischen“ Eingriffsabwehraufbau zu wählen: (I) Anwendbarkeit/mittelbare Drittwirkung, (II) Schutzbereich, (III) Beeinträchtigung, (IV) Rechtfertigung (1) Gesetzesvorbehalt (2) Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes (3) Verfassungsmäßigkeit des Urteils. Zur Problematik des Aufbaus bei Drittwirkungskonstellationen: *Ino Augsberg/Lars Viellechner*, Die Drittwirkung der Grundrechte als Aufbauproblem, JuS 2008, S. 406 (407).

2. Verfassungsmäßigkeit des § 138 BGB

§ 138 BGB müsste verfassungsgemäß sein.

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

§ 138 BGB müsste formell verfassungsgemäß sein. Der Bundesgesetzgeber müsste zuständig sein und das Verfahren gemäß Art. 76 ff. GG eingehalten worden sein. Die ausschließliche Kompetenz des Bundes ergibt sich aus Art. 74 I Nr. 1 Var. 1, 71 GG. Von der Verfassungsmäßigkeit des Verfahrens ist auszugehen. § 138 BGB ist formell verfassungsgemäß.

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

§ 138 BGB müsste materiell verfassungsgemäß sein. Die Norm müsste dem Bestimmtheitserfordernis entsprechen. Fraglich ist, ob die Formulierung „Verstoß gegen die guten Sitten“ zu unbestimmt ist. Der Begriff der „guten Sitten“ ist jedoch durch die Rechtsprechung definiert und mithin hinreichend bestimmt.

Weiterhin müsste das Gesetz verhältnismäßig sein. Durch die Generalklausel der „guten Sitten“ verfolgt der Gesetzgeber das legitime Ziel, Rechtsgeschäften, die unseren jeweils bestehenden ethischen Wertvorstellungen zuwiderlaufen, die Wirksamkeit zu versagen und somit einem Missbrauch der Privatautonomie entgegenzuwirken. Das Gesetz ist auch geeignet, also förderlich, für die Erreichung dieses legitimen Ziels. Es ist kein milderes Mittel ersichtlich, mithin ist es auch erforderlich. Es müsste auch angemessen sein. Dafür dürften die positiven und negativen Folgen nicht außer Verhältnis stehen. Auf der einen Seite steht das Recht auf Privatautonomie, auf der anderen Seite stehen die guten Sitten. § 138 BGB grenzt die Privatautonomie lediglich leicht ein und verbietet nur schlichtweg verfassungswidrige Verträge. Die Norm ist angemessen. Sie ist materiell verfassungsgemäß.³

³ So auch das BVerfG vom 19.10.1993, NJW 1994, 36 (38): Bei der Ausgestaltung der Privatrechtsordnung steht der Gesetzgeber vor einem Problem der praktischen Konkordanz. Er hat stets die Privatautonomie beider Vertragspartner/innen zu beachten, sowohl die des stärkeren, als auch die des schwächeren Teils. Hat ein/e Vertragspartner/ in ein so starkes Übergewicht, das er oder sie den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann und somit für den anderen Teil eine Fremdbestimmung bewirkt, so ist der Gesetzgeber aus Art. 2 I GG bei der Schaffung der Zivilrechtsordnung verpflichtet, darauf zu reagieren und Korrekturen zu ermöglichen. Der Gesetzgeber hat dies in verfassungsmäßiger Weise mit der Generalklausel des § 138 BGB und der daraus resultierenden Nichtigkeitsfolge getan. Sie ermöglicht eine Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen im Einzelfall.

c) Zwischenergebnis

§ 138 BGB ist verfassungsgemäß. Die Entscheidung des Gerichts erfolgt auf einer verfassungsgemäßen Ermächtigungsgrundlage.

3. Verfassungsgemäße Auslegung und Anwendung des § 138 BGB

Das Gericht müsste § 138 BGB verfassungsmäßig im Sinne der Grundrechte ausgelegt und angewendet haben.⁴

B macht geltend, dass die Bank sie nicht über ihre Risiken aufgeklärt habe und sie daraufhin eine vertragliche Verpflichtung eingegangen sei, die sie in eine ausweglose Überschuldung geführt habe. Dies sei sittenwidrig und nichtig und mithin nicht mit § 138 BGB zu vereinbaren. Der BGH hält die Bürgschaftserklärung für wirksam, da nach dem Gesetz jede Person auch ohne Erfahrung im Geschäftsverkehr wissen müsse, welche Haftungsrisiken eine Bürgschaftserklärung nach sich zieht. B gibt an, dass Gericht hätte die Ausnutzung ihrer Unerfahrenheit nicht berücksichtigt.

Eine Erklärung, welche die B verpflichtet, in ihrem jungen Alter für eine solch hohe Summe von 50.000 € zu haften, und die auch nur unterzeichnet worden ist aufgrund der Falschankunft des Bankangestellten, ist nicht wirksam. Die B, die keine Berufsausbildung hat und keine Chance auf eine Tilgung der Schulden, wäre so schwer belastet, dass es unzumutbar ist und mithin gegen die guten Sitten verstößt. Die Täuschung des Vertreters der Sparkasse, der die Unterzeichnung als bloße Formalie abwertet, trägt ebenfalls zur Unwirksamkeit der abgeschlossenen Bürgschaft bei. Das Gericht verkennt mithin die Nichtigkeit des Geschäftes aus § 138 BGB und garantiert den Schutz aus Art. 2 I GG nicht. Die Verfassungsbeschwerde der B ist begründet.

C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der B ist zulässig und begründet und hat Aussicht auf Erfolg

⁴ Hier zeigt sich der Prüfungsumfang des BVerfG: Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz, die eine rechtsfehlerhafte Abwägung des Zivilgerichts durch eine eigene Abwägung ersetzen dürfte. Es prüft nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts. Eine solche Verletzung ist anzunehmen, wenn die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts auf einer grundsätzlich falschen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts – im vorliegenden Fall Art. 2 I GG – beruht und der Auslegungsfehler in seiner materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht ist (BVerfG vom 10.06.1964, BVerfGE 18, 85 [93]).

Ulrike Flau*

Examensklausur im Sozialrecht: SGB VII und Rückforderung von Leistungen nach dem SGB XII

Die Klausur, die im Rahmen der Schwerpunktbereichsprüfung im Schwerpunktbereich „Sozialrecht mit arbeitsrechtlichen Bezügen“ gestellt wurde, problematisiert zum einen die Zugehörigkeit zum versicherten Personenkreis in der Unfallversicherung von Personen, die unentgeltlich die häusliche Pflege im familiären Umfeld übernehmen und verunfallen. Zum anderen geht es um die Rückforderung von Leistungen nach dem SGB XII.

Sachverhalt

Aufgabe 1

Die 72 Jahre alte Elfriede Friedberg (EF) ist nach einer schweren, langwierigen Erkrankung seit Oktober 2009 in der Pflegestufe III eingestuft. Sie lebt nach wie vor in ihrer eigenen Wohnung, die sich im Erdgeschoss ihres kleinen Einfamilienhauses befindet. Im ersten Stock wohnt ihr Sohn Max Friedberg (MF) mit seiner Frau Dorothea (DF). EF wird überwiegend von einem ambulanten Pflegedienst betreut. Aber auch DF kümmert sich um ihre Schwiegermutter. Sie wäscht ihre Wäsche und kocht ihr täglich ein Mittagessen; zudem ist sie dabei, wenn der Hausarzt einmal wöchentlich bei EF Hausbesuche macht. Insgesamt kommt DF so auf eine Pflegezeit von rund 10 Stunden in der Woche.

Am 3. Januar 2011 ruft der Hausarzt der EF wie üblich bei DF an und kündigt einen Hausbesuch an – er werde in einer Viertelstunde da sein, DF möge bitte die Haustür öffnen und ihm Zutritt zur Wohnung der EF verschaffen. DF, die gerade dabei ist, für ihren Mann einen Geburtstagskuchen zu backen, schiebt diesen schnell noch in den Backofen, als sie unten bereits das Fahrzeug des Arztes vorfahren hört. Schnell nimmt sie den Wohnungsschlüssel ihrer Schwiegermutter vom Schüsselbrett und läuft hastig die Treppe hinunter. Auf dem unteren Treppenabsatz stürzt sie und zieht sich einen Bruch des Wadenbeins zu.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Schwerpunktbereichsklausur, die im Sommersemester 2011 von Prof. Dr. Dagmar Felix an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Der Fall ist angelehnt an Entscheidungen des LSG Baden-Württemberg vom 01.07.2011 – L 8 U 4065/10 sowie des BVerwG vom 05.11.2008 – 5 PKH 8/08. In den Fußnoten hat Jun.-Prof. Dr. Judith Brockmann, Maître en Droit, anhand der Voten zur Originalklausur einige bewertungsrelevante Punkte angemerkt. Die Klausur der Autorin wurde mit „gut“ bewertet.

Der zuständige Unfallträger, der über eine Unfallanzeige informiert worden war, lehnt Leistungen nach dem SGB VII ab. DF sei beim Unfall nicht gesetzlich unfallversichert gewesen. DF ist empört und legt gegen diese Entscheidung Widerspruch ein.

In einem umfangreichen Gutachten – ggf. in einem Hilfsgutachten – sind die Erfolgsaussichten des Widerspruchs zu prüfen.

Aufgabe 2

Auch die 52 Jahre alte Mutter der DF, Henriette Maurer (HM), die voll erwerbsgemindert ist, hat aktuell „Ärger mit Sozialbehörden“. Sie hatte Ende 2010 Grundsicherungsleistungen nach dem SGB XII erhalten. Im Februar 2011 geht bei der zuständigen Behörde ein anonymer Hinweis ein, wonach HM vorhandenes Vermögen im Wert von 170.000 € kurz vor ihrem Antrag auf Grundsicherungsleistungen auf der Rennbahn an nur einem Tag „verzockt“ habe.

Der zuständige Sachbearbeiter erlässt darauf ohne Anhörung der HM einen Bescheid, mit dem er unter Hinweis auf das sozialwidrige Verhalten der HM Ersatz der Kosten der bisher gezahlten Sozialhilfe fordert. HM hält das Ganze zunächst für einen schlechten Scherz und legt das Schreiben beiseite. Als sie über einen Monat später eine befreundete Rechtsanwältin trifft, rät ihr diese, unverzüglich gegen den Bescheid vorzugehen. HM schreibt daraufhin an den zuständigen Sachbearbeiter und legt „Einspruch“ ein. Sie habe noch nie in ihrem Leben Vermögen besessen; das Ganze müsse ein übler Scherz sein. Wahrscheinlich stecke ihre Nachbarin dahinter, mit der sie einen seit Jahren andauernden Nachbarschaftsstreit ausfechte.

Wie wird der Sachbearbeiter mit dem Schreiben der HM verfahren, wenn sich ihr Sachvortrag als zutreffend erweist?

Gutachten

Aufgabe 1

Der Widerspruch der DF hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Der Widerspruch der DF müsste zulässig sein.

I. Eröffnung des Sozialrechtsweges

Die Eröffnung des Sozialrechtsweges richtet sich nach § 51 I Nr. 1–10 SGG,¹ welcher eine abdrängende Sonderzuweisung zu § 40 I 1 VwGO darstellt. Die DF wendet sich mit ihrem Widerspruch gegen die Ablehnung von Leistungen nach dem SGB VII des zuständigen Unfallversicherungsträgers. Es handelt sich damit um Angelegenheiten der gesetzlichen Unfallversicherung gemäß § 51 I Nr. 3 SGG.

Darüber hinaus müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt einseitig berechtigt oder verpflichtet (Sonderrechtstheorie). Die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung sind nach § 29 SGB IV Körperschaften des öffentlichen Rechts, denen das SGB VII hoheitliche Gewalt zuspricht, wie vorliegend etwa die Versagung einer Leistung nach dem SGB VII. Somit liegt öffentliches Sonderrecht dem Streit zugrunde.

Schließlich darf die Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlicher Art sein.² Dies wäre der Fall, wenn sich zwei Verfassungsorgane um Rechte oder Pflichten aus der Verfassung streiten. Weder die DF noch der Unfallversicherungsträger sind Verfassungsorgane. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit handelt es sich somit um eine Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art. Der Sozialrechtsweg ist damit eröffnet.

II. Statthaftigkeit des Widerspruchs

Die Statthaftigkeit des Widerspruchs richtet sich danach, ob in der Hauptsache eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage statthaft wäre. Vorliegend begehrt die DF Leistungen nach dem SGB VII. Entsprechend § 123 SGG ist hinsichtlich der statthaften Klageart auf das Begehren des Klägers abzustellen. Eine Anfechtungsklage ist statthaft, um einen ablehnenden Verwaltungsakt anzugreifen.

Der Verwaltungsakt ist in § 31 SGB X definiert. Ein Verwaltungsakt ist jede hoheitliche Maßnahme einer Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Außenwirkung. Die Ablehnung des Unfallversicherungsträgers ist eine hoheitliche Maßnahme. Dies folgt aus dem bestehenden Über-Unterschied

¹ Da das Widerspruchsverfahren Voraussetzung für eine spätere Klageerhebung ist (arg. § 78 SGG) müsste der Sozialrechtsweg nach § 51 SGG analog eröffnet sein.

² Hier hätte § 39 II SGG erwähnt werden können.

ungsverhältnis zwischen DF und dem Unfallversicherungsträger. Letzterer müsste auch eine Behörde sein. Die Behördeneigenschaft ergibt sich aus § 1 II SGB X. Die Behörde handelt auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts und die Ablehnung des Antrags der DF ist die Bescheidung des konkreten Einzelfalls. Die Ablehnung hat auch Außenwirkung. Sie verwehrt der DF Sozialleistungen nach dem SGB VII. Somit ist der Ablehnungsbescheid der Behörde ein Verwaltungsakt i. S. d. § 31 SGB X.

Allein mit einer Anfechtung des Ablehnungsbescheids könnte die DF ihr Ziel der Leistungsgewährung nicht erreichen. Statthaft wäre daher die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage nach § 54 IV SGG.³ Dass die Anfechtungsklage in Kombination mit der Leistungsklage statthaft wäre im Rahmen der Hauptsache, ist nicht schädlich. Der Widerspruch der DF ist nach § 78 I SGG statthaft und erforderlich, um die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Ablehnungsbescheides zu überprüfen.

III. Widerspruchsbefugnis

Die Widerspruchsbefugnis richtet sich nach § 54 I 2 SGG analog. Die DF wäre widerspruchsbefugt, wenn die Möglichkeit einer Verletzung eines subjektiven Rechts der DF nicht ausgeschlossen werden kann (Möglichkeitstheorie). Die Adressatentheorie kann vorliegend keine Anwendung finden, da es sich um einen Fall der Leistungsverwaltung und nicht der Eingriffsverwaltung handelt. DF wäre in einem subjektiven Recht verletzt, wenn sie einen Anspruch auf Leistungen nach SGB VII hätte. Ein solcher kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, mithin ist die DF widerspruchsbefugt.

IV. Ordnungsgemäße Einlegung des Widerspruchs

§ 84 I SGG legt fest, dass der Widerspruch schriftlich innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes bei der Behörde einzulegen ist, welche ihn erlassen hat. Die DF legt „umgehend“ Widerspruch ein. Von einer ordnungsgemäßen Einlegung des Widerspruchs ist auszugehen.⁴

V. Beteiligten- und Handlungsfähigkeit

Fraglich ist, wonach sich die Beteiligten- und Handlungsfähigkeit der DF bestimmt. Die Behörde selbst ist nicht in die Prüfung mit einzubeziehen. Sie ist die Trä-

³ Dies war entscheidend, wurde aber von vielen Klausurbearbeiterinnen und -bearbeitern nicht gesehen.

⁴ In der Sache zutreffend, sprachlich hätte hier differenziert werden müssen: Wenn die ordnungsgemäße Erhebung des Widerspruchs als Oberbegriff für frist- und formgerechtes Handeln begriffen wird, wie es hier offenbar der Fall ist, hätte nach Prüfung der Frist formuliert werden müssen: „von der ordnungsgemäßen Einlegung *im Übrigen* ist auszugehen“.

gerin des Widerspruchsverfahrens und somit keine Beteiligte desselben.⁵ Die Beteiligten- und Handlungsfähigkeit der DF könnte sich aus §§ 10, 12 SGB X ergeben. Das SGB X regelt das Verwaltungsverfahren. Ein solches ist grundsätzlich auch das Widerspruchsverfahren. Allerdings verweist § 69 SGB X auf das SGG, sodass auch die §§ 69 ff. SGG i. V. m. § 62 SGB X Grundlage für die Bestimmung der Beteiligten- und Handlungsfähigkeit der DF sein könnten.⁶ Dafür spricht insbesondere, dass das Widerspruchsverfahren notwendige Prozessvoraussetzung des Hauptsacheverfahrens (Anfechtungs- und Leistungsklage, s. o.) wäre. Die DF ist gemäß § 70 Nr. 1 Alt. 1 SGG i. V. m. § 62 SGB X als natürliche Person fähig, am Verfahren beteiligt zu sein. Ihre Handlungsfähigkeit ergibt sich aus § 71 I SGG i. V. m. § 62 SGB X.

VI. Zuständigkeit der Behörde

Die Zuständigkeit des Unfallversicherungsträgers folgt aus § 84 i. V. m. § 8 (sachliche Zuständigkeit), § 57 I (örtliche Zuständigkeit) SGG.

VII. Ergebnis zur Zulässigkeit

Die Zulässigkeit des Widerspruchs der DF ist somit gegeben.⁷

B. Begründetheit

Der Widerspruch der DF ist begründet, soweit die Ablehnung von Leistungen nach dem SGB VII rechtswidrig war und die DF daher in ihren subjektiven Rechten verletzt wird.

I. Anspruchsgrundlage

Die DF könnte einen Anspruch auf Leistungen nach SGB VII haben. Ein solcher könnte sich aus §§ 26 ff. SGB V ergeben. Welche Leistungen konkret begehrt werden, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

⁵ Hier ist positiv hervorzuheben, dass es gelingt, systematisches Wissen in die Fallbearbeitung einfließen zu lassen, ohne dass es zu lehrbuchartigen Ausführungen ohne Fallbezug führt.

⁶ Positiv zu bewerten ist die Tatsache, dass die Frage des anwendbaren Gesetzes unter Nennung aller relevanter Normen thematisiert und mit einem stichhaltigen Argument überzeugend beantwortet wird, ohne sie ausführlich zu problematisieren. Das wäre im Rahmen einer Klausur angesichts des Schwerpunkts und der fehlenden Auswirkung auf das Ergebnis unangemessen.

⁷ Das Rechtsschutzbedürfnis hätte kurz angesprochen werden können, insbesondere, dass und weil dem Leistungsbegehren der DF ohne Widerspruch der rechtskräftige Ablehnungsbescheid entgegengestanden hätte.

II. Voraussetzungen

Die DF müsste zum versicherten Personenkreis zählen und es müsste ein Versicherungsfall eingetreten sein.

1. Versicherter Personenkreis

Problematisch erscheint, ob die DF überhaupt einem versicherten Personenkreis der gesetzlichen Unfallversicherung angehört.

a) § 2 I Nr. 1 SGB VII

Möglicherweise ist die DF als Beschäftigte i. S. d. § 7 SGB IV versichert gewesen. Danach ist die Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Hinweise auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis der DF liegen nicht vor. In Betracht kommt daher allein eine Beschäftigung im Verhältnis zur EF.

Merkmale für ein Beschäftigungsverhältnis können z. B. die Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers sein. Dies erscheint vorliegend zweifelhaft. Die DF kümmert sich um ihre Schwiegermutter EF, mit welcher sie und ihr Ehemann im selben Haus leben. Sie wäscht die Wäsche der EF, bereitet ihr täglich das Mittagessen zu und ist bei Hausbesuchen des Arztes der EF anwesend. Die Weisungsgebundenheit der DF ist hier schwer zu erkennen. Vielmehr liegt die Vermutung nahe, die DF übernehme diese Aufgaben aus familiärer Verbundenheit gegenüber der EF und auch deren Sohn MF, mit dem sie verheiratet ist. Gegen eine Weisungsgebundenheit der DF gegenüber der EF spricht auch, dass diese vorübergehend von einem ambulanten Pflegedienst betreut wird. Es ist daher anzunehmen, dass die DF bei Verhinderung auch die Möglichkeit hätte, ihre Dienste für die EF einmal nicht zu verrichten, ohne dass dadurch deren Pflege gefährdet würde. Die fehlende Weisungsgebundenheit spricht gegen ein Beschäftigungsverhältnis der DF mit der EF.

Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation ist nicht zu erblicken. Auch die Entgeltlichkeit einer Tätigkeit der DF könnte ein Indiz für eine Beschäftigung sein. Vorliegend kümmert sich die DF aber nicht entgeltlich um ihre Schwiegermutter. Vielmehr übernimmt sie unterstützende Tätigkeiten aufgrund der familiären Bindung zu EF.⁸

Ein Beschäftigungsverhältnis i. S. v. § 7 SGB IV liegt nicht vor. DF war demnach nicht als Beschäftigte gesetzlich unfallversichert.

⁸ Diese Argumentation überzeugt wegen der Differenziertheit der Argumente und ihrer gelungenen Anordnung. Gegenargumente werden genannt und durch die der eigenen Position zuträglichen Argumente widerlegt.

b) § 2 I Nr. 17 SGB VII

Möglicherweise war DF jedoch als Pflegeperson i. S. v. § 19 S. 1 SGB XI gesetzlich unfallversichert. Dafür müsste sie nicht erwerbsmäßig einen Pflegebedürftigen in seiner häuslichen Umgebung gepflegt haben.

aa) Pflegebedürftigkeit der EF

Die EF müsste pflegebedürftig i. S. v. § 14 SGB XI sein. Die EF ist nach einer schweren langjährigen Erkrankung in die Pflegestufe III eingestuft worden. Die Pflegebedürftigkeit der EF ist daher nicht zu bezweifeln.

bb) Nicht erwerbsmäßig

Die DF dürfte die Pflege der EF auch nicht erwerbsmäßig übernommen haben. Vorliegend verrichtet die DF sämtliche Aufgaben unentgeltlich aufgrund familiärer Verbundenheit zu EF (s. o.). Die Pflege der DF ist damit nicht erwerbsmäßig.

cc) In der häuslichen Umgebung

Zudem müsste DF ihre Pflegedienste gegenüber der EF auch in deren häuslicher Umgebung erbringen. Die EF lebt im Erdgeschoss des Einfamilienhauses, in welchem auch ihr Sohn MF und seine Frau DF wohnen. Die häusliche Umgebung der EF bleibt während der Pflegetätigkeit durch DF gewahrt.

dd) Zwischenergebnis

Die DF ist damit Pflegeperson i. S. d. § 19 SGB XI.⁹

ee) Versicherte Tätigkeit¹⁰

Pflegepersonen sind nach § 2 I Nr. 17 SGB VII jedoch nur dann gesetzlich unfallversichert, sofern sie Maßnahmen der Körperpflege oder Tätigkeiten zur Ernährung, Mobilität oder hauswirtschaftlichen Versorgung der/des Pflegebedürftigen durchführen. Vorliegend stürzte die DF beim Heruntereilen der Treppe, um dem Hausarzt der EF die Tür zu öffnen. Diese Tätigkeit könnte allenfalls der Mobilität der EF dienen. Die EF ist jedoch gerade nicht mobil, sodass ein Hausbesuch des Arztes erforderlich ist. Es handelt sich bei der Tätigkeit der DF daher vielmehr um eine Maßnahme, die die fehlende Mobilität der EF ausgleichen soll. Ein so weites Verständnis des Begriffes „Mobilität“ erscheint jedoch abwegig.¹¹ Mithin ist das Heruntereilen der Treppe der DF keine versicherte Tätigkeit gewesen. Die DF war daher nicht als Pflege-

person nach § 2 I Nr. 17 SGB VII gesetzlich unfallversichert.

c) § 2 I Nr. 13 a SGB VII

Die DF könnte als Nothelferin gesetzlich unfallversichert gewesen sein.¹² Hierfür hätte sie bei Not Hilfe leisten oder eine andere Person aus erheblicher Gefahr für ihre Gesundheit retten müssen. DF will die Tür für den Hausarzt der EF öffnen, welcher diese einer ärztlichen Untersuchung unterziehen will. Hinweise, dass diese ärztliche Untersuchung aufgrund einer konkreten Not-situation erforderlich ist oder die EF einer erheblichen, gegenwärtigen Gesundheitsgefährdung ausgesetzt wäre, sind aber nicht gegeben. Eine Pflichtversicherung der DF als Nothelferin ist damit ausgeschlossen.

d) § 2 II 1 SGB VII

Letztlich könnte jedoch eine Versicherteneigenschaft der DF in der gesetzlichen Unfallversicherung aus einer sog. „Wie-Beschäftigung“ resultieren. Die DF müsste dafür wie eine Beschäftigte der EF tätig geworden sein. Wegen mangelnder Weisungsgebundenheit der DF wurde eine Beschäftigteneigenschaft nach § 2 I Nr. 1 SGB VII verneint. Für die Wie-Beschäftigung kommt es darauf an, dass die Tätigkeit ebenso von einer Person beruflich ausgeübt werden könnte und dass diese fremdnützig ist und einen wirtschaftlichen Wert hat. Die pflegerische Tätigkeit der DF könnte ebenso von einer Berufspflegerin/einem Berufspfleger verrichtet werden. Dafür spricht auch, dass die EF von Beschäftigten eines ambulanten Pflegedienstes hauptamtlich gepflegt wird, welche die Aufgaben der DF von Berufs wegen übernehmen könnten. Die Aufgabe der DF müsste fremdnützig sein, also dem Willen der EF entsprechen und einen wirtschaftlichen Wert haben. Dass das Öffnen der Haustür für den Besuch des Hausarztes dem Willen der EF entspricht, ist anzunehmen.

Fraglich ist allein, ob der Tätigkeit der DF auch ein wirtschaftlicher Wert beigemessen werden kann. Ein solcher könnte darin zu sehen sein, dass DF Aufgaben einer Berufspflegerin übernimmt. Würde DF nicht das Mittagessen der EF zubereiten und sich um deren Wäsche sowie Arztbesuche kümmern, käme für die EF möglicherweise nur noch eine vollstationäre Pflege anstelle einer ambulanten Versorgung durch einen Pflegedienst in Betracht. Eine vollstationäre Pflege wäre mit erheblichen Mehrkosten verbunden, sodass die Tätigkeit der DF durchaus einen wirtschaftlichen Wert besitzt. Die Voraussetzungen einer Wie-Beschäftigung sind somit erfüllt.¹³

⁹ Die streitige Frage, ob die Pflege einen bestimmten Mindestumfang in Stunden erreichen muss (arg. e § 19 SGB XI), wird nicht angesprochen (vgl. dazu nur BSG vom 07.09.2004, NJW 2005, 1148–1150).

¹⁰ Systematisch ist zwischen der Versicherteneigenschaft als solcher und dem Vorliegen einer versicherten Tätigkeit zu trennen, beide Fragen werden hier unter der Überschrift der Versicherteneigenschaft vermerkt.

¹¹ Die Formulierung „abwegig“ ist unangemessen, sie wirkt überheblich und entbehrt der erforderlichen Sachlichkeit im Ausdruck. Dies gilt umso mehr, als durch Rückgriff auf § 2 II SGB VII letztlich ein (so) weites Verständnis zugrunde gelegt und die Versicherungspflicht damit begründet wird.

¹² Interessanter Gedanke, spricht für eine sorgfältige Prüfung, wird hier zu Recht kurz abgehandelt.

¹³ Hier wurde engagiert diskutiert, das Ergebnis ist allerdings nicht überzeugend. Der Rückgriff auf § 2 II SGB VII führt hier nämlich zu einem Wertungswiderspruch zu dem spezielleren Tatbestand in § 2 I SGB VII, dessen Voraussetzungen nicht erfüllt sind bzw. da es an einer versicherten Tätigkeit fehlt. Dies wurde offenbar nicht gesehen, daher

e) Zwischenergebnis zu 1.

Die DF gehört aufgrund von § 2 II 1 SGB VII als Wie-Beschäftigte zum versicherten Personenkreis der gesetzlichen Unfallversicherung.

2. Versicherungsfall

Weiter müsste der Treppensturz der DF ein Versicherungsfall nach § 7 SGB VII sein.

a) Arbeitsunfall

Vorliegend kommt nur ein Arbeitsunfall der DF entsprechend § 8 SGB VII in Betracht.

aa) Unfall

Dafür müsste DF verunfallt sein. Ein Unfall ist gemäß § 8 I 2 SGB VII ein zeitlich begrenztes, von außen auf den Körper einwirkendes Ereignis, das zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führt. Vorliegend stürzte die DF beim Herunterlaufen der Treppe und brach sich das Wadenbein. Der Sturz als zeitlich begrenztes Ereignis führte zu einer äußeren Einwirkung auf den Körper der DF, welche sich dadurch einen Wadenbeinbruch, mithin einen Gesundheitsschaden, zuzog. Ein Unfall lag also vor.

bb) Versicherte Tätigkeit

Der Sturz müsste bei einer Versicherungsschutz begründenden Tätigkeit passiert sein. Vorliegend genießt DF Versicherungsschutz nach § 2 II 1 SGB VII als Wie-Beschäftigte.

cc) Infolge ihrer versicherten Tätigkeit

Die DF müsste sich den Beinbruch auch unmittelbar durch die versicherte Tätigkeit zugezogen haben. Maßgeblich ist die Theorie der notwendigen Bedingung. Danach müsste das Hinablaufen der Treppe erforderlich für die Verrichtung der versicherten Tätigkeit, hier das Öffnen der Tür für den Arzt, als auch für das Eintreten des Schadensereignisses, nämlich den Sturz, gewesen sein. Der Hausarzt kündigte sich telefonisch bei der DF für eine Viertelstunde später an. Da sie jedoch beim Backen in der Küche das Auto des Hausarztes bereits hörte, beeilte sie sich besonders, um den Wohnungsschlüssel der Schwiegermutter zu holen und nach unten ins Erdgeschoss zu laufen, um dem Arzt zu öffnen.

Das Öffnen der Tür für den Arzt ist infolge der fehlenden Mobilität der EF eine ihrer pflegerischen Tätigkeiten, für welche sie Versicherungsschutz genießt. Da die EF im Erdgeschoss des Hauses lebt, war es zum Öffnen der Tür wesentliche Bedingung, dass die DF die Treppe benutzte. Eben dieses Benutzen der Treppe führte letztlich zum Treppensturz und ist somit kausal für den Gesundheits-

auch die Frage, wie dieser Widerspruch rechtlich zu werten und ggf. aufzulösen wäre, nicht angesprochen. Bei Annahme des Vorliegens der Voraussetzungen einer Wie-Beschäftigung wäre jedenfalls der Auschlussstatbestand des § 4 IV SGB VII zu erörtern gewesen.

schaden der DF. Dass die DF dabei „hastig“ die Treppe hinunter lief, somit also nicht mit höchstmöglicher Vorsicht handelte, kann den Voraussetzungen für den Eintritt einer Versicherungsfalles nicht entgegen stehen. § 7 II SGB VII schließt selbst verbotswidriges Handeln nicht aus dem Schutzbereich der Norm aus, sodass dies für leicht fahrlässiges Handeln erst recht gelten muss.¹⁴

b) Zwischenergebnis zu 2.

Die Voraussetzungen eines Arbeitsunfalls sind erfüllt. Mithin liegt ein Versicherungsfall nach § 7 I SGB VII vor.

3. Leistungsumfang

Der Sachverhalt liefert keine konkreten Angaben, welche Leistungen des SGB VII gewährt werden sollen. Gemäß § 26 V SGB VII stehen Art, Umfang sowie Durchführung der Leistungen im Einzelfall im Ermessen der Behörde. Zum Leistungsumfang kann daher an dieser Stelle keine Prüfung auf Ermessensfehler vorgenommen werden, da die Behörde vielmehr jegliche Leistung nach dem SGB VII dem Grunde nach abgelehnt hat.

III. Rechtsfolge

Bei Anspruch auf Leistungen nach dem SGB VII dem Grunde nach handelt es sich um eine gebundene Entscheidung. Welche Leistung der DF konkret zusteht und ihrer Gesundheit förderlich ist, hat die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

IV. Ergebnis der Begründetheit

Die DF hat einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB VII. Der Ablehnungsbescheid des Unfallversicherungsträgers ist damit rechtswidrig und verletzt die DF in ihren subjektiven Rechten.

V. Gesamtergebnis

Der Widerspruch der DF ist zulässig und begründet. Er wird daher Erfolg haben.

Aufgabe 2

Sofern sich der von HM vorgetragene Sachvortrag als zutreffend erweist, könnte das Schreiben der HM ein Antrag nach § 44 SGB X sein.¹⁵ Dessen Voraussetzung sollen nachfolgend geprüft werden.

¹⁴ Gut argumentiert, auch wenn hier weiterhin (Wertungs-)Widersprüche zu den obigen Ausführungen hinsichtlich der versicherten Tätigkeit als Pflegeperson unter 1. b) ee) auftreten.

¹⁵ Das ist im Ergebnis zwar zutreffend, hätte allerdings kurz mit Hilfe der Auslegung des als „Einspruch“ bezeichneten Schreibens unter Berücksichtigung des Rechtsschutzziels der HM begründet werden können. Siehe auch unten Fn. 21.

A. Anspruchsgrundlage

Die HM könnte einen Anspruch auf Rücknahme des Rückforderungsbescheides haben, sofern die Voraussetzungen des § 44 SGB X erfüllt sind.

B. Voraussetzungen

Die Voraussetzungen des § 44 SGB X müssten vorliegen.

I. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes

Der Rückforderungsbescheid über die erbrachten Sozialleistungen müsste rechtswidrig sein.

1. Formelle Rechtswidrigkeit

In Betracht kommt vorliegend die Rechtswidrigkeit aufgrund fehlender Anhörung gemäß § 24 SGB X. Der Sachbearbeiter hat den Bescheid erlassen, ohne zuvor die HM anzuhören. Entsprechend¹⁶ § 41 SGB X ist jedoch eine Nachholung der Anhörung möglich – sofern diese nicht bereits im Widerspruch der HM selbst zu erblicken ist – welche den Formmangel heilt. Formell ist der Bescheid daher rechtmäßig.¹⁷

2. Materielle Rechtswidrigkeit

Möglicherweise ist der Rückforderungsbescheid materiell rechtswidrig. § 44 I 1 SGB X benennt hierfür als Regelbeispiele die unrichtige Anwendung des Rechts oder das Ausgehen von einem falschen Sachverhalt. Grundlage für die Rückforderungsentscheidung des Sachbearbeiters nach § 103 SGB XII¹⁸ i. V. m. § 50 SGB X war der anonyme Hinweis, dass die HM ihr Vermögen i. H. v. 170.000 € vor Antragstellung auf der Rennbahn „verzockt“ habe. Danach hätte die HM durch schuldhaftes Verhalten i. S. v. § 103 SGB XII die Voraussetzungen für die Leistungen der Sozialhilfe, namentlich ihre Bedürftigkeit (§ 19 I SGB XII) selbst herbeigeführt. Tatsächlich ist dieser anonyme Hinweis jedoch lediglich ein übler Scherz der Nachbarin der HM gewesen, mit welchem sie einen jahrelangen Nachbarschaftsstreit ausfocht. Der Sachverhalt, welcher der Entscheidung des Sachbearbeiters zugrunde lag, hat sich damit als unrichtig erwiesen, sodass das Regelbeispiel des § 44 I 1 Alt. 2 SGB X erfüllt ist. Der Rückforderungsbescheid ist damit materiell rechtswidrig.

¹⁶ Achtung: diese Formulierung ist missverständlich, sie wird üblicherweise für die Bezeichnung von Analogien verwendet, hier ist aber eine direkte Anwendung der Vorschrift gemeint, daher besser „gemäß“ verwenden.

¹⁷ Das ist unzutreffend. Die Begrifflichkeiten werden hier nicht hinreichend differenziert: Wegen des Anhörungsmangels ist der Bescheid formell rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit ist allerdings wegen § 41 SGB X heilbar.

¹⁸ Besonders positiv war zu bewerten, dass die Norm des § 103 SGB XII gesehen wurde.

3. Zwischenergebnis

Der Rückforderungsbescheid ist rechtswidrig. Dieser erfüllt auch die Voraussetzungen des § 31 SGB X, sodass ein rechtswidriger Verwaltungsakt damit vorliegt.

II. Nicht begünstigender Verwaltungsakt

Der Bescheid dürfte für die HM auch nicht begünstigend gewesen sein. Auch hierfür liefert § 44 I 1 SGB X Regelbeispiele.¹⁹ Der Verwaltungsakt ist nicht begünstigend, wenn Sozialleistungen dadurch zu Unrecht nicht erbracht wurden oder Beiträge zu Unrecht erhoben wurden. Vorliegend soll HM alle bisher erhaltenen Zahlungen der Sozialhilfe zurückzahlen. Folge wäre, dass ihr zu Unrecht keine Sozialleistungen mehr verblieben, sie also so gestellt würde, als hätte sie nie welche bezogen. Folglich steht die Rückforderung dem Regelbeispiel der zu Unrecht nicht erbrachten Sozialleistungen gleich.²⁰

III. Kein Ausschluss des § 44 I 2 SGB X

Der Verwaltungsakt darf nicht auf Angaben beruhen, die von der HM selbst unrichtig oder unvollständig gemacht wurden. Vorliegend hat gerade nicht die HM, sondern ihre verfeindete Nachbarin die Angaben gemacht, auf welchen der Verwaltungsakt beruht. Vielmehr erklärt die HM, dass sie im Gegensatz zu den Angaben der Nachbarin noch nie in ihrem Leben Vermögen besessen habe. Ein Ausschlussstatbestand des § 44 I 2 SGB X ist damit nicht gegeben.

C. Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 44 SGB X ist eine gebundene Entscheidung. Fraglich ist, ob der Sachbearbeiter jedoch den „Einspruch“ der HM trotz Vorliegens aller Tatbestandsvoraussetzungen berücksichtigen muss. Dieser ist zum einen nicht als Widerspruch betitelt und zum anderen ist dieser möglicherweise befristet. Hinsichtlich der Bezeichnung als „Einspruch“ ist dies im Falle einer Verfristung des Widerspruchs als Antrag nach § 44 SGB X umzudeuten.²¹ Der Sachverhalt ergibt keine genauen Hinweise zu den relevanten Daten. Es wird lediglich mitgeteilt, dass die HM „über einen Monat später“ nach Rücksprache mit einer befreundeten Anwältin unverzüg-

¹⁹ Hier handelt es sich nicht um Regelbeispiele, sondern alternative, aber abschließend aufgezählte Voraussetzungen.

²⁰ Richtigerweise erkennt die Bearbeiterin, dass der Tatbestand den vorliegenden Fall nicht regelt. Bei richtiger systematischer Einordnung der Tatbestandsmerkmale (Voraussetzungen, nicht Regelbeispiele) hätte daher eine Analogie zu der Voraussetzung „zu Unrecht nicht erbrachter Sozialleistungen“ geprüft werden müssen. Dabei wäre aufzufallen, dass eine Regelungslücke wegen des Ermessenstatbestandes in § 44 II SGB X nicht besteht. Vielmehr wäre dessen Satz 2 die einschlägige Ermächtigungsgrundlage. Im Rahmen dessen hätten die angelegten Erwägungen berücksichtigt werden müssen.

²¹ Diese Frage war eingangs zu klären, s. o. Fn. 15.

lich „Einspruch“ einlegt. Entsprechend § 44 II 1 SGB X ist jedoch auch ein unanfechtbar gewordener rechtswidriger nicht begünstigender Verwaltungsakt ganz oder teilweise für die Zukunft aufzuheben. Gemäß § 44 II 2 SGB X besteht hinsichtlich der Rücknahme des Verwaltungsaktes für die Vergangenheit Ermessen der Behörde. Vorliegend wurde der Rückforderungsbescheid mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben noch nicht

vollstreckt. Angenommen, dies wäre doch der Fall, hätte eine Erstattung der zu Unrecht entzogenen Leistungen nach Maßgabe des § 44 IV SGB X zu erfolgen.²²

²² Die Überlegungen zur Erstattung nach einer etwaigen Vollstreckung finden keine Anhaltspunkte im Sachverhalt und gehen über die gesetzlichen Regelungen hinaus. Denkbar wäre schließlich auch, dass die HM „freiwillig“, also ohne eine Vollstreckung zahlt.

Cornelius Holthöfer*

Fortgeschrittenenhausarbeit im Zivilrecht: Vorkaufsrecht, Vormerkung und gesetzliche Schuldverhältnisse

Die Fortgeschrittenenhausarbeit zur Vorlesung „Gesetzliche Schuldverhältnisse“ behandelt unterschiedliche Probleme des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts und der Vormerkung. Neben der Frage, ob ein unwirksames dingliches Vorkaufsrecht in die Vormerkung eines subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts umgedeutet werden kann, geht es vor allem um die Verwendungsersatzansprüche im Verhältnis zwischen Erst- und Zweiterwerber.

Sachverhalt

Der mit der F. Rau (F) verheiratete und mit ihr im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebende E.V. Rau (EV) hatte seit dem Jahre 2000 ein damals von seinem Vater, der der Eigentümer war, ererbtes und in der Nähe des Badeortes Travemünde gelegenes Grundstück, das mit einem einsam gelegenen aus dem 19. Jahrhundert stammenden, gänzlich aus Holz errichteten Badehotel bebaut ist, an dem die Eltern sehr gegangen hatten und dessen Erhalt und Bewirtschaftung „in altem Stil“, nämlich als Hotel für den altmodischen gediegenen individuellen Gast, sie in vielen Gesprächen dem EV „ans Herz gelegt“ hatten, verpachtet, und zwar bis zum 31. Dezember 2013 an den dann 75 Jahre alt sein werdenden und schon jahrzehntelang für die Eltern des EV als Hoteldirektor tätig gewesen P. A. Echter (P), der im Hotel seit dem Beginn seiner Tätigkeit in diesem Haus auch eine ihm nach § 575 I Ziff. 3 BGB im Hinblick auf einen ihm nachfolgenden Hoteldirektor

wirksam bis zum 31. Dezember 2013 befristet vermietete Wohnung hat.

Reparaturen und laufende Unterhaltungskosten hat nach dem Pacht- und dem Mietvertrag der Verpächter und Vermieter EV zu tragen, wobei während solcher Arbeiten die Pacht und die Miete weiter zu entrichten ist. Der EV und die F, die kein weiteres Vermögen haben, leben mit drei kleinen Kindern als in wirtschaftlicher Hinsicht gänzlich erfolglose Künstler, er als Bildhauer, sie als Malerin, in ganz bescheidenen, aber idyllischen Verhältnissen im Allgäu und bestreiten ihren Lebensunterhalt von der von P gezahlten Pacht und Miete als ihrem einzigen Einkommen.

Im Jahre 2010 war der Hotelier K. U. Wann (K 1), der dabei war, an der Ostsee eine Hotelkette zu schaffen, an den EV herangetreten, um das Grundstück, das damals wie heute einen Verkehrswert von 5.000.000 € hatte, für einen Kaufpreis von 6.000.000 € von EV käuflich zu erwerben. Einen derart deutlich über dem Marktpreis liegenden Kaufpreis zu zahlen, war der K 1 deshalb bereit, weil er fürchtete, Konkurrenten könnten irgendwann versuchen, von EV diese herausragende Immobilie zu einem Kampfpfeis zu erwerben.

Das Geschäftsmodell des K 1, der, ohne je Marktforschung betrieben zu haben, auf einen von ihm lediglich vermuteten neuen Trend der deutschen Bevölkerung zum „Urlaub in Deutschland“ setzte, bestand darin, überall in den Ostseebädern der Lübecker Bucht ältere Hotels aufzukaufen und zu modernisieren, um sie dann selbst zu betreiben.

Was speziell das Hotel des EV angeht, beabsichtigte der K 1, das Hotelgebäude nach einem Erwerb abzureißen

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer gekürzten Hausarbeit, die im Wintersemester 2011/2012 zur Vorlesung Schuldrecht BT III (Gesetzliche Schuldverhältnisse) von Herrn Dr. iur. Jürgen Plate VRiLG a.D. an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „gut“ bewertet.

und dort ein modernes Hotel für den Massentourismus zu errichten, das wegen seiner grandiosen Lage das „Flaggschiff“ seiner Hotelkette darstellen sollte. Dazu müsste ihm allerdings das Grundstück mitsamt dem Gebäude, so lautete die an EV gerichtete Forderung des K 1, geräumt übergeben werden.

Der EV rang mit sich, weil er angesichts der Pläne des K 1 den Willen der Eltern verraten würde. Andererseits fürchtete er sich vor plötzlich nötig werden könnenden größeren, von ihm zu bezahlenden Reparaturen und Erhaltungsarbeiten. Auch fühlte er sich von seiner Frau F, die, anders als er, die kümmerlichen Lebensverhältnisse der Familie leid war und die endlich einmal „besser leben“ wollte, dazu gedrängt, das Grundstück zu verkaufen.

Da aber ein solches Geschäft, wie der K 1 es ihm vorgeschlagen hatte, wegen der Verpachtung des Hotels und der Vermietung der Wohnung an den P gegenwärtig nicht realisierbar war – denn dieser hing sehr an seinem Beruf und an seiner Wohnung und war auch gegen eine ihm angebotene Zahlung einer hohen Abfindung nicht dazu bereit, den Pacht- und den Mietvertrag vorzeitig zu beenden – vereinbarten der auch insoweit im Einverständnis mit der F handelnde EV und der K 1 formgerecht ein am 1. April 2010 in das Grundbuch eingetragenes dingliches Vorkaufsrecht zu einem Festpreis von 6.000.000 €, dessen Ausübung der K 1 innerhalb von 12 Monaten nach Mitteilung eines Verkaufes an einen Dritten zu erklären hatte. Vereinbart wurde weiterhin, dass die von P gezahlte Pacht und Miete ab Zugang der Erklärung der Ausübung des Vorkaufsrechts dem K 1 zustehen sollte. Und für den Fall, dass es vor dem 31. Dezember 2013 nicht zu einem Verkauf des Grundstücks an eine dritte Person kommen würde, verpflichtete der EV sich formwirksam bindend bis zum 1. April 2014 zum Verkauf des Grundstücks und geräumten Hotels an den K 1 für 6.000.000 €, wobei zur Sicherung dessen zugunsten des K 1 eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen wurde. Auf diese Weise meinte der K 1 eventuellen kaufinteressierten Konkurrenten zuvorkommen und sich das Grundstück sichern zu können. Die F war im Notartermin zugegen und stimmte allem formwirksam zu.

Anfang des Jahres 2011 erfuhr der EV, dass auf Antrag des K 1 das Insolvenzverfahren über dessen Vermögen mit dem I. V. Awalta (IV) als Insolvenzverwalter eröffnet worden war. Der K 1 hatte nämlich Bankkredite in Anspruch genommen, die infolge seiner sich bis dahin nicht rentiert habenden Geschäfte mit der Folge der Zahlungsunfähigkeit des K 1 notleidend geworden waren. Der EV ging daher davon aus, dass K 1 das Grundstück nun nicht mehr würde erwerben können.

Weil seine zunehmend an ihrem kärglichen Leben leidende Frau F ihn jetzt bedrängte, das Grundstück not-

falls auch unter Wert zu verkaufen, veräußerte der EV es am 1. April 2011 für einen Preis von 4.000.000 € formwirksam an den Hotelier K. T. Uuh (K 2), nachdem dieser dem EV, der den Verrat an den Wünschen seiner Eltern durch den Abschluss der Verträge mit K 1 schon bereute, in den Vorverhandlungen zugesichert hatte, dass das Hotel nicht nur für die Dauer des Pachtvertrages mit P, sondern auch in der Folgezeit unter einem neuen Direktor im alten Stil weiterbewirtschaftet werden würde, so dass EV den niedrigeren Kaufpreis gerne in Kauf nahm. Die F war beim Notartermin, der bei demselben Notar stattfand, zugegen und stimmte allem formwirksam zu.

Der K 2 hatte sich trotz des bestehenden und ihm vor Abschluss des Kaufvertrages von EV mitgeteilten Vorkaufsrechts, dessen Inhalt er durch Einsicht in das Grundbuch zur Kenntnis genommen hatte, zum Kauf entschlossen, weil er wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des K 1 keine Ausübung des Vorkaufsrechts mehr befürchtete, zumal zu einem Preis, der mit 6.000.000 € weit über dem Marktpreis lag.

Noch am 1. April 2011 zahlte der K 2 den Kaufpreis von 4.000.000 € an den beurkundenden Notar als Treuhänder.

Mit einer noch am 1. April 2011 zugegangenen Erklärung teilte der EV dem IV den Verkauf an K 2 für 4.000.000 € mit.

Als K 2 am 1. Juni 2011 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen und der Kaufpreis zugunsten des EV freigegeben wurde, übergab dieser am gleichen Tag das Grundstück an den K 2.

Im Januar und Februar 2012 musste der K 2 das Dach, das durch den Orkan vom 4. Januar 2012 beschädigt worden war, für – mangels des Abschlusses einer entsprechenden Versicherung von ihm selbst zu tragende – 80.000 € neu eindecken lassen. Nach allgemeiner Erfahrung und unter Berücksichtigung der lokalen Besonderheiten (Witterung, Sturmrisiko) ist zu erwarten, dass das Dach erst in 10 Jahren erneut eingedeckt werden muss.

Der K 2 nutzte die unfreiwillige Betriebsunterbrechung bis zu der für den 1. März 2012 geplanten Wiedereröffnung dazu, für 20.000 € die an sich intakte, aber veraltete Elektro- und Telekommunikationsinstallation des Hotels zu modernisieren. Um diesen Betrag stieg der Wert des Grundstücks.

Am 27. Februar 2012 verkündete das Olympische Komitee völlig überraschend, dass – weil Brasilien sich wegen der nicht mehr zu beherrschenden Straßenkriminalität in Rio de Janeiro außerstande sah, die Olympischen Sommerspiele 2016 auszutragen – diese wegen der über-

zeugenden und nach wie vor sofort umsetzbaren Bewerbung der Freien und Hansestadt Hamburg aus dem Jahre 2003 für die dann doch nach London vergebenen Olympischen Spiele des Jahres 2012 nach Hamburg verlegt werden würden und dass die Segelkonkurrenzen nicht, wie seinerzeit geplant, in Kiel-Schilksee, sondern im Vorort Travemünde der Hansestadt Lübeck stattfinden sollten, um so dem beabsichtigten Motto für diese Olympischen Spiele, die als „Hanse-Spiele“ in die Sportgeschichte eingehen sollten, einen zutreffenden historischen Hintergrund zu verleihen.

Auch wurden Ende Februar 2012 die Ergebnisse einer vom „Deutschen Tourismusverband“ vorgenommenen umfassenden Marktforschung zum Reiseverhalten der Deutschen bekannt, denen zufolge die Deutschen sich angesichts der immer wärmer werdenden Sommer und wegen krisenhafter Entwicklungen rund um das Mittelmeer erstmals wieder seit den Jahren des „Wirtschaftswunders“ vom „Urlaub im Süden“ langfristig abwenden und einen Urlaub in Deutschland, speziell an der See, vorziehen würden.

Als dies beides dem IV – das Insolvenzverfahren über das Vermögen des K 1 war noch nicht abgeschlossen – bekannt wurde, entschloss er sich dazu, die Geschäfte des K 1 fortzuführen, nachdem er die Banken als Hauptgläubiger dafür gewonnen hatte, alle notleidenden Kredite langfristig umzuschulden. Als die Banken sich auch bereit erklärten, den Erwerb des Grundstücks des EV und den von K 1 bereits geplanten Abriss und Neubau zu finanzieren, erklärte der IV mit einer am 2. März 2012 dem EV zugegangenen Erklärung die Ausübung des Vorkaufsrechts und verlangte von ihm Zug-um-Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises die Auflassung. In einem parallelen Schreiben forderte er den K 2 auf, die Zustimmung zur Eintragung des K 1 in das Grundbuch zu erklären.

Der EV und der K 2 weigern sich, dem nachzukommen, wobei der K 2 ausführt, dass er – wenn überhaupt – die Zustimmung allenfalls Zug-um-Zug gegen Erstattung des an EV gezahlten Kaufpreises von 4.000.000 € und der für das Haus aufgewendeten 100.000 € erklären müsse, wobei der IV erwidern u. a. darauf hinweist, dass er das Gebäude ja abzureißen plane und daher keinerlei Interesse an den von K 2 durchgeführten Arbeiten habe.

Der IV will wissen,

1. ob er von EV die Auflassung Zug-um-Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises (zur Höhe müssten Sie sich ggf. entscheiden) verlangen kann; (A)
2. ferner, ob er von K 2 die Zustimmung zur Eintragung des K 1 in das Grundbuch verlangen kann. (B)

Gutachten

A. Anspruch auf Auflassung gemäß § 433 I 1 BGB i. V. m. § 80 I InsO

Der IV kann von EV die Auflassung des Grundstücks an K 1 verlangen, wenn K 1 einen Anspruch gegen EV auf Auflassung des Grundstücks hat. Durch die Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des K 1 bleibt dieser Rechtsinhaber seines Vermögens¹; der Insolvenzverwalter IV ist aber gemäß § 80 I InsO hinsichtlich des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens verfügungsbehaftet.² Ein Anspruch des K 1 auf Auflassung des Grundstücks könnte sich aus einem Kaufvertrag mit EV gemäß § 433 I 1 BGB ergeben.

I. Wirksamer Kaufvertrag

K 1 und EV müssten einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen haben.

1. Durch Angebot und Annahme

Ein wirksamer Kaufvertrag kommt gemäß §§ 145 ff. BGB durch Angebot und Annahme zustande.³ Eine solche Vereinbarung über eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung ist im vorliegenden Fall zwischen K 1 und EV am 01.04.2010 jedoch nicht zustande gekommen. Der Wille und die Erklärungen der Vertragsparteien waren lediglich darauf ausgerichtet, ein Vorkaufsrecht zu begründen, nicht jedoch darauf, einen Kaufvertrag zu schließen. Ein Kaufvertrag ist gemäß §§ 145 ff. BGB dementsprechend nicht zustande gekommen.

2. Durch Einräumung eines Vorkaufsrechts

Fraglich ist, ob die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts bereits eine Verpflichtung zur Auflassung seitens des EV begründet haben könnte. Dabei kommt es auf die Art des vereinbarten Vorkaufsrechts an. Ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht wird von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung als doppelt bedingter Kaufvertrag gewertet.⁴ Bei den Bedingungen, an die der Kaufvertrag gebunden wird, handelt es sich um den Eintritt des Verkaufsfalles an einen Dritten sowie die Erklärung des Vorkaufsrechts durch den Berechtigten.⁵

Diese Lehre auch auf das dingliche Vorkaufsrecht zu erweitern, wie es teilweise vorgeschlagen wird⁶, ist jedoch

¹ Godehard Kayser, in: Kreft, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2008, § 80 Rn. 3.

² Godehard Kayser, in: Kreft, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl. 2008, § 80 Rn. 12.

³ Hartmut Oetker/Felix Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 2007, § 2 Rn. 25.

⁴ BGH vom 15.06.1960, NJW 1960, 1805 (1806).

⁵ Barbara Grunewald, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 463 Rn. 3.

⁶ Martin Schermaier, in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, vor §§ 1094 ff.

bedenklich. Im Gegensatz zur Rechtsnatur des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts, könnte es sich bei dem dinglichen Vorkaufsrecht um ein Gestaltungsrecht handeln.⁷ Schon der von der herrschenden Meinung angenommene Charakter eines echten dinglichen Rechts⁸ widerspricht einer Betrachtung des dinglichen Vorkaufsrechts als doppelt bedingter schuldrechtlicher Kaufvertrag. Das dingliche Vorkaufsrecht unterscheidet sich im Wesentlichen dadurch vom schuldrechtlichen, dass es auch Dritten gegenüber Wirksamkeit entfaltet, demnach also ein absolutes Recht ist.⁹ Es kann sich deshalb nicht um einen doppelt bedingten Kaufvertrag handeln. Vor allem aber spricht gegen den doppelt bedingten Kaufvertrag bei einem dinglichen Vorkaufsrecht die gesetzliche Regelung der §§ 1098 I 1, 464 II BGB. Diese nicht abdingbare Regelung besagt, dass der Inhalt eines solchen bedingten Kaufvertrages vorher nicht festgelegt werden kann, sondern sich erst aus dem Vertrag zwischen dem Kaufverpflichteten und dem Dritten ergibt.¹⁰ Das dingliche Vorkaufsrecht ist als Gestaltungsrecht anzusehen.¹¹

a) Dingliches Vorkaufsrecht

Entscheidend ist demnach, was für ein Vorkaufsrecht im vorliegenden Fall vereinbart worden ist. Der ausdrücklichen Erklärung der Parteien zufolge wollten sie ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht gemäß § 1094 I BGB vereinbaren. Allerdings haben EV und K 1 das Vorkaufsrecht zu einem Preis von 6.000.000 € bestellt. Wegen der bindenden Wirkung des § 464 II BGB gemäß § 1098 I 1 BGB kann eine solche mit einem Festpreis versehene Vereinbarung jedoch nicht wirksam geschlossen werden.¹²

aa) Teilnichtigkeit

Die Preisvereinbarung und damit ein Teil des Rechtsgeschäfts zwischen EV und K 1 ist mithin nichtig. Gemäß § 139 BGB kann ein teilnichtiges Rechtsgeschäft jedoch dann aufrechterhalten werden, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien es auch ohne den nichtigen Teil vereinbart hätten. Möglich ist ein Erhalt nur, wenn das nach Abtrennung des nichtigen Teils verbleibende Rechtsgeschäft alleine bestehen kann.¹³ Auch ohne die Kaufpreisabrede könnte das Vorkaufsrecht eigenständig bestehen.

Es ist dementsprechend der mutmaßliche Wille der Parteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit zu ermitteln. K 1 kam es einzig darauf an, den zukünftigen Erwerb des Grundstücks zu sichern. Da der Kaufpreis auch noch über dem Marktwert von 5.000.000 € lag, hätte K 1 ein solches Vorkaufsrecht auch ohne die Kaufpreisabrede vereinbart. Unwahrscheinlich ist, dass dasselbe für EV gilt. Im vorliegenden Fall war der hohe Kaufpreis, den der K 1 dem EV anbot, ausschlaggebend für EVs Zustimmung zur Eintragung eines Vorkaufsrechts. Grundsätzlich war der EV dem Verkauf an K 1 gegenüber eher abgeneigt, da der K 1 das Hotel abreißen lassen wollte, dessen Fortbestand dem EV dem Willen seiner Eltern entsprechend am Herzen lag. Er musste lange mit sich ringen, und einzig das Angebot weit über dem Marktwert bewegte ihn schließlich dazu, dem Vorschlag des K 1 zuzustimmen. Es ist folglich nicht davon auszugehen, dass EV dieses Rechtsgeschäft ohne die Kaufpreisvereinbarung vorgenommen hätte. Somit ist das Rechtsgeschäft gesamtlich gemäß § 139 BGB, weshalb grundsätzlich eine Anwendung des § 140 BGB in Frage kommt.¹⁴

bb) Umdeutung

Von vielen Stimmen in der Literatur ist anerkannt, dass das dingliche Vorkaufsrecht, solange es sich um ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht gemäß § 1094 I BGB handelt, in die Vormerkung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts umgedeutet werden kann.¹⁵ Im Grundbuchverfahren ist die Möglichkeit der Umdeutung von Willenserklärungen weitgehend unumstritten.¹⁶ Der Umdeutung bereits eingetragener Willenserklärungen wird hingegen vor allem die Offenlegungsfunktion einer Grundbucheintragung entgegengehalten mit dem Argument, dass das Vertrauen in das Grundbuch zu schützen sei.¹⁷

Plausible Gründe sprechen dennoch in diesem Fall für die Umdeutung trotz der schon geschenehen Eintragung. Anderenfalls würde der Vorkaufsberechtigte durch den Fehler eines Grundbuchbeamten, der im Grundbuchverfahren zur gebotenen Umdeutung berechtigt wäre, derartige Anstrengungen jedoch unterließ, unbillig benachteiligt.¹⁸ Da ein nach der Umdeutung rückwirkend entstehendes Rechtsgeschäft schon aufgrund der Natur der Umdeutung kein „Mehr“ zum eigentlich eingetragenen Rechtsgeschäft enthalten dürfte, würde auch keine Partei besser oder schlechter gestellt als im ursprünglichen

Rn. 7.

⁷ Dieter Eickmann, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 6. Aufl. 2011, § 1094 Rn. 1.

⁸ Harry Westermann/Karl-Heinz Gursky/Dieter Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 124 Rn. 3.

⁹ Fritz Baur/Rolf Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 21 Rn. 24.

¹⁰ Harm Peter Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 1094 Rn. 5.

¹¹ Martin Schermaier, in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, vor §§ 1094 ff. Rn. 7.

¹² BGH vom 29.06.1966, WM 1966, 891 (892); OLG München vom 29.10.2007, RNotZ 2008, 226 (228); Martin Schermaier, in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, § 1094 Rn. 31.

¹³ Jürgen Ellenberger, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 139 Rn. 10.

¹⁴ Othmar Jauernig, in: ders., BGB, 14. Aufl. 2010, § 140 Rn. 2.

¹⁵ Martin Schermaier, in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, § 1094 Rn. 31; Harm Peter Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 140 Rn. 25.

¹⁶ Johan Frank, Der unzulässige Löschungserleichterungsvermerk – zur Umdeutung von Grundbucheintragungen, MittBayNot 1997, S. 217 (217).

¹⁷ Harm Peter Westermann, Verdeckte Nachverpfändung von Grundstücken, NJW 1970, S. 1023 (1026).

¹⁸ Andreas Wacke, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 873 Rn. 55.

chen Rechtsgeschäft.¹⁹ Schließlich ist auch das Argument der Schutzwürdigkeit des in das Grundbuch Vertrauen zu entkräften mit der Erwägung, dass er durch die anscheinend zulässige Eintragung, von der er Kenntnis hat, hinreichend vor den Folgen eines durch Umdeutung entstehenden Rechtsgeschäfts gewarnt ist, dessen Rechtsfolgen dem bestehenden unwirksamen eingetragenen Rechtsgeschäft ohnehin gleichen müssen.²⁰ Im vorliegenden Fall hatte K 2 Kenntnis von einem eingetragenen Vorkaufsrecht und war folglich vorgewarnt. Die Rechtsfolgen können ihn nicht unvorbereitet treffen.

Somit muss sich in diesem Fall, mit der Rechtsprechung, für die Möglichkeit einer Umdeutung einer Grundbucheintragung entschieden werden²¹. Eine Umdeutung könnte also im vorliegenden Fall dazu führen, dass rückwirkend statt des dinglichen Vorkaufsrechts ein Ersatzrechtsgeschäft in Form einer Vormerkung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts entstanden ist, wenn die Voraussetzungen eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts und die Voraussetzungen zur wirksamen Eintragung einer Vormerkung zum Zeitpunkt der Eintragung vorgelegen hatten.

(1) Voraussetzungen eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts

Zu prüfen ist, ob EV und K 1 durch die Vereinbarung des unwirksamen dinglichen Vorkaufsrechts auch die Voraussetzungen erfüllten, die zur Vereinbarung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts gemäß §§ 463 ff. BGB notwendig gewesen wären. Das Ersatzgeschäft hätte wirksam begründet werden können müssen. Insbesondere dürfte das Ersatzgeschäft auch nicht an einem Formmangel gelitten haben.²² Das Formerfordernis des § 311 b I BGB, der notariellen Beurkundung, gilt sowohl für das schuldrechtliche²³ als auch für das dingliche Vorkaufsrecht.²⁴ Laut Sachverhalt ist das unwirksame, dingliche Vorkaufsrecht zumindest formwirksam vereinbart, und aus dem identischen Formerfordernis folgt, dass auch das besondere Formbedürfnis des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts erfüllt gewesen ist.

Weiterhin könnte die Zustimmung der F notwendig gewesen sein. Für Ehepartner in einer gesetzlichen Zugewinnngemeinschaft gilt gemäß § 1365 I 1 BGB, dass jeder Teil der Zustimmung des anderen Teils zu einem Rechtsgeschäft dann bedarf, wenn er sich darin verpflichtet,

über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Da F und EV anderweitig ohne Vermögen sind, handelt es sich bei dem Grundstück um EVs Vermögen im Ganzen. Es wird jedoch auch in solchen Fällen ein Zustimmungserfordernis abgelehnt, wenn es sich um die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts handelt. Der Schutzwürdigkeit des Partners sei nämlich dadurch genüge getan, dass es zumindest zum Eintritt des Verkaufsfalls, ohne den das Vorkaufsrecht nicht geltend gemacht werden kann, zweifelsfrei der Zustimmung des anderen Teils bedürfe.²⁵ Allerdings ist diese Frage vorliegend nicht relevant, da F ihr Einverständnis vor dem Notar abgab. In diesem Fall scheidet eine Wirksamkeit auch nicht an einer inhaltlichen Kaufpreisabrede, da eine solche für das schuldrechtliche Vorkaufsrecht grundsätzlich zulässig ist.²⁶

(2) Voraussetzungen einer Vormerkung

Außerdem könnten die Voraussetzungen einer Vormerkung gemäß § 883 BGB zum Zeitpunkt der Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts vorgelegen haben.

(a) Sicherungsfähiger Anspruch

Den vormerkungsfähigen Anspruch könnte das rückwirkend entstandene schuldrechtliche Vorkaufsrecht darstellen. Die Vormerkung schützt einen schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung.²⁷ Wie oben bereits festgestellt, handelt es sich bei einem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht um einen doppelt bedingten Kaufvertrag und somit um einen schuldrechtlichen Anspruch gemäß §§ 433 I, 158 I BGB auf dingliche Rechtsänderung, namentlich auf Übereignung des Grundstücks durch Auflassung und Eintragung.

(b) Bewilligung

Da EV die Eintragung eines dinglichen Vorkaufsrechts bewilligte, und diese die Wirkungen einer Vormerkung entfaltet, ist auch von einer hypothetischen Bewilligung einer Vormerkungseintragung auszugehen.

(c) Eintragung

Die Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts ist geschehen. Somit ist auch das Ersatzgeschäft eingetragen, in das das Vorkaufsrecht umgedeutet werden muss, in diesem Fall die Vormerkung des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts.

(d) Berechtigung des Bewilligenden

Schließlich müsste EV zum Zeitpunkt der Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts auch zur Eintragung einer Vormerkung berechtigt gewesen sein. Zum Zeitpunkt der Eintragung war EV Eigentümer des Grundstücks und folglich der Berechtigte.

¹⁹ *Andreas Wacke*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 873 Rn. 55.

²⁰ *Andreas Wacke*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 873 Rn. 55.

²¹ OLG Jena, JW 1929, 3319 (3319); LG Darmstadt vom 26.02.2004, Rpfleger 2004, 349 (350).

²² *Bernd Rüthers/Astrid Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 17. Aufl. 2011, § 27 Rn. 10.

²³ *Walter Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 463 Rn. 2.

²⁴ *Harry Westermann/Karl-Heinz Gursky/Dieter Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 124 Rn. 10.

²⁵ *Jörg Mayer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 23. Edition, § 1365 Rn. 19.

²⁶ *Walter Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 464 Rn. 6.

²⁷ *Peter Bassenge*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 883 Rn. 1.

(3) Übereinstimmen mit dem Willen der Parteien

Die Umdeutung müsste auch mit dem Willen der Vertragsparteien des unwirksamen Rechtsgeschäfts übereinstimmen. Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht hat in Verbindung mit der Vormerkung dieselbe Wirkung wie das ursprünglich gewollte dingliche Vorkaufsrecht. Der Unterschied besteht alleine darin, dass die Kaufpreisabrede und andere besondere Vereinbarungen zwischen EV und K 1 in diesem Fall bestehen bleiben. EV kam es gerade auf diesen Preis an, der deutlich über dem Marktwert von 5.000.000 € liegt. Dem K 1 kam es in erster Linie darauf an, den Erwerb des Grundstücks sicherzustellen. Auch der hohe Preis war ihm recht, da das Grundstück gerade für ihn als Hotelier besonderen Wert besaß. Die Umdeutung stimmt demnach mit dem Willen der Parteien überein.

cc. Zwischenergebnis

Somit ist ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht gemäß §§ 463 ff. BGB zusammen mit einer Vormerkung i. S. d. § 883 BGB zur Sicherung des sich daraus ergebenden Anspruchs rückwirkend entstanden.

b) Schuldrechtliches Vorkaufsrecht

Bei dem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht handelt es sich um einen doppelt bedingten Kaufvertrag. Deshalb ist ein Kaufvertrag zwischen EV und K 1 zustande gekommen. Die Auflassung an K 1 kann IV gemäß § 80 I InsO aus diesem Vertrag geltend machen, wenn die beiden Bedingungen eingetreten sind. Es muss dementsprechend zu einem Verkaufsfall gekommen sein und IV muss das Vorkaufsrecht des K 1 geltend gemacht haben, um eine Verpflichtung des EV zu begründen.

3. Verkaufsfall

Ein Verkaufsfall gemäß § 463 BGB tritt ein, wenn ein Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und einem Dritten, der weder Vorkaufsberechtigter noch Vorkaufsverpflichteter ist, zustande kommt.²⁸ K 2 war Dritter und zwischen ihm und EV ist ferner ein wirksamer Kaufvertrag am 01.04.2011 zustande gekommen. Insbesondere das Formerfordernis gemäß § 311 b I BGB wurde gewahrt. Auch die Zustimmung der F, die gemäß § 1365 BGB erforderlich ist, liegt vor.

4. Fristgemäßes Ausübung

Am 02.03.2012 erklärte IV gemäß § 80 I InsO die Ausübung des Vorkaufsrechts des K 1. Die gesetzliche Frist von 2 Monaten gemäß § 469 II 1 BGB ist in Übereinstimmung mit § 469 II 2 BGB in der Vereinbarung zwischen K 1 und EV durch eine Frist von 12 Monaten ersetzt worden. Am 01.04.2011 ist IV die Erklärung zugegangen, wonach das Grundstück an K 2 verkauft werden sollte. Der

Beginn der Frist wurde folglich am 01.04.2011 ausgelöst. Somit wurde mit der Erklärung am 02.03.2012 die Frist gewahrt, die gemäß §§ 187 I, 188 II HS 1 BGB mit Ablauf des 01.04.2012 enden sollte. Gemäß § 464 I 2 BGB bedarf die Erklärung nicht der Form des Kaufvertrags, also ergeben sich auch hieraus keine Wirksamkeitshindernisse.

5. Kein Ausschluss

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass K 2 dem EV bei Abschluss des Vertrages zusicherte, das Hotel nicht abzureißen, sondern es in der bestehenden Form weiter zu betreiben. Gemäß § 466 BGB ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen, wenn sich der Dritte dem Vorkaufsverpflichteten gegenüber zu Nebenleistungen verpflichtet, die der Vorkaufsberechtigte nicht erfüllen kann. Allerdings ist eine solche Beschränkung im Umgang mit der Kaufsache, der sich der K 2 unterwirft, nicht als Nebenleistung zu verstehen, da eine Gegenleistung als Austauschwert darin nicht gesehen werden kann.²⁹

Auf das Vorkaufsrecht kann zwar durch K 1 auch stillschweigend durch Erlassvertrag verzichtet werden.³⁰ Dieser Erlassvertrag kann auch durch schlüssiges Verhalten begründet werden.³¹ Dass EV und K 2 wegen der Insolvenz des K 1 fest damit rechneten, dass K 1 sein Vorkaufsrecht nicht ausüben würde, begründet alleine ohne ein Zutun des K 1 jedoch keinen Ausschluss des Vorkaufsrechts.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts könnte jedoch gegen Treu und Glauben verstoßen. Dies wird zum einen bei einseitigem Verzicht angenommen³² wofür hier jedoch keine Anhaltspunkte sprechen. Zum anderen wird die Treuwidrigkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts jedoch auch dann angenommen, wenn der Vorkaufsberechtigte scheinbar nicht in der Lage ist, seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag zu erfüllen.³³ Aufgrund der Insolvenz des K 1 war der Anschein gegeben, dass er seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag nicht würde nachkommen können, worauf sich sowohl EV als auch K 2 verlassen. Allerdings wird dabei lediglich auf die Unwirksamkeit der Ausübungserklärung abgestellt. Da K 1 zum Zeitpunkt der Ausübungserklärung jedoch aufgrund der Bankkredite wieder über die Mittel verfügte, den Kaufvertrag zu erfüllen, ist eine Unwirksamkeit der Ausübung nicht gegeben.

6. Zwischenergebnis

Da die Bedingungen des doppelt bedingten Kaufvertrages eingetreten sind, ist ein Anspruch auf Auflassung gemäß §§ 433 I, 464, 158 I BGB entstanden.

²⁹ Johannes Wertenbruch, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 466 Rn. 5.

³⁰ Harm Peter Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 463 Rn. 27.

³¹ Walter Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 463 Rn. 8.

³² Peter Mader, in: Staudinger, BGB, Neub. 2004, § 464 Rn. 24.

³³ Walter Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 464 Rn. 3.

²⁸ Kurt Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 7. Aufl. 2008, Rn. 143.

II. Erlöschen wegen Unmöglichkeit gemäß § 275 I Alt. 1 BGB

Der Anspruch könnte jedoch aufgrund nachträglich eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung gemäß § 275 I Alt. 1 BGB ausgeschlossen sein. Wenn EV das Grundstück rechtswirksam an K 2 übereignet hätte, ist die Erfüllung an K 1 für ihn subjektiv unmöglich.

1. Wirksame Übereignung an K 2

Die Übereignung setzt sich zusammen aus Einigung und Eintragung gemäß § 873 BGB. EV hat sich als Berechtigter mit K 2 über den Eigentumsübergang formwirksam gemäß § 925 BGB geeinigt und K 2 wurde als neuer Eigentümer am 01.06.2011 im Grundbuch eingetragen. Die Parteien waren sich auch zum Zeitpunkt der Eintragung über den Eigentumsübergang einig. Der K 2 hat folglich das Eigentum erworben und folgerichtig wäre EV die Auflassung an K 1 grundsätzlich unmöglich.

2. Relative Unwirksamkeit

Die Übereignung an K 2 könnte K 1 gegenüber jedoch relativ unwirksam sein. Wie oben bereits geprüft, muss das ursprünglich eingetragene Vorkaufsrecht in ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht und eine dieses Recht sichernde Vormerkung umgedeutet werden. Eine Vormerkung verhindert gemäß § 883 II 1 BGB, dass Verfügungen über das betroffene Grundstück, die den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden, dem Vormerkungsberechtigten gegenüber Wirksamkeit entfalten. Die Übertragung des Eigentums ist eine Verfügung, die den Auflassungsanspruch des K 1, der durch Vormerkung gesichert ist, vereiteln würde. Demnach ist sie K 1 gegenüber unwirksam. K 1 ist somit gegenüber EV immer noch Eigentümer und zur Auflassung in der Lage.

3. Zwischenergebnis

Folglich ist EV die Auflassung an K 1 möglich und der Anspruch ist nicht wegen Unmöglichkeit untergegangen.

III. Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB

Schließlich ist fraglich, ob der Anspruch auch durchsetzbar ist. EV könnte ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB zustehen, das der Durchsetzbarkeit entgegenstünde. Dafür müsste EV aus dem gegenseitigen Vertrag, aus dem er die Auflassung schuldet, einen Anspruch gegen den K 1 haben. Da die Bedingungen des doppelt bedingten Kaufvertrages gemäß §§ 433 I, 464, 158 I BGB eingetreten sind, besteht nun zwischen EV und K 1 ein Kaufvertrag zu den Konditionen des Kaufvertrages zwischen EV und K 2 mit der Ausnahme der Höhe des Kaufpreises, die durch die Kaufpreisabrede zwischen K 1 und EV auf 6.000.000 € festgelegt wurde. EV hat demnach gegen K 1

einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gemäß § 433 II BGB. Der Kaufvertrag ist als Schuldverhältnis, bei dem die Verpflichtung zur Leistung von beiden Vertragsparteien nur um der Gegenleistung willen abgegeben wird³⁴ auch ein gegenseitiger Vertrag.

Eine Befreiung des K 1 von der Pflicht zur Kaufpreiszahlung an EV könnte jedoch dann vorliegen, wenn er den Kaufpreis gemäß § 1100 BGB dem K 2 zu erstatten hätte. K 2 ist, wie oben bereits geprüft, zwar neuer Eigentümer und Käufer in einer Person, § 1100 BGB findet jedoch nur auf das dingliche Vorkaufsrecht Anwendung. Dieses wurde zwar fälschlicherweise eingetragen, aber wie oben bereits geprüft, muss es in ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht samt Vormerkung umgedeutet werden. Folglich wird K 1 nicht durch § 1101 BGB von der Verpflichtung der Kaufpreiszahlung gegenüber EV frei. Ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB des EV besteht mithin.

IV. Endergebnis zu A

Folglich kann IV einen Anspruch gegen EV auf Auflassung an K 1 gemäß §§ 433 I, 464, 158 I BGB i. V. m. § 80 I InsO geltend machen. Aufgrund des Zurückbehaltungsrechts des EV gemäß § 320 ist der Anspruch nur Zugum-Zug gemäß § 322 BGB gegen Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 6.000.000 € an EV durchsetzbar.

B. Ansprüche auf Zustimmung zur Grundbucheintragung

IV kann von K 2 die Zustimmung zur Eintragung des K 1 in das Grundbuch verlangen, wenn K 1 ein solcher Anspruch gegen K 2 zusteht.

I. Anspruch aus § 894 BGB

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 894 BGB ergeben. Dafür müsste das Grundbuch zunächst unrichtig sein. Der Inhalt des Grundbuchs müsste mit der materiellen Rechtslage im Widerspruch stehen.³⁵ Das ist unter anderem dann der Fall, wenn ein falscher Berechtigter eingetragen ist.³⁶ Dies könnte wegen der Eintragung des K 2 als Eigentümer der Fall sein. Wie oben bereits geprüft, ist die Eintragung des K 2 als Eigentümer K 1 gegenüber aufgrund seiner Vormerkung unwirksam. Allerdings gilt die Eintragung lediglich in dem Verhältnis zwischen K 1 und K 2 als unwirksam.³⁷ Allen anderen,

³⁴ Christian Grüneberg, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, vor § 320 Rn. 5.

³⁵ Karl-Heinz Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2008, § 894 Rn. 19.

³⁶ Ulrich Krause, in: Anwaltskommentar BGB, 2005, § 894 Rn. 16.

³⁷ Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 2.

insbesondere EV gegenüber, ist K 2 jedoch Eigentümer geworden. Das Grundbuch entspricht deshalb der materiellen Rechtslage und ist nicht unrichtig. Ein Anspruch auf Zustimmung zur Grundberichtigung aus § 894 BGB gegen K 2 besteht nicht.

II. Anspruch aus § 888 BGB

Es könnte ein Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung des K 1 aus § 888 BGB bestehen.

1. Anspruch entstanden

Der Anspruch könnte entstanden sein. Dies setzt eine vormerkungswidrige Verfügung voraus und dass die Einwilligung des Anspruchsgegners gemäß § 19 GBO zur Eintragung des durch die Vormerkung gesicherten Rechts erforderlich ist.³⁸ Aufgrund der Vormerkung, die durch die Umdeutung ex tunc entstanden ist, ist die Verfügung in Form der Übereignung an K 2 dem K 1 gegenüber unwirksam, da sie seinen durch die Vormerkung gesicherten Anspruch auf Übereignung des Grundstücks vereiteln würde. Auch ist die Zustimmung des K 2 gemäß § 19 GBO erforderlich, da er, wie oben geprüft, der neue Eigentümer ist. Da er somit der neue Verfügungsberechtigte an dem Grundstück ist, würde sein Recht durch die Eintragung des K 1 betroffen. Die Eintragung kann mithin nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden. Der Anspruch ist somit entstanden.

2. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch müsste durchsetzbar sein. Der Durchsetzbarkeit könnten Zurückbehaltungsrechte des K 2 entgegenstehen. Ein Zurückbehaltungsrecht gegen Zahlung des Kaufpreises gemäß § 1100 BGB scheidet aus, da die Norm, wie oben bereits festgestellt, nur auf das dingliche Vorkaufsrecht Anwendung findet. Der Kaufpreis ist des Weiteren nicht als Verwendung i. S. d. §§ 994, 996 BGB anzusehen.³⁹ Andere Erstattungsansprüche gegen K 1 bezüglich des Kaufpreises kommen nicht in Betracht. K 2 kann zwar den Kaufpreis somit nicht von K 1 ersetzt verlangen. Er kann sich jedoch auf das Zurückbehaltungsrecht des EV gemäß § 320 BGB berufen und die Zustimmung verweigern, bis der Kaufpreis an EV ausgezahlt ist.⁴⁰

Zurückbehaltungsrechte könnten K 2 gegen K 1 hingegen bezüglich der von K 2 getätigten Aufwendungen auf das Grundstück in Höhe von insgesamt 100.000 € in Form der Neueindeckung des Daches und der Modernisierung der Telekommunikations- und Elektroanlagen zustehen.

Dafür müsste K 2 einen Gegenanspruch auf Ersatz dieser Kosten gegen K 1 geltend machen können.

a) Gegenansprüche bezüglich der Kosten für die Reparatur des Daches

K 2 könnte dem Anspruch des K 1 zunächst Gegenansprüche auf Ersatz der Kosten für die Instandsetzung des Daches i. H. v. 80.000 € entgegen halten.

aa) Aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 683, 677, 670 BGB

Ein Gegenanspruch, um ein Zurückbehaltungsrecht zu begründen, könnte sich aus der echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 683, 677, 670 BGB ergeben.

Zunächst müsste in der vorgenommenen Arbeit eine fremde Geschäftsbesorgung zu sehen sein. Eine Geschäftsbesorgung ist jedes rechtliche oder tatsächliche Handeln.⁴¹ Fremd ist sie dann, wenn sie dem Interessenkreis eines anderen zugeordnet werden kann.⁴² Die Reparatur des Daches, die K 2 vornehmen lässt, ist eine Geschäftsbesorgung. Diskutabel ist schon die Frage, ob diese Geschäftsbesorgung fremd war. Sie kommt zwar objektiv K 1 zugute, allerdings war K 2 noch Eigentümer des Grundstücks, als er die Geschäftsbesorgung tätigte. Allerdings scheidet ein solcher Anspruch zumindest am Fehlen eines Fremdgeschäftsführungswillens. Aus § 687 I BGB ergibt sich, dass die Vorschriften der §§ 677–686 BGB keine Anwendung finden, wenn der Geschäftsführer das Geschäft in der Vorstellung tätigt, dass es sein eigenes sei. Aufgrund der Insolvenz des K 1 ging K 2 davon aus, dass K 1 sein Vorkaufsrecht nicht ausüben würde. Er vertraute vielmehr auf den Fortbestand seines Eigentums an dem Grundstück. Somit besorgte er das Geschäft, das sich als Aufwendung darstellt, im Glauben, es sei sein eigenes. Ein Gegenanspruch auf Ersatz der Reparaturkosten des Daches aus §§ 683, 677, 670 BGB ist folglich ausgeschlossen.

bb) Aus Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gemäß § 994 BGB

Ein Gegenanspruch auf Ersatz der 80.000 € Reparaturkosten könnte sich aus § 994 BGB ergeben. Ein solcher Verwendungsersatzanspruch ist jedoch nur dann denkbar, wenn die Verwendungen, sofern es sich um welche handelt, in einer Vindikationslage entstanden wären.⁴³ Dafür hätte zur Zeit der Entstehung der von K 2 geltend gemachten Kosten ein Herausgabeanspruch gemäß §§ 985, 986 BGB des K 1 gegen den K 2 bestehen müssen.⁴⁴ Die erste Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist

³⁸ Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 19.

³⁹ Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 994 Rn. 10.

⁴⁰ Arndt Lorenz, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 888 Rn. 8; Karl-Heinz Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2008, § 888 Rn. 52; Othmar Jauernig, in: ders., BGB, 14. Aufl. 2010, § 888 Rn. 3.

⁴¹ Dirk Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. 2010, § 41 Rn. 840.

⁴² Dirk Looschelders, SchuldR BT, 6. Aufl. 2010, § 41 Rn. 842.

⁴³ Manfred Wolf, Sachenrecht, 21. Aufl. 2005, § 11 Rn. 241.

⁴⁴ Manfred Wolf, SachenR, 21. Aufl. 2005, § 10 Rn. 218.

die Eigentümerposition des Anspruchstellers⁴⁵, in diesem Fall die Eigentümerstellung des K 1. Wie oben bereits geprüft, erwarb K 2 am 01.06.2011 das Eigentum an dem Grundstück. Die Kosten entstanden im Januar 2012 zu einer Zeit, in der sich das Grundstück noch im Eigentum des K 2 befand. K 1 hatte zu dieser Zeit keine Eigentumsposition an dem Grundstück inne und konnte zur Zeit der Verwendungen mithin keinen Herausgabeanspruch nach § 985 BGB geltend machen.

Auch § 994 i. V. m. § 999 II BGB ist diesbezüglich als Anspruchsgrundlage nicht einschlägig, da auch danach nur Verwendungen zu ersetzen sind, die in einer zuvor bestehenden Vindikationslage dem vorherigen Eigentümer gegenüber entstanden sind und die sich der neue Eigentümer dann entgegenhalten lassen muss.⁴⁶ Die Investitionen des K 2 wurden jedoch nicht in einer Vindikationslage aufgebracht. Der § 994 BGB ist somit nicht direkt anwendbar. Eine Anwendung über § 292 II BGB scheidet auch aus, da zur Zeit der Aufwendungen keine Rechtshängigkeit bestand. Eine analoge Anwendung kommt nur dann in Betracht, wenn eine planwidrige Regelungslücke besteht.⁴⁷ Dies ist aber schon dann zu bezweifeln, wenn das BGB andere Verwendungsersatzansprüche in diesem Fall zuließe, die eine solche Lücke schließen könnten. Folglich sind zunächst weitere in Betracht kommende Gegenansprüche zu prüfen.

cc) Aus Bereicherungsrecht

Ferner kommen Gegenansprüche aus dem Recht über die ungerechtfertigte Bereicherung in Betracht.

(1) Aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB

Eine Anspruch aus der allgemeinen Leistungskondiktion gemäß § 812 I 1 Alt. 1 BGB auf Ersatz der Kosten für die Reparatur des Daches setzt eine Leistung voraus. K 1 könnte zwar um ersparte Aufwendungen bereichert sein, denn zur Vornahme der Reparatur des Daches wäre er im Rahmen des Miet-/Pachtvertrages, in den er, entsprechend der Vereinbarung zwischen K 1 und EV, ab Ausübung des Vorkaufsrechts eintreten sollte, P gegenüber verpflichtet. Unter der Leistung i. S. d. § 812 I 1 Alt. 1 BGB versteht man jedoch die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.⁴⁸ K 2 konnte zu der Zeit, zu der ihm die Kosten der Reparatur entstanden, nicht damit rechnen, dass seine Aufwendungen K 1 zu gute kommen würden. Er mehrte das Vermögen des K 1 mithin nicht bewusst, geschweige denn zweckgerichtet.

(2) Aus spezieller Verwendungskondition gemäß §§ 951, 812 I 1 Alt. 2 BGB

Ein Bereicherungsanspruch auf Ersatz der Verwendungen aus §§ 951, 812 I 1 Alt. 2 BGB scheitert am fehlenden Rechtsverlust i. S. d. § 946 BGB. Das Grundstück befand sich zur Zeit der Vornahme der Reparaturarbeiten im Eigentum des K 2.⁴⁹ Folglich konnte K 2 durch die Verbindung seiner Arbeitsmaterialien mit dem in seinem Eigentum befindlichen Grundstück keinen Rechtsverlust erleiden.

(3) Aus Verwendungskondition gemäß § 812 I 1 Alt. 2 BGB

Fraglich ist weiterhin, ob er den Aufwendungsersatz aus Verwendungskondition gemäß § 812 I 1 Alt. 2 BGB geltend machen kann. Voraussetzung für diesen Anspruch ist, dass der Anspruchsteller Verwendungen auf eine ihm fremde Sache getätigt hat.⁵⁰ Zu dem Zeitpunkt, in dem K 2 die Kosten für die Reparatur entstanden, war er selbst Eigentümer des Grundstücks. Somit war die Sache nicht fremd, und ein Anspruch aus Verwendungskondition die Reparaturkosten betreffend scheidet aus.

dd) Gegenanspruch aus Eigentümer-Besitzer-Verhältnis analog

Da keine weiteren Gegenansprüche in Betracht kommen, könnte schließlich alleine eine analoge Anwendung der §§ 994 ff. BGB zu einem Verwendungsersatzanspruch führen.

(1) Analoge Anwendung

Eine analoge Anwendung des § 994 BGB ist teilweise von der Rechtsprechung abgelehnt worden.⁵¹ Das Verhältnis zwischen Vormerkungsberechtigtem und vormerkungswidrig eingetragenen Eigentümer sei schon deshalb mit dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nicht gleichzusetzen, weil die Eintragung einer Vormerkung nicht zu einer Eigentümerstellung erstarkt.⁵² Die Vormerkung sichere lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch, und Zurückbehaltungsrechte könnten demnach nur innerhalb der bestehenden Schuldverhältnisse zwischen Vormerkungsberechtigtem und Vormerkungsschuldner sowie zwischen Vormerkungsschuldner und vormerkungswidrig eingetragenen Eigentümer geltend gemacht werden.⁵³ Folgt man dieser Überlegung, dann wäre eine Regelungslücke, sofern sie denn überhaupt angenommen werden könnte, zumindest nicht planwidrig, da die Regeln über die einzelnen bestehenden Schuldverhältnisse abschließenden Charakter hätten.

⁴⁵ Manfred Wolf, SachenR, 21. Aufl. 2005, § 10 Rn. 218.

⁴⁶ Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 999 Rn. 14.

⁴⁷ Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 144.

⁴⁸ Hartwig Sprau, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 812 Rn. 3.

⁴⁹ Jürgen Kohler, Verwendungsersatzansprüche des Zwischenerwerbers gegen den Vormerkungsgeschützten, NJW 1984, S. 2849 (2856).

⁵⁰ Guido Toussaint, in: juris Praxis Kommentar BGB, 14. Aufl. 2010, § 812 Rn. 97.

⁵¹ OLG Hamburg vom 02.10.1961, NJW 1961, 2350 (2350).

⁵² OLG Hamburg vom 02.10.1961, NJW 1961, 2350 (2351).

⁵³ OLG Hamburg vom 02.10.1961, NJW 1961, 2350 (2351).

Diese Ansicht wird jedoch mittlerweile weitestgehend abgelehnt.⁵⁴ Es nicht ersichtlich, weshalb derjenige Besitzer, der sogar Eigentümer geworden ist, für Verwendungen im Gegensatz zum nicht berechtigten Besitzer keinen Ersatz verlangen können soll, obwohl er die weitaus stärkere Rechtsposition innehatte.⁵⁵ Ein solches Ergebnis würde zu einem Wertungswiderspruch führen und wäre insofern nicht zufriedenstellend.⁵⁶ Da die Vorschriften der §§ 994–1003 BGB für den nichtberechtigten Besitzer gelten, müssen sie daher nach herrschender Meinung erst recht zu Gunsten des vorübergehenden Eigentümers gelten.⁵⁷ Für die vergleichbare Interessenlage wird auf die dingliche Wirkung verwiesen, die einer Auflassungsvormerkung zukommt.⁵⁸ Außerdem sprächen die Wesensverwandtschaft zwischen § 888 BGB und § 894 BGB mit der Nähe zu § 985 BGB und die systematische Stellung der §§ 994–996 BGB für eine Geltung auch im Immobiliarsachenrecht.⁵⁹ Aus diesen Gründen sind die Interessenlagen vergleichbar. Folglich sprechen gewichtige systematische und teleologische Gründe für eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Verwendungsersatz im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Daher ist diese mittlerweile auch in der Rechtsprechung weitestgehend vertretene Ansicht⁶⁰ vorzugswürdig. Danach ist eine analoge Anwendung im vorliegenden Fall möglich und geboten.

(2) Notwendige Verwendungen

Ein Verwendungsersatzanspruch könnte sich jedoch lediglich dann aus § 994 BGB analog ergeben, wenn es sich bei den getätigten Aufwendungen um notwendige Verwendungen handelte. Die Definition von Verwendungen ist durchaus umstritten. Die Rechtsprechung sieht lediglich in denjenigen Maßnahmen Verwendungen, die darauf abzielen, den Bestand der Sache zu erhalten, wiederherzustellen oder deren Zustand zu verbessern⁶¹, während die Literatur den Verwendungsbegriff weiter fasst und alle Vermögensaufwendungen als Verwendungen ansieht, die einer Sache zugute kommen sollen.⁶² Die Kosten für die Reparatur des Daches sind nach beiden Definitionen als Verwendungen zu verstehen. Sie wirken sich auch nicht sachändernd auf das Grundstück aus,

weshalb sie grundsätzlich unter den Verwendungsbegriff des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses fallen.⁶³

Notwendig sind Verwendungen, wenn sie aus objektiver Sicht dem Erhalt der Substanz einer Sache oder deren Nutzbarkeit dienen oder zumindest zu dienen bestimmt sind. Die Reparatur des Daches diene dem Erhalt der Nutzbarkeit des Hotels und war mithin objektiv notwendig. Für die Kosten ist dementsprechend nach § 994 BGB analog Ersatz zu verlangen.

Fraglich bleibt jedoch weiterhin, ob K 2 die Reparatur des Daches als notwendige Aufwendung gemäß § 994 I BGB analog oder gemäß § 994 II BGB ersetzt verlangen kann.

(3) Bösgläubigkeit

Zur Beantwortung dieser Frage ist zu prüfen, ob sich K 2 bei Entstehung der notwendigen Verwendungen in gutem oder im bösen Glauben befand, da § 990 BGB im Rahmen des § 994 BGB analog entsprechende Anwendung finden muss.

Eine Meinung will eine Bösgläubigkeit des Zwischenerwerbers erst bei Ausübung des Vorkaufsrechts bejahen. Für diese Betrachtungsweise spräche, dass der Zwischenerwerber nicht bösgläubig in Bezug auf seinen Besitz sein kann, solange noch kein Herausgabeanspruch des Vorkaufsberechtigten gegen ihn entstanden ist.⁶⁴ Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass sich die Frage nach dem guten Glauben des Zwischenerwerbers auch schon vor Entstehung des Herausgabeanspruchs stellt, da er die Sache nicht im Vertrauen auf eine Besitzberechtigung, sondern als Eigenbesitzer besitzt.⁶⁵ Es bleibt daher fraglich, ob er einem gutgläubigen, nicht verklagten Besitzer gleichgestellt werden soll, also bleibt die Frage nach der Schutzwürdigkeit des Zwischenerwerbers.⁶⁶

Auch kann nicht auf seinen Glauben auf ein Besitzrecht gegenüber dem Verkäufer abgestellt werden, da nur auf das Verhältnis zwischen Vormerkungsberechtigtem und Zwischenerwerber abgestellt werden kann.⁶⁷

Die Gegenmeinung stellt dagegen auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme von dem Vorkaufsrecht ab.

(a) Grundsatz

Die Rechtsprechung geht von der Bösgläubigkeit regelmäßig schon von dem Zeitpunkt an aus, an dem der Dritte, in diesem Fall also der K 2, von dem Bestehen eines dinglich durch Vormerkung gesicherten Vorkaufsrechts

54 Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 45.

55 Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 45.

56 Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 45.

57 Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 45.

58 BGH vom 05.10.1979, WM 1980, 167 (168).

59 Jürgen Stamm, in: juris Praxis Kommentar BGB, 5. Aufl. 2010, § 888 Rn. 46.

60 BGH vom 05.10.1979, WM 1980, 167 (167); BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (763).

61 Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 994 Rn. 4.

62 Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 994 Rn. 5.

63 Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 994 Rn. 11.

64 BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764).

65 BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764).

66 BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764).

67 BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764).

erfährt.⁶⁸ Vorliegend erfährt K 2 noch vor Abschluss des Kaufvertrages mit EV von dem Vorkaufsrecht des K 1. Dass es sich um eine falsche Eintragung handelt, wäre unschädlich, da sich die Wirkung des durch Vormerkung gesicherten Vorkaufsrechts nicht von der Wirkung des dinglichen Vorkaufsrechts unterscheidet, und K 2 durch seine Kenntnisnahme folglich vorgewarnt ist.

Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze wären mithin auf diesen Fall anwendbar und K 2 hätte die Verwendungen nach der in § 990 BGB bestimmten Haftung getätigt. Für notwendige Verwendungen könnte er folglich nur unter den Voraussetzungen des § 994 II BGB Ersatz verlangen. Auch die Literatur schließt sich der Rechtsprechung verbreitet an, mit der Begründung, dass der Zwischenerwerber durch die Eintragung bereits genügend vor der Möglichkeit des Eigentumsverlusts gewarnt sei.⁶⁹

(b) Einschränkung

Das grundsätzliche Abstellen auf den Zeitpunkt der Kenntnis vom Vorkaufsrecht wird zum Teil insofern eingeschränkt, als dass zusätzlich auf die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Zwischenerwerbers auf den Fortbestand seiner Eigentümerstellung abgestellt wird. Dieser ist nur dann schutzwürdig, wenn sich das Vertrauen auf besondere Umstände stützt.⁷⁰ Abzustellen wäre danach auf den Wahrscheinlichkeitsgrad mit dem der Zwischenerwerber mit dem Eintritt des vorgemerkten Rechts rechnen musste.⁷¹ Somit wäre für die Beantwortung der Frage nach Gut- oder Bösgläubigkeit entscheidend, ob ganz besondere Umstände den Glauben des K 2 rechtfertigten, der Vormerkungsschutz werde nicht zum Tragen kommen.⁷²

Im vorliegenden Fall stützte sich das Vertrauen des K 2 auf den Fortbestand seiner Eigentümerstellung auf den besonderen Umstand der Insolvenz des K 1, die K 2 bekannt war. Darüber hinaus war dem K 2 bekannt, dass K 1 das Grundstück durch Ausübung seines Vorkaufsrechts nur zu einem Preis von 6.000.000 € erwerben können, der weit über dem Marktwert des Grundstücks von 5.000.000 € lag. Dass aus der Insolvenz heraus ein solches Verlustgeschäft vorgenommen werden würde, war aus Sicht des K 2 unwahrscheinlich. Die Verlegung der Olympischen Sommerspiele 2016 in den Einzugsbereich des Hotels und insbesondere die Abhaltung der damit zusammenhängenden Regatten in direkter Nähe des Hotels, die am 27.02.2012 für das Jahr 2016 bekannt ge-

geben wurden, machten eine Finanzierung des von K 1 geplanten Projektes durch Investoren wiederum wahrscheinlicher, da sie möglicherweise eine Wertsteigerung mit sich bringen würden.

Die Verwendungen tätigte K 2 jedoch schon vor dieser Bekanntgabe, da er für die Reparaturen eine Betriebspause nutzte, die am 01.03.2012 endete, zu dem die Arbeiten abgeschlossen sein mussten. Da diese Ankündigung des Olympischen Komitees zudem vollkommen überraschend erfolgte, wurde das Vertrauen in den Eigentumsfortbestand zur Zeit der Verwendungen dadurch nicht geschmälert. Auch die Ergebnisse der Marktforschung des „Deutschen Tourismusverbands,“ die gleichfalls Ende Februar bekannt gegeben wurden, wirkten sich nicht auf das Vertrauen des K 2 in die Nichtausübung des Vorkaufsrechts aus, da die Reparaturarbeiten zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen waren.

(c) Ergebnis

Die ganz herrschende Meinung lässt mittlerweile das alleinige Wissen von der Vormerkung auch eines bedingten Anspruches für die Bösgläubigkeit genügen.⁷³ Herangezogen wird hierfür auch der Rechtsgedanke des § 142 II BGB, wonach sich der von der Anfechtbarkeit eines Vertrages Wissende so behandeln lassen muss, als wenn der Vertrag von Anfang an nichtig gewesen wäre.⁷⁴ Überträgt man diesen Rechtsgedanken auf den vorliegenden Fall, muss sich auch K 2 so behandeln lassen, als hätte er von Anfang an von der Ausübung des Vorkaufsrechts gewusst. Für diese Betrachtungsweise spricht im vorliegenden Fall auch, dass die erste Bedingung des Vorkaufsrechts zum Zeitpunkt, in dem die Verwendungen entstanden sind, bereits eingetreten ist. Das Vorkaufsrecht war somit bereits entstanden und lediglich von der Ausübung durch den K 1 abhängig. Mithin ist die Vorstellung des K 2, K 1 bzw. IV werde aufgrund der Insolvenz ein solches unprofitables Geschäft nicht vornehmen, nicht genug, einen guten Glauben des K 2 zu begründen. Die Verwendungen entstanden somit nach Eintritt der in § 990 bestimmten Haftung, und K 2 kann Ersatz lediglich über § 994 II BGB analog verlangen.

(4) Verweisung auf GoA

Gemäß § 994 II BGB bestimmt sich eine Ersatzpflicht notwendiger Verwendungen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Dabei handelt es sich um eine partielle Rechtsgrundverweisung, wobei lediglich das Erfordernis des Fremdgeschäftsführungswillens ausgeschlossen wird, da dieser im Rahmen des § 994

⁶⁸ BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764); BGH vom 19.05.2000, WM 2000, 1550 (1552).

⁶⁹ Peter Bassenge, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 888 Rn. 8; Herbert Grziwotz, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1098 Rn. 9.

⁷⁰ BGH vom 20.05.1983, WM 1983, 763 (764).

⁷¹ Andreas Wacke, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 888 Rn. 17.

⁷² Jürgen Kohler, NJW 1984, S. 2847 (2854).

⁷³ Johannes Hager, Die Vormerkung, JuS 1990, S. 429 (436); Harry Westermann/Karl-Heinz Gursky/Dieter Eickmann, SachenR, 8. Aufl. 2011, § 82 Rn. 36.

⁷⁴ Jürgen Kohler, NJW 1984, S. 2849 (2854).

BGB nie gegeben sein wird und der Anspruch insofern keinerlei praktische Relevanz hätte.⁷⁵

(a) Fremde Geschäftsbesorgung

Im Rahmen der analogen Anwendung der Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auf den Fall der Vormerkung muss auch die Geschäftsführung i. S. d. Aufbringens von Verwendungen als fremd gelten, auch wenn sie im Moment der Vornahme einer im Eigenbesitz des Verwendenden Tätigenden befindlichen Sache zugute kamen. Die Vormerkung bewirkt gerade, dass der Zwischenerwerber objektiv wirksam das Eigentum erwirbt und seine Eigentümerstellung lediglich dem Vormerkungsberechtigten gegenüber relativ unwirksam ist.⁷⁶ In solchen Fällen werden Verwendungen immer objektiv zunächst eigenen bzw. nicht fremden Sachen zugute kommen. Ein Anspruch aus § 994 II BGB wäre dann grundsätzlich ausgeschlossen, woran aber nicht festgehalten werden kann, wenn man sich mit der herrschenden Meinung für eine analoge Anwendung der Regeln über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis entscheidet. Es ist also von einer fremden Geschäftsbesorgung auszugehen.

(b) Ohne Auftrag oder Berechtigung

K 2 handelte außerdem ohne Auftrag und war im Verhältnis zu K 1 auch nicht zur Vornahme der Geschäftsbesorgung berechtigt.

(c) Voraussetzung des § 683 BGB

Ferner müsste die Geschäftsführung gemäß § 683 BGB im objektiven Interesse des K 1 gewesen sein und seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprochen haben. Die Reparatur des Daches war zumindest im objektiven Interesse des K 1, da K 2 dadurch einer Wertminderung des Gebäudes vorbeugte. Fraglich ist jedoch, ob die Geschäftsführung auch dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des K 1 entsprach.

IV äußerte K 2 gegenüber, dass an den Verwendungen kein Interesse bestünde, da K 1 das auf dem Grundstück befindliche Hotel abzureißen gedenke. Maßgeblich ist jedoch allein der Zeitpunkt, zu welchem die Geschäftsbesorgung durchgeführt wurde. Die Geschäftsbesorgung liegt zeitlich vor dieser Erklärung. Allerdings äußerte K 1 dem EV gegenüber schon während der Vertragsverhandlungen ausdrücklich den Willen, das Hotel so bald wie möglich abreißen zu lassen. Die kostspieligen, auf Werterhalt des Gebäudes gerichteten Verwendungen entsprachen demnach nicht seinem wirklichen Willen. Es ist diesbezüglich auch unschädlich, dass K 2 diese ausdrückliche Willensäußerung nicht bekannt war, da der

Wille des Geschäftsherrn auch ohne Kenntnis des Geschäftsführers gegen diesen wirkt.⁷⁷

Der entgegenstehende Wille des K 1 war auch nicht nach § 679 BGB unbeachtlich, und K 1 hat die Geschäftsbesorgung nicht gemäß § 684 S. 2 genehmigt.

(d) Verweisung durch § 684 S. 1 BGB

Die herrschende Meinung sieht jedoch in der Verweisung des § 994 II BGB auch eine Verweisung auf § 684 S. 1 BGB. Insofern ist der Geschäftsherr dem Geschäftsführer trotz seines entgegenstehenden Willens zur Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten nach Maßgabe der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet. Bei dieser Verweisung handelt es sich nach herrschender Meinung um eine Rechtsfolgenverweisung, wonach lediglich der § 818 BGB ausschlaggebend ist, und die Voraussetzungen der §§ 812 ff. BGB nicht zu prüfen sind.⁷⁸

(e) Rechtsfolge gemäß § 818 BGB

Gemäß § 818 I BGB ist das Erlangte herauszugeben. K 1 erspart die auf Werterhalt der Immobilie gerichteten Aufwendungen, die er im Rahmen des Miet-/Pachtvertrages mit P anderenfalls selbst hätte aufbringen müssen. Die von K 2 getätigten Verwendungen können jedoch wegen ihrer Beschaffenheit nicht herausgegeben werden, weshalb K 1 nur Wertersatz gemäß § 818 II BGB schulden könnte. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass K 1 kein Interesse an den aufgebrachten Verwendungen bekundete. Dabei handelt es sich um das Problem der sog. aufgedrängten Bereicherung. Da K 1 das Gebäude abreißen lassen wollte, legt er keinen Wert auf die von K 2 durchgeführten Reparaturmaßnahmen.

Teilweise wird versucht, dieses Problem über einen Gegenanspruch auf Beseitigung des Verwendungserfolges zu lösen.⁷⁹ Wenn ein solcher Anspruch aus schadensersatzrechtlichen Vorschriften i. V. m. § 249 I BGB oder aus § 1004 BGB dem Anspruch auf Wertersatz entgegensteht, soll er dauerhaft seine Durchsetzbarkeit vereiteln.⁸⁰ Allerdings wird die Reparatur des Daches weder als Schaden i. S. d. § 249 I BGB noch als Beeinträchtigung des Eigentums i. S. d. § 1004 BGB anzusehen sein.

Aus diesem Grund sind noch weitere Wege entwickelt worden, den Anspruchsgegner vor dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen zu schützen, an denen er keinerlei Interesse hatte. So wird zum einen auf den subjektiven Wert der Bereicherung für den Anspruchsgegner

⁷⁵ Harry Westermann/Karl-Heinz Gursky/Dieter Eickmann, SachenR, 8. Aufl. 2011, § 32 Rn. 15.

⁷⁶ Jürgen Kohler, NJW 1984, S. 2849 (2854).

⁷⁷ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 32. Aufl. 2007, § 35 Rn. 24.

⁷⁸ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 32. Aufl. 2007, § 35 Rn. 55.

⁷⁹ Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, § 34 Rn. 899.

⁸⁰ Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, § 34 Rn. 899.

im Rahmen des § 818 II BGB abgestellt.⁸¹ Zum anderen wird § 818 III BGB analog auch für die Fälle, in denen das Erlangte dem Empfänger von Anfang an keinen Nutzen bringt, herangezogen.⁸² Auf die Realisierung des Werterhaltes kann es im vorliegenden Fall dagegen nicht ankommen, da K 1 das Eigentum am Grundstück und den darauf entstandenen Verwendungen noch nicht erlangt hat.

Wo die Frage behandelt wird, ist für den vorliegenden Fall letztlich nicht entscheidend, da sich für den Fall keine Unterschiede aus den unterschiedlichen Herangehensweisen ergeben. In beiden Fällen kann K 2 keinen Ersatz für die Aufwendungen verlangen, da K 1 in den Verwendungen subjektiv keinen Nutzen sieht.

Ein anderes Ergebnis kann sich jedoch aus einer differenzierenden Lösung ergeben, die dem gutgläubig Verwendenden stets und dem bösgläubig Verwendenden nur dann den Ersatzanspruch zuerkennen will, wenn dem Anspruchsgegner eine Realisierung der Bereicherung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB zuzumuten ist.⁸³ Im vorliegenden Fall erscheint es unbillig, einen Verwendungsersatzanspruch des K 2 scheitern zu lassen. Der K 1 muss ab Eigentumsübergang die Pflichten des Vermieters gegenüber P noch bis zum 31.12.2013 erfüllen, was Reparaturen wie die von K 2 vorgenommene, beinhaltet. K 1 hätte die Reparatur selbst in dieser oder ähnlicher Weise vornehmen müssen, und hätte sonst zumindest mit Mietminderung gemäß § 536 BGB rechnen müssen. Diese Kosten bleiben K 1 erspart. Diesen Vermögensvorteil wird K 1 höchst wahrscheinlich realisieren, die Realisierung ist ihm zumindest zuzumuten. Schließlich muss auch unbeachtet bleiben, dass K 2 das Dach mit einer prognostizierten Wirkung für zehn weitere Jahre gedeckt hat und eine lediglich provisorische Behebung des Schadens eher K 1 Interesse entsprochen hätte. K 2 wäre nicht zuzumuten gewesen, das Dach nur provisorisch zu decken und das Risiko der Entstehung baldiger Nachbesserungskosten auf sich zu nehmen. Auch hätte man nicht von ihm verlangen können, bis zum Ablauf der Ausübungsfrist des Vorkaufsrechts mit den Reparaturen zu warten, da der Mietvertrag mit P ihn zu der Vornahme der Arbeiten verpflichtete. Es wäre mit Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nicht zu vereinbaren, K 2 mit diesen notwendigen Kosten zu belasten und K 1 vor dem Ersatzanspruch zu schützen, da diese Kosten auch ihm selbst entstanden wären, wenn K 2 sie nicht vorgenommen hätte. Diese Lösung ist vorzugswürdig, da auf die einzelnen Gegebenheiten des Sachverhaltes Rücksicht genommen werden kann. Der Einwand des

IV, der K 1 hätte an den Verwendungen aufgrund seines Abrissvorhabens keinerlei Interesse, hat daher letztendlich keine Auswirkungen.

(5) Ausschluss gemäß § 994 I 2 BGB

Schlussendlich ist der Anspruch auf Ersatz der notwendigen Verwendungen auch nicht durch § 994 I 2 BGB beschränkt. Bei der Reparatur des Daches handelt es sich nicht um alltäglich wiederkehrende Kosten, die nach dem regelmäßigen Verlauf der Benutzung anfallen.⁸⁴ Das Instandhalten des Daches ist vielmehr dem Zufall unterworfen und wird von zufälligen Naturereignissen wie Stürmen beeinflusst. Außerdem hält eine Dachdeckung im Regelfall für eine längere Zeit vor. Daher handelt es sich nicht um gewöhnliche Erhaltungskosten, um die der Verwendungsersatzanspruch gemäß § 994 I 2 gemindert sein könnte.

ee) Gegenanspruch aus spezieller Verwendungskondition analog

Schließlich ist ein Anspruch aus den §§ 951, 812 I 1 Alt. 2 BGB mit analoger Anwendung des § 946 BGB denkbar, um einen Verwendungsersatzanspruch herzuleiten. Umstritten ist nämlich, ob der § 946 BGB auch auf den Fall angewendet werden kann, dass bewegliche Sachen mit dem eigenen Grundstück verbunden werden, an dem das Eigentum erst im Nachhinein verloren geht.⁸⁵ Zudem würde sich die Frage stellen, ob die Verwendungskondition trotz der Sperrung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses grundsätzlich anwendbar wäre. Dies wird von großen Teilen der Literatur kategorisch abgelehnt.⁸⁶ Doch von anderen Stimmen in der Literatur wird die Verwendungskondition für anwendbar erklärt neben dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis.⁸⁷ Diese Fragen können jedoch dann unbeantwortet bleiben, wenn sich auch bei analoger Anwendung kein Anspruch ergäbe.

K 1 erspart Aufwendungen in Höhe der von K 2 aufgebrauchten Verwendungen. Bei einer analogen Anwendung soll zudem unschädlich sein, dass der Rechtsverlust auf Seiten des K 2 noch nicht durch die Verbindung eingetreten ist. Ein solcher Anspruch scheidet jedoch spätestens an der Unmittelbarkeit, mit der das Etwas erlangt werden muss. Die Vermögensmehrung tritt nur über den Umweg über das Vermögen des EV bei K 1 ein und nicht in dem Verhältnis zwischen K 1 und K 2. Da die Unmittelbarkeit nicht gegeben ist, scheidet ein Anspruch auf Verwendungsersatz gemäß § 951, 812 I 1 Alt. 2 BGB analog.

⁸⁴ Klaus Englert, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 6. Aufl. 2011, § 994 Rn. 3.

⁸⁵ Wolfgang Wiegand, in: Staudinger, BGB, Neub. 2011, § 946 Rn. 13.

⁸⁶ Karl-Heinz Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2006, vor §§ 994–1003 Rn. 43.

⁸⁷ Claus-Wilhelm Canaris, Das Verhältnis der §§ 994ff. BGB zur Aufwendungskondition nach § 812 BGB, JZ 1996, S. 344 (346).

⁸¹ Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2: Schuldrecht Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, § 72 IV, S. 286.

⁸² Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, § 34 Rn. 899.

⁸³ Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 72 IV, S. 293.

ff) Zwischenergebnis

Im Hinblick auf die Kosten für die Reparatur des Daches steht K 2 ein Verwendungsersatzanspruch gemäß § 994 BGB analog zu.

b) Gegenansprüche bezüglich Telekommunikations- und Elektroanlage

Ansprüche auf Ersatz der Kosten für die Modernisierung der Telekommunikations- und Elektroanlage aus den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag und aus der direkten Anwendung der Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis scheitern aus denselben Gründen wie die Ansprüche auf Ersatz der Reparaturkosten. Die Geschäftsführung geschah nicht mit Fremdgeschäftsführungswillen und eine Vindikationslage war zur Zeit der Entstehung der Aufwendungen nicht gegeben. Zudem sind auch Ansprüche aus direkter Anwendung des Bereicherungsrechts aus den oben genannten Gründen ausgeschlossen. Es lag keine Leistung des K 2 an K 1 vor, ein Rechtsverlust ist durch die Verbindung mit dem Grundstück noch nicht eingetreten und schließlich wurden die Verwendungen auch nicht auf eine im Zeitpunkt der Vornahme fremde Sache getätigt. Schließlich scheidet auch ein Verwendungsersatzanspruch aus spezieller Verwendungskondition in entsprechender Anwendung gemäß § 951, 812 I 1 Alt. 2 BGB analog an der Unmittelbarkeit der Vermögensmehrung.

aa) Aus §§ 994, 996 BGB analog

Ein Anspruch könnte sich somit lediglich aus analoger Anwendung der Vorschriften der §§ 994 ff. BGB ergeben. Wie oben bereits geprüft, sind die §§ 994 ff. BGB analog auf den Fall der Vormerkung anwendbar. Es ist fraglich, um welche Art von Verwendungen es sich bei den Modernisierungskosten handelt. Da eine intakte, wenn auch veraltete Elektro- und Telekommunikationsanlage vorhanden war, war die Modernisierung nicht auf den Erhalt der Nutzbarkeit, sondern lediglich auf deren Verbesserung gerichtet. Es handelte sich somit nicht um notwendige Verwendungen, sondern lediglich um nützliche. Es ist durchaus umstritten, ob die Werterhöhung, die nützliche Verwendungen nach sich ziehen müssen, um unter den § 996 BGB subsumiert zu werden, nach objektiven oder subjektiven Kriterien zu beurteilen ist.⁸⁸ Während die eine Meinung den Aufdrängungsschutz des Bereicherungsrechts auf den § 996 BGB übertragen will und die Werterhöhung subjektiv bemisst, lehnt eine andere Ansicht eine solche Übertragung ab und beurteilt die Werterhöhung weiterhin nach lediglich objektiven Aspekten.⁸⁹ Dieser Streit muss jedoch im vorliegenden Fall nicht entschieden werden, da ein Verwendungsersatzanspruch gemäß § 996 BGB aufgrund der Bösgläubigkeit des K 2 zum Zeitpunkt der Vornahme der Modernisierungsarbeiten von vornherein ausgeschlossen ist.

⁸⁸ Frank Ebbing, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 996 Rn. 6.

⁸⁹ Claus-Wilhelm Canaris, JZ 1996, S. 344 (349).

bb) Zwischenergebnis

Es bestehen keine Gegenansprüche des K 2 gegen den K 1 bezüglich der Verwendungen in Form der Modernisierung an der Elektro- und Telekommunikationsanlage im Wert von 20.000 €.

c) Zurückbehaltungsrecht

K 2 kann gegen K 1 somit lediglich einen Gegenanspruch auf Ersatz der Verwendungen für die Reparatur des Daches gemäß § 994 BGB analog geltend machen und diesen dem Anspruch des K 1 entgegenhalten. Fraglich ist, welches Zurückbehaltungsrecht dieser Anspruch gewährt.

aa) Aus § 273 II BGB

Teilweise wird bei analoger Anwendung des § 994 BGB der § 273 II BGB zur Herleitung eines Zurückbehaltungsrechtes herangezogen.⁹⁰ Gegen eine Anwendung des § 1000 BGB analog spräche danach, dass ein solches Zurückbehaltungsrecht nur einem Herausgabeanspruch gegenüber geltend gemacht werden kann⁹¹, worum es sich jedoch bei dem Anspruch auf Zustimmung zur Grundbucheintragung nicht handelt. Diesbezüglich sei die Norm eng zu verstehen wohingegen § 273 II BGB weit ausgelegt werden könne.⁹² Die Notwendigkeit der Fälligkeit bei § 273 II BGB wird mit dem Argument übergangen, dass hinsichtlich des Zustimmungsanspruchs ein Verwendungsersatzanspruch schon bei der darauf gerichteten Klage fällig wäre.⁹³

bb) Aus § 1000 BGB analog

Teilweise wird über die analoge Anwendung des § 994 BGB ein Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 BGB analog hergeleitet.⁹⁴ Vor allem in Ermangelung der Fälligkeit der Verwendungsersatzansprüche zur Zeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes gemäß § 1001 BGB wird dieser Ansicht nach auf § 1000 BGB analog abgestellt.⁹⁵ Zudem erscheine es wenig plausibel, bei einer analogen Anwendung des Vorschriftenkomplexes über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis den § 1000 BGB auszuklammern.⁹⁶

cc) Ergebnis

Die besseren Argumente sprechen wohl für eine Herleitung aus § 1000 BGB analog, wenngleich die Frage im vorliegenden Fall für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung ist. Ein Zurückbehaltungsrecht ergibt sich demnach aus § 1000 BGB analog.

⁹⁰ Kurt Schellhammer, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen, 3. Aufl. 2009, Rn. 984.

⁹¹ BGH vom 05.10.1979, WM 1980, 167 (168).

⁹² BGH vom 05.10.1979, WM 1980, 167 (168).

⁹³ BGH vom 05.10.1979, WM 1980, 167 (168).

⁹⁴ Rolf Stürner, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 888 Rn. 4a.

⁹⁵ Karl-Heiz Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2008, § 888 Rn. 81.

⁹⁶ Karl-Heiz Gursky, in: Staudinger, BGB, Neub. 2008, § 888 Rn. 81.

3. Endergebnis

Der Anspruch auf Zustimmung zur Grundbucheintragung gegen K 2 ist entstanden. Ihm stehen jedoch ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB und eines aus § 1000 BGB analog entgegen. Der Anspruch ist folglich nur Zug-um-Zug gegen Zahlung des Kaufpreises an EV und gegen Zahlung des Verwendungersatzes i. H. v. 80.000 € an K 2 durchsetzbar.

IV. Endergebnis zu B.

IV kann einen Anspruch des K 1 gegen K 2 auf Zustimmung zur Eintragung des K 1 gemäß § 888 BGB geltend machen. K 2 kann dem Anspruch jedoch Zurückbehaltungsrechte aus § 320 BGB und § 1000 BGB analog entgegenhalten, bis K 1 den Kaufpreis an EV gezahlt und K 1 seine Verwendungen i. H. v. 80.000 € ersetzt hat.

Sophie Victoria Knebel*

Der Fall W.: Auskunftspflichten und Unterlassungsansprüche bei der Vorteilsannahme verdächtigtem Politiker

Die Fallhausarbeit aus dem Schwerpunktbereich „Information und Kommunikation“ behandelt grundlegende Probleme des Presserechts, die auch aus europäischer Perspektive betrachtet und in einen größeren Zusammenhang gebracht werden. Eine zentrale Rolle spielen Auskunftsansprüche der Presse sowie Grenzen der Wort- und Bildberichterstattung.

Sachverhalt

Walter Wobbel (W) ist ein in der Öffentlichkeit bisher eher wenig bekannter Abgeordneter im Deutschen Bundestag. Im Vorfeld anstehender Auswahlentscheidungen für den Wirtschaftsausschuss weckt er das Interesse der Redaktion der wirtschaftskritischen Zeitschrift „Harte Zeiten“ (Z). Zwei Journalisten der Z recherchieren umfassend im Umfeld des W. Sie erfahren aus verschiedenen Quellen, dass W sich mehrfach von verschiedenen Großunternehmen auf Auslandsreisen hat einladen lassen, gerne verknüpft mit Luxus-Bordell-Besuchen. Auch verbringt W seine Urlaube fast immer in Ferienhäusern bestimmter Manager, und zwar kostenlos auf Einladung. Nicht zuletzt hat er zur Unterstützung eines Hauserwerbs einen außerordentlich günstigen Privatkredit über 500.000 € von einem seit der Schulzeit mit ihm befreundeten Vorstandsvorsitzenden eines Konzerns erhalten.

Der Chefredakteur von Z setzt sich daraufhin telefonisch mit W in Verbindung, berichtet ihm von den Recherche-

ergebnissen und kündigt die Veröffentlichung eines kritischen Artikels an, bittet aber zuvor um Stellungnahme. W, erneut auf einer Auslandsreise, ist empört. Er ruft den Chefredakteur sofort aus dem Ausland an, erreicht ihn aber nicht. In einem 15-minütigen Wutanfall spricht er ihm daraufhin auf die Mailbox, regt sich über die Recherchen in seinem privaten und beruflichen Umfeld auf und droht mit strafrechtlichen Konsequenzen. Am nächsten Tag erscheint in der Zeitschrift Z ein erster Artikel, der sowohl über die Rechercheergebnisse der Journalisten als auch über den Anruf des W berichtet und dies mit der Anmerkung verbindet, eine solche Person sei für Funktionen im Wirtschaftsausschuss ungeeignet. Nunmehr ist die volle Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit da.

Zahlreiche Journalisten beginnen zu recherchieren und überschütten den W per Mail mit Fragen zu den Urlaubsreisen, zum privaten Kredit, zu Bordellbesuchen und zum Zustand der Ehe des W, zur Herkunft seiner Brioni-Anzüge ebenso wie der Kleider seiner Frau und nicht zuletzt zum Inhalt der Äußerungen, die auf der Mailbox des Chefredakteurs von Z festgehalten sind. W ist durchaus bemüht, die Fragen zu beantworten, liest aber immer wieder neue Vorwürfe in den Zeitschriften.

Die Zeitschrift Z genießt aufgrund der Ereignisse selbst besondere Aufmerksamkeit. Sie veröffentlicht zunächst einen Artikel unter der Überschrift: „Die deutsche Sprache hat einen neuen Begriff – das Wobbeln!“, und erläutert im Text den Begriff wie folgt: „Wobbeln hat verschiedene Bedeutungen, nämlich: 1. einen Wutanfall auf die Mailbox sprechen; 2. etwas umsonst mitnehmen, wo dies irgendwie geht.“ Neben die zweite Begriffsdefinition platziert sie ein verfremdetes Foto des W. Das ursprüng-

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer gekürzten, von Frau Prof. Dr. Marion Albers gestellten Schwerpunktbereichshausarbeit der Verfasserin, die im Wintersemester 2011/2012 in der Vorlesung „Verfassungs- und europarechtliche Grundlagen des Kommunikations- und Informationsrechts“ gestellt und mit „vollbefriedigend“ bewertet wurde.

liche Foto, auf dem W in Badehose am Strand zu sehen ist, wie er lächelnd die Hand nach etwas ausstreckt, hat sie von einem privaten Fotografen auf dessen Angebot hin gekauft. Mit einem Bildbearbeitungsprogramm hat sie es dann so verändert, dass die geöffnete Hand dem/der Betrachter/in entgegengestreckt und deutlich vergrößert wird. [...]

W kommt nunmehr zu Ihnen mit der Bitte um Rat und „Schadensbegrenzung“. Er stellt sich vor, dass er nicht mehr allen Journalisten antwortet, sondern nur noch einer großen deutschen Zeitschrift ein ausführliches Interview gibt. Darin will er darauf hinweisen, dass er ausführlich auf alle bisherigen Fragen der Presse geantwortet und alle Vorwürfe geklärt habe. [...] Danach will er der Presse keine Auskünfte mehr geben. Großen Schaden habe ihm der Begriff „Wobbeln“ zugefügt, mit dem sich nunmehr ganz Deutschland über ihn lustig mache. Er möchte deswegen, dass Z die Veröffentlichung des Artikels künftig unterlässt. Außerdem möchte er, dass die Veröffentlichung des verfremdeten Fotos unterbleibt. Das Foto stamme aus einem privaten Urlaub, den er nachweisbar vollständig selbst bezahlt habe, und er sei schon nicht damit einverstanden, dass das Ursprungsfoto überhaupt gemacht worden sei. Jedenfalls müsse Z die Veröffentlichung des verfremdeten Fotos unterlassen.

Klären Sie gutachterlich – unter Beachtung des Einflusses sowohl der einschlägigen Grundrechte des GG als auch der Menschenrechte der EMRK – folgende Fragen (nur in materiell-rechtlicher Hinsicht; Zulässigkeitsfragen sind nicht zu prüfen):

1. Steht es W zu, nur noch einer ausgewählten Zeitschrift ein ausführliches Interview zu geben und danach weitere Auskünfte gegenüber der Presse zu verweigern, auch wenn Journalisten sie verlangen?

2. Hat W gegen Z einen Anspruch auf Unterlassen der Äußerungen zum Begriff „Wobbeln“?

3. Hat W gegen Z einen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung des verfremdeten Fotos?

Bearbeitung

A. Aufgabe 1

I. Auskunftsanspruch der Presse

Der Presse müsste ein Auskunftsanspruch gemäß § 4 I LPG Berlin zustehen.

1. Auskunfts berechtigte/r

Auskunfts berechtigt sind nach § 4 I LPG Berlin Vertreter/innen der Presse, d. h. Personen, die an der Herstellung von Presse mitwirken¹; auch Vertreter/innen von Zeitschriften, da diese als Druckwerke i. S. d. § 6 LPG Berlin anzusehen sind.

2. Auskunfts verpflichtete/r

W müsste als Abgeordneter im Deutschen Bundestag auskunfts verpflichtet sein. Auskunfts verpflichtet sind nach § 4 I LPG Berlin Behörden, d. h. jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.² Als solche sind auch Behörden des Bundes anzusehen³, insb. Stellen der Legislative⁴ und Judikative⁵. Die Medien müssen über die nicht öffentliche parlamentarische Tätigkeit, insb. die Tätigkeit der Ausschüsse informieren können.⁶ Der Bundestag ist die Legislative des Bundes und damit eine Behörde i. S. d. § 4 I LPG Berlin. Auskunfts pflichtig ist jeweils die Behörde als solche⁷, also nicht W selbst, sondern die zuständige Pressestelle.⁸

3. Anspruchsinhalt

Sinn und Zweck des § 4 LPG Berlin ist es, der in Art. 5 I 2 GG garantierten Pressefreiheit gerecht zu werden. Der Presse kommt eine Kontrollfunktion zu. Sie spielt eine wichtige Rolle im Prozess der demokratischen Meinungs- und Willenbildung.⁹ Einen allgemeinen verfassungsunmittelbaren, presserechtlichen Auskunftsanspruch aus Art. 5 I 2 GG gegenüber staatlichen Stellen gibt es nicht.¹⁰

§ 4 I LPG Berlin verpflichtet die Behörden, den Vertretern/innen der Presse die der Erfüllung ihrer Aufgabe dienenden Auskünfte zu erteilen¹¹, sofern ein berechtigtes öffentliches Interesse besteht und die Auskunftserteilung zumutbar ist.¹² Gegenstand des Informationsbegehrens nach § 4 I LPG Berlin muss jeweils ein bestimmter

1 Jörg Soehring, Recherche, Darstellung und Haftung im Recht der Presse, des Rundfunks und der Neuen Medien, 4. Aufl. 2010, Rn. 4.8.

2 § 1 IV VwVfG.

3 Rolf Groß, Zum presserechtlichen Informationsanspruch, DÖV 1997, S. 133 (141).

4 Rolf Groß, Einführung in die Grundzüge des deutschen Presserechts, 3. Aufl. 1999, Rn. 438.

5 Jörg Soehring, Presserecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 4.18.

6 Axel Beater, Medienrecht, 2007, § 12 Rn. 1062.

7 Emanuel Burkhardt, in: Löffler, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl. 2012, § 4 Rn. 61.

8 Vgl. Emanuel Burkhardt, in: Löffler, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl. 2012, § 4 Rn. 61.

9 BVerfG vom 05.08.1966, NJW 1966, 1603 (1604).

10 BVerwG vom 13.12.1984, BVerwGE 70, 310 (311); Kai Thum, Verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch der Presse gegenüber staatlichen Stellen?, AFP 2005 S. 30 (35); Jan Ole Püschel, Zur Berechtigung des presserechtlichen Auskunftsanspruchs in Zeiten allgemeiner Informationszugangsfreiheit, AFP 2006 S. 401 (401).

11 Emanuel Burkhardt, in: Löffler, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl. 2012, § 3 Rn. 73.

12 Helmut Köhler, Auskunftsanspruch der Presse gegenüber Unternehmen der öffentlichen Hand, NJW 2005, S. 2337 (2339).

Tatsachenkomplex sein.¹³ Diese Verpflichtung erstreckt sich grundsätzlich nur auf Fakten.¹⁴ Eine Verpflichtung zur Kommentierung oder Bewertung von bekannten Tatsachen besteht nicht.¹⁵ Ebenso wenig ist eine Behörde verpflichtet, rechtlich Stellung zu beziehen.¹⁶ Gegenstand des Auskunftsanspruchs der Presse gegenüber W aus § 4 I LPG Berlin sind sämtliche Fakten, die sich auf Informationen beziehen, welche die Erfüllung seiner Aufgabe als Abgeordneter und die Auswahlentscheidungen im Wirtschaftsausschuss betreffen. Hieran hat die Öffentlichkeit ein berechtigtes Interesse, da W gemäß Art. 38 I GG Vertreter des Volkes ist. Die Auskunftserteilung ist auch zumutbar.

4. Zwischenergebnis

Die Presse hat grundsätzlich einen Auskunftsanspruch i. S. d. § 4 I LPG Berlin gegenüber W.

II. Gleichbehandlungsgrundsatz des § 4 IV LPG Berlin

Dadurch, dass W nur einer ausgewählten Zeitschrift ein Interview geben möchte, könnte er gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 4 IV LPG Berlin verstoßen.

Nach § 4 IV LPG Berlin können Verleger einer Zeitschrift von Behörden verlangen, dass ihnen deren amtliche Bekanntmachungen nicht später als ihren Mitbewerbern/innen zur Verfügung gestellt werden.

Der grundsätzliche Anspruch auf Gleichbehandlung folgt aus Art. 3 I GG. § 4 I LPG Berlin ist als spezialgesetzliche Regelung Ausfluss des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG, der i. S. v. Art. 1 III GG alle staatliche Gewalt bindet.¹⁷ Die Medien haben einen Anspruch auf Gleichbehandlung.¹⁸

Der Anspruch aus § 4 IV LPG Berlin betrifft die Informationstätigkeit, welche die Behörden von sich aus entfalten.¹⁹ Das hier verankerte Gleichbehandlungsgebot bezieht sich nur auf amtliche Bekanntmachungen. Dieser Begriff ist gesetzlich nicht definiert. Er beschreibt an die Öffentlichkeit gerichtete Mitteilungen einer Behörde mit amtlich bestimmtem Inhalt.²⁰ Für eine Verletzung

des Gleichbehandlungsanspruchs müsste das Interview des W als amtliche Bekanntmachung anzusehen sein.

Persönliche Interviews sollen grundsätzlich eine Ausnahme des Gleichbehandlungsgebotes darstellen.²¹ Schon der Natur des Interviews nach soll es zulässig sein, es nur einem Journalisten zu gewähren.²² Alles andere würde zu einer uniformen Massenabfertigung der Presse²³ sowie einer einseitigen Meinungs- und Willensbildung führen.

Es gibt auch keine Ausnahme für Interviews von bestimmten Politikern/Politikerinnen oder Angehörigen der Parlamente.²⁴ Schließlich kann derjenige, der sich entschließt, ein Interview zu geben, ein Interesse daran haben, es zur Veröffentlichung seiner politischen, wirtschaftlichen oder ideellen Zwecke gezielt einzusetzen.²⁵

Mithin verstößt W nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 4 IV LPG Berlin, wenn er nur einer Zeitschrift ein Interview gibt, sondern verfolgt hiermit seine politischen und wirtschaftlichen Interessen als Abgeordneter.

III. Auskunftsverweigerungsrecht

Hinsichtlich weiterer Auskünfte steht es W aufgrund der Verpflichtung zur Auskunftserteilung nach § 4 I LPG Berlin nur zu, diese zu verweigern, soweit er ein Auskunftsverweigerungsrecht hat.

Ein solches könnte sich aus § 4 II Nr. 4 LPG Berlin ergeben. Dazu müsste die Auskunft des W ein privates schutzwürdiges Interesse verletzen. Ob und wann ein privates Interesse schutzwürdig ist, ist im Wege einer umfassenden Interessenabwägung zu ermitteln.²⁶

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist grundsätzlich schutzbedürftig.²⁷ Sobald die Veröffentlichung der Auskünfte eine Persönlichkeitsrechtsverletzung indizieren würde, besteht keine Verpflichtung zur Auskunftserteilung.²⁸

Vorliegend stellen die Journalisten dem W Fragen zu seinen Urlaubsreisen, seinem privaten Kredit, zu Bordellbesuchen sowie dem Zustand seiner Ehe. Der Kern dieser

¹³ Emanuel Burkhardt, in: Löffler, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl. 2012, § 4 Rn. 2.

¹⁴ Emanuel Burkhardt, in: Löffler, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl. 2012, § 4 Rn. 78.

¹⁵ Emanuel Burkhardt, in: Löffler, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl. 2012, § 4 Rn. 78.

¹⁶ OVG Münster vom 23.05.1995, NJW 1995, 2741 (2742).

¹⁷ Werner Heun, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 46.

¹⁸ BVerwG vom 26.02.1997, NJW 1997, 2694 (2695 f.).

¹⁹ Thorsten Held, in: Paschke/Berlit/Meyer, Hmbg. Kommentar Gesamtes Medienrecht, 2. Aufl. 2012, 74. Abschnitt Rn. 17.

²⁰ Emanuel Burkhardt, in: Löffler, Handbuch des Presserechts,

6. Aufl. 2012, § 4 Rn. 130.

²¹ VG Bremen vom 27.02.1997, NJW 1997, 2696 (2697).

²² Emanuel Burkhardt, in: Löffler, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl. 2012, § 4 Rn. 143.

²³ BVerwG vom 03.12.1974, NJW 1975, 891 (892).

²⁴ Jörg Soehring, Presserecht, 2010, Rn. 4.40, 7.66.

²⁵ Jörg Soehring, Presserecht, 2010, Rn. 7.66.

²⁶ BVerwG vom 13.12.1984, BVerwGE 70, 310 (315).

²⁷ Emanuel Burkhardt, in: Löffler, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl. 2012, § 4 Rn. 112.

²⁸ Hans-Ulrich Evers, Informationsanspruch der Presse gegenüber Behörden und allgemeines Persönlichkeitsrecht, AfP 1974, S. 548 (551).

Fragen könnte eine Persönlichkeitsrechtsverletzung des W, insb. seiner Privatsphäre und seinem durch Art. 6 I GG garantierten Schutz der Ehe, indizieren, sodass er zu einer Auskunft bzgl. Fragen solcher Art nicht verpflichtet wäre.

Sofern Fragen gestellt werden, die Auskünfte über die Erfüllung der amtlichen Aufgaben des W betreffen, liegt keine Persönlichkeitsverletzung des W vor.

Hinsichtlich privater Auskünfte hat W also ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 4 II Nr. 4 LPG Berlin. Ein generelles Auskunftsverweigerungsrecht steht W nicht zu.

B. Aufgabe 2

I. Unterlassungsanspruch des W gegen Z

W könnte gegen Z aus §§ 823 II, 1004 I 2 BGB analog i. V. m. Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG einen Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Äußerungen zum Begriff „Wobbeln“ sowie des Begriffs selbst haben.

1. Betroffenheit

Dazu müsste W von der Textberichterstattung persönlich betroffen sein.²⁹ Voraussetzung dafür ist die Erkennbarkeit. Bei der Wortberichterstattung ist von der Erkennbarkeit auszugehen, wenn der Name des Betroffenen unmittelbar genannt wird.³⁰

Die Äußerungen zum „Wobbeln“ betreffen den W unmittelbar, da Z diese Worterfindung von dessen Nachnamen – Wobbel – abgeleitet hat; damit ist für jedermann erkennbar, dass W gemeint ist und er ist persönlich betroffen.

2. Art der Äußerung

Festzustellen ist, welcher Art die Äußerungen der Z sind. In Betracht kommen eine Meinungsäußerung oder eine Tatsachenbehauptung.

Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die Beweisbarkeit.³¹ Eine Äußerung ist als Tatsachenbehauptung anzusehen, wenn sie zumindest theoretisch den Mitteln der Beweisführung zugänglich ist.³² Meinungsäußerun-

gen sind durch Elemente des Meinens und Dafürhaltens geprägt.³³

Für eine Tatsachenbehauptung spricht, wenn der inhaltliche Schwerpunkt der Äußerung auf konkreten, nachvollziehbaren Vorgängen der räumlich-gegenständlichen Welt liegt.³⁴

Der von W angegriffene Artikel befasst sich mit einer Definition des Begriffes „Wobbeln“. Diese besteht aus zwei Teilen. Als erstes führt Z an, „Wobbeln“ bedeute „einen Wutanfall auf die Mailbox sprechen“. Diese Erläuterung ist darauf zurückzuführen, dass W dem Chefredakteur der Z aufgrund der geplanten Veröffentlichung eines kritischen Artikels einen 15-minütigen Wutanfall auf die Mailbox gesprochen hatte. Damit stellt diese Definition eine wahre Tatsachenbehauptung der Z dar.

Überdies erklärt die Z „Wobbeln“ damit, „etwas umsonst mitzunehmen, wo dies irgendwie geht“. Diese Definition lässt sich darauf stützen, dass die Z aus verschiedenen dem Beweis zugänglichen Quellen erfahren hatte, dass W sich in der Vergangenheit zu Auslandsreisen von Großunternehmen hatte einladen lassen, viele Urlaube kostenlos in Ferienhäusern bestimmter Manager verbracht und einen günstigen Privatkredit von einem befreundeten Vorstandsvorsitzenden eines Konzerns erhalten hatte. Die Äußerung der Z, dass W überall etwas umsonst mitnimmt, wo die Möglichkeit besteht, ist als verallgemeinernde Unterstellung der Z anzusiedeln. Da der inhaltliche Schwerpunkt der Äußerung auf nachvollziehbaren Vorgängen beruht, ist sie als wahre Tatsachenbehauptung zu qualifizieren.

3. Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung

Ferner müsste die Veröffentlichung der Äußerungen zum Begriff „Wobbeln“ rechtswidrig sein. Das ist der Fall, wenn W eine Verletzung seines zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG i. V. m. 1 I GG und Art. 8 I EMRK geltend machen kann und dieses die Meinungsäußerungsfreiheit der Z gemäß Art. 5 I 1 HS 1 GG und Art. 10 I EMRK überwiegt.

a) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Unmittelbar ist nur der Staat an die Grundrechte gebunden³⁵, da diese primär Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind.³⁶ Allerdings entfalten die Grundrechte eine mittelbare Drittwirkung als Schutzpflichten zwischen Privatpersonen.³⁷ Nach der Rechtsprechung des

²⁹ BGH vom 17.11.1993, NJW 1993, 930 (931).

³⁰ Lars Kröner, in: Hmbg. Komm., 2. Aufl. 2012, 33. Abschnitt, Rn. 79.

³¹ BVerfG vom 10.11.1998, BVerfGE 99, 185 (185 ff.) – „Scientology“; Frank Fechner, Medienrecht, 11. Aufl. 2010, 4. Kap. Rn. 114.

³² Walter Seitz/German Schmidt, Der Gegendarstellungsanspruch, Film, Funk, Fernsehen und Internet, 4. Aufl. 2010, 6. Kap. Rn. 3 ff.

³³ BVerfG vom 22.06.1982, BVerfGE 61, 1 (1 ff.) – „Wahlkampf/CSU: NPD Europas“.

³⁴ BVerfG vom 10.11.1998, BVerfGE 99, 185 (185 ff.).

³⁵ Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 478.

³⁶ Bode Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 27. Aufl. 2011, § 4 Rn. 58 f.

³⁷ Annette Guckelberger, Die Drittwirkung der Grundrechte,

BVerfG sind die in den Grundrechten festgelegten Werte bei der Auslegung und Anwendung des Zivilrechts zu berücksichtigen.³⁸ Die Grundrechte entfalten damit auch eine Ausstrahlwirkung auf das Bürgerliche Recht.³⁹ Daher müssen die Grundrechte des W mit denen der Z abgewogen werden.

b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht des W

W könnte durch die Veröffentlichung der Äußerungen in Form der Tatsachenbehauptungen durch die Z in seinem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG und Art. 8 I EMRK verletzt sein.

In der Regel müssen wahre Tatsachenbehauptungen vom Betroffenen hingenommen werden.⁴⁰ Ihre Verbreitung kann jedoch unzulässig sein, wenn der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen außer Verhältnis zu dem Interesse der Öffentlichkeit an der Verbreitung der Wahrheit steht.⁴¹

Durch die Verwendung seines Namens im Begriff „Wobeln“ könnte das Recht des W am eigenen Namen gemäß § 12 BGB als eigenständiger Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁴² beeinträchtigt sein. Allerdings stellt die bloße Verwendung eines Namens noch keine Verletzung des Namensrechts i. S. d. § 12 BGB dar.

Allerdings wird der Name des W in einem ihn diffamierenden Kontext verwendet. Daher ist an eine Verletzung des Rechts der persönlichen Ehre als Teilgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁴³ des W zu denken. Dieses schützt vor Diffamierung.⁴⁴ Es werden sowohl die innere als auch die äußere Ehre geschützt.⁴⁵ Erstere schützt den Achtungsanspruch des Einzelnen, der ihm aufgrund seiner Personwürde zukommt.⁴⁶ Die äußere Ehre umfasst den guten Ruf und das in der Gesellschaft erworbene Ansehen der Person.⁴⁷

W könnte sich durch die Äußerungen äußerlich diffamiert sehen, da sie ihm Verhaltensweisen zuschreiben, die seine Person in ein negatives Licht stellen und sein Ansehen als Abgeordneter beeinträchtigen.

JuS 2003, S. 1151 (1153).

³⁸ Annette Guckelberger, JuS 2003, S. 1151 (1155).

³⁹ Jürgen Schwabe, Die sog. Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 107.

⁴⁰ BVerfG vom 08.05.2007, NJW 2008, 358 (359).

⁴¹ BVerfG vom 10.06.2009, NJW 2009, 3357 (3358).

⁴² Frank Fechner, Medienrecht, 11. Aufl. 2010, 4. Kap. Rn. 76.

⁴³ BVerfG vom 03.06.1980, BVerfGE 54, 208 (217) – „Böll“.

⁴⁴ Frank Fechner, Medienrecht, 11. Aufl. 2010, 4. Kap. Rn. 23 ff.

⁴⁵ Mathias Prinz/Butz Peters, Medienrecht, Die zivilrechtlichen Ansprüche, 1999, Rn. 89.

⁴⁶ Mathias Prinz/Butz Peters, Medienrecht, 1999, Rn. 89.

⁴⁷ Erich Steffen, in: Löffler, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl. 2012, § 6 Rn. 75.

c) Meinungsäußerungsfreiheit der Z

Z könnte sich auf ihre Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 I 1 HS 1 GG i. V. m. Art. 10 I EMRK berufen. Es geht um inhaltliche Presseäußerungen, die sowohl durch die Meinungsfreiheit als auch durch die Pressefreiheit geschützt sind.⁴⁸ Die Pressefreiheit tritt in einem solchen Fall aber zurück.⁴⁹

Als juristische Person kann sich Z auf Art. 5 I 1 GG berufen, da Art. 5 I 1 GG seinem Wesen nach auf sie anwendbar ist.⁵⁰ Fraglich ist jedoch, ob die Äußerungen der Z in Form wahrer Tatsachenbehauptungen vom Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG gedeckt sind.

Den Kern des Grundrechtsschutzes nach Art. 5 I 1 GG bilden Meinungsäußerungen in Form von Werturteilen. Nach h. M. werden Tatsachenbehauptungen vom Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG nicht erfasst.⁵¹ Wenn Tatsachen Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind, hat das BVerfG diese in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG mit einbezogen.⁵²

Überdies soll in Art. 5 I 1 GG eine mit Art. 10 I EMRK übereinstimmende umfassende Garantie für die freie Mitteilung von sämtlichen geistigen Inhalten, also auch für die freie Kommunikation zu sehen sein.⁵³ Demnach muss Art. 5 I 1 GG den Schutz einer umfassenden Äußerungsfreiheit gewähren und Tatsachenbehauptungen generell schützen⁵⁴, sofern diese nicht bewusst oder erwiesen unwahr sind.⁵⁵

Z hat sich in ihren Äußerungen am tatsächlichen Verhalten des W orientiert. Somit sind die Äußerungen der Z vom Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG erfasst.

d) Abwägung

Für die Feststellung, ob die Veröffentlichung der Äußerungen rechtswidrig ist, bedarf es einer konkreten Abwägung zwischen dem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht des W gemäß Art. 2 I i. V. m. 1 I GG sowie Art. 8 I EMRK und der Meinungsäußerungsfreiheit der Z gemäß Art. 5 I 1 HS 1 GG und Art. 10 I EMRK.

Für das Persönlichkeitsrecht des W spricht, dass grundsätzlich jeder selbst entscheiden können soll, wie er sich Dritten oder der Öffentlichkeit gegenüber darstellen will und inwieweit von Dritten über seine Persönlichkeit ver-

⁴⁸ Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 27. Aufl. 2011, Rn. 571.

⁴⁹ BVerfG vom 09.10.1991, BVerfGE 85, 1 (11) – „Bayer-Aktionäre“.

⁵⁰ Hans Jarass, in: Jarass/Pierothe, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 8.

⁵¹ Herbert Bethge, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 27.

⁵² Dieter Grimm, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, S. 1697 (1699).

⁵³ Marian Paschke, Medienrecht, 3. Aufl. 2009, § 4 Rn. 178.

⁵⁴ Wolfgang Schulz, in: Hmbg. Komm., 2012, 5. Abschnitt Rn. 19.

⁵⁵ BVerfG vom 03.06.1980, BVerfGE 54, 208 (219).

fügt werden kann.⁵⁶ Durch die Äußerungen der Z in Zusammenhang mit W's Namen kann der Eindruck entstehen, W würde sich durch die von der Z getätigten Definitionen auszeichnen. Diese erzeugen ein gewisses Bild von der Person des W, welches er selbst nicht entstehen lassen will.

Allerdings kann der Schutz der Ehre nach Rechtsprechung des BVerfG nur durchdringen, wenn die Äußerung allein als eine persönliche Verunglimpfung verstanden werden kann und darin gerade kein überspitzter Beitrag zum sachbezogenen Meinungskampf zu sehen ist.⁵⁷

Das Verhalten des W ist von überragendem öffentlichem Interesse und damit Gegenstand aktuellen Meinungskampfes. W ist Abgeordneter und nimmt an Auswahlentscheidungen des Wirtschaftsausschusses teil. In seiner Position vertritt er gemäß Art. 38 I GG die Bürger und hat die Aufgabe, nicht nur sich selbst, sondern auch den Ruf des Bundestages nach Außen hin zu vertreten.

Amtsträger sind von Verfassungen wegen dem Gemeinwohl verpflichtet und dürfen sich nicht von privaten Interessen und Freundschaften leiten lassen.⁵⁸ Sie sind überdies verpflichtet, jeden Anschein zu vermeiden, dass sie in ihrer dienstlichen Tätigkeit durch Gefälligkeiten beeinflussbar seien oder bei ihrer Amtsführung persönliche Interessen verfolgen könnten.⁵⁹

Eben diesen Eindruck erweckt W. Die Öffentlichkeit zweifelt durch die in der Z erschienenen Artikel an seiner Funktionsfähigkeit und Position. Sie hat ein Interesse daran, über die Tätigkeiten des W im Zusammenhang mit seinem Amt als Abgeordneter informiert zu werden. Dies kann auch in Form von überspitzten Beiträgen geschehen; erfahrungsgemäß wird die Aufmerksamkeit der breiten Masse der Öffentlichkeit erst dadurch erzielt. Letztlich muss die Presse nach publizistischen Kriterien entscheiden dürfen, was öffentliches Interesse erwecken könnte.⁶⁰

Als wirtschaftskritische Zeitschrift muss es Z möglich sein, ihrer Berichterstattung, soweit sie auf wahren Tatsachen beruht, nachzugehen. Die Meinungsäußerungsfreiheit der Z aus Art. 5 I 1 HS 1 GG und Art. 10 I EMRK überwiegt gegenüber dem Persönlichkeitsrechtsschutz des W aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG und Art. 8 I EMRK.

4. Ergebnis

Die Veröffentlichung der Äußerungen der Z erfolgte rechtmäßig. W hat keinen Unterlassungsanspruch aus §§ 823 II, 1004 I 2 BGB analog i. V. m. Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG gegen Z.

C. Aufgabe 3

I. Unterlassungsanspruch des W gegen Z

W könnte gegen Z einen Anspruch auf Unterlassung der erneuten Veröffentlichung des verfremdeten Fotos aus § 1004 I 2 BGB analog, § 823 I, II BGB i. V. m. §§ 22, 23 KUG, Art. 2 I i. V. m. 1 I GG haben.

1. Bildnis

Das verfremdete Foto des W müsste ein Bildnis i. S. d. § 22 S. 1 KUG darstellen, d. h. eine Darstellung einer Person in ihrer dem Leben entsprechenden Erscheinung.⁶¹ Überdies muss die abgebildete Person auf dem Bildnis erkennbar sein, d. h. identifizierbar.⁶² Nicht erforderlich ist die Abbildung der Gesichtszüge.⁶³ Begleitende Umstände, wie bspw. ein Untertext, können auf den Abgebildeten hinweisen.⁶⁴ Die Art der Darstellung ist für den Begriff des Bildnisses unerheblich.⁶⁵ Auch verfremdete Personenfotos werden als Bildnis angesehen, sogar wenn sie Teil satirischer Fotomontage sind.⁶⁶

Die verfremdete Abbildung des W beruht auf einem Urlaubsfoto in Badehose, auf dem er erkennbar ist. Durch Bildbearbeitung hat Z die geöffnete Hand des W in den Vordergrund der Abbildung gestellt. Aufgrund der Platzierung direkt neben dem Artikel und den Äußerungen zum Begriff „Wobbeln“ ist W auf der verfremdeten Abbildung, obgleich seine Hand im Vordergrund der Darstellung steht, erkennbar und die Abbildung ist als Bildnis i. S. d. § 22 S. 1 KUG zu qualifizieren.

2. Verbreiten

Durch den Verkauf der Zeitschrift wird das Bildnis des W verbreitet.

3. Einwilligung

W war nicht damit einverstanden, dass das ursprüngliche Foto gemacht wurde. Daher hat er nicht in die Ver-

⁵⁶ BVerfG vom 03.03.1980, BVerfGE 54, 148 (155) – „Eppler“.

⁵⁷ Peter Badura, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes, 4. Aufl. 2010, C 62.

⁵⁸ BVerfG vom 17.05.1961, BVerfGE 12, 354 (364) – „Volkswagenprivatisierung“; Hans Herbert von Arnim, Vorteilsannahme des früheren niedersächsischen Ministerpräsidenten Christian Wulff, NVwZ-Extra 3/2012, S. 1 (4).

⁵⁹ Hans Herbert von Arnim, NVwZ-Extra 3/2012, S. 1 (4).

⁶⁰ Stefan Engels/Uwe Jürgens, Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz, NJW 2007, S. 2417 (2518).

⁶¹ Thomas Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, 3. Aufl. 2008, § 22 KUG Rn. 1.

⁶² Egbert Wenzel, Das Recht der Wort- u. Bildberichterstattung, Handbuch des Äußerungsrechts, 5. Aufl. 2003, Kap. 7 Rn. 7.6. ff.

⁶³ Mathias Prinz/Butz Peters, Medienrecht, 1999, Rn. 827.

⁶⁴ BGH vom 09.06.1965, NJW 1965, 2148 (2149).

⁶⁵ Egbert Wenzel, Recht der Wort- u. Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Kap. 7 Rn. 7.10. ff.

⁶⁶ Endress Wanckel, Foto- u. Bildrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 122.

öffentlichung des verfremdeten Bildnisses i. S. d. § 22 S. 1 KUG eingewilligt.

4. Ausnahme gemäß § 23 I Nr. 1 KUG

Die Veröffentlichung könnte ausnahmsweise nach § 23 I Nr. 1 KUG zulässig sein, sofern es sich bei dem Bildnis des W um eines aus dem Bereich der Zeitgeschichte handelt. Maßgeblich ist die Beurteilung des Ausgangsbildnisses, da nur dieses auf ein tatsächliches Geschehen zurückzuführen ist.⁶⁷

a) Begriff des Zeitgeschehens

Zu klären ist, wann es sich um ein Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte handelt.

Der Begriff des Zeitgeschehens ist vom Informationsinteresse der Öffentlichkeit her zu bestimmen und umfasst generell Vorgänge von allgemein gesellschaftlichem Interesse.⁶⁸ Meinungsbildung kann auch durch unterhaltende Beiträge stattfinden⁶⁹; solche Beiträge können die Meinungsbildung teilweise sogar nachhaltiger beeinflussen als sachbezogene Informationen.⁷⁰

aa) Abgrenzungskriterien

Zur Bestimmung des Begriffs der Zeitgeschichte bedarf es der Ermittlung der Abgrenzungskriterien.

(1) Anwendung der EMRK sowie der Entscheidungen des EGMR

Bei Ermittlung dieser Abgrenzungskriterien sind die Entscheidungen des EGMR⁷¹ sowie Gewährleistungen der EMRK⁷² zu berücksichtigen. Die EMRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag⁷³ und wurde gemäß Art. 59 II GG vom Bundesgesetzgeber ins deutsche Recht transformiert. Nach h. M. kommt ihr der Rang einfachen Rechts zu.⁷⁴ Die Entscheidungen des EGMR sind völkerrechtlich bindend⁷⁵, ihnen kommt eine Orientierungswirkung⁷⁶ und Berücksichtigungspflicht⁷⁷ zu.

Im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung gehören diese Pflichten zur Bindung der deutschen vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung an Gesetz und

Recht nach Art. 20 III GG.⁷⁸ Die Grenze sieht das BVerfG insb. in Bereichen mit gefestigter Abwägungsdogmatik in den deutschen Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip.⁷⁹ Letztlich wird der EMRK, aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, welche sich aus Art. 1 II, 24, 25 und 26 GG ergibt⁸⁰, ein Auslegungsvorrang zuerkannt; jedoch dem EGMR kein Auslegungsmonopol.⁸¹

Die EMRK dient als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes⁸², sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.⁸³

(2) Rechtsprechung des EGMR

In seiner Entscheidung vom 24.06.2004⁸⁴ kritisierte der EGMR die personenbezogene Deutung des § 23 I Nr. 1 KUG und damit die bisherige Rechtsprechung des BVerfG⁸⁵, in der es für die Feststellung, ob ein Bildnis aus dem Bereich des Zeitgeschehens stammte, davon abhängig war, ob der Abgebildete als absolute oder relative Person der Zeitgeschichte zu qualifizieren war.⁸⁶

Die Rechtsprechung des EGMR zielt für die Entscheidung, ob ein Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte vorliegt, i. R. d. § 23 I Nr. 1 KUG auf eine einzelfallbezogene Interessenabwägung und -gewichtung ab⁸⁷, welche die Rechte aus dem GG und zugleich der EMRK berücksichtigt.⁸⁸ Infolge der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte (s. o.) müssen die Rechte des Abgebildeten aus Art. 8 I EMRK, Art. 2 I i. V. m. 1 I GG und jene der Medien aus Art. 10 I EMRK, Art. 5 I GG gegeneinander abgewogen werden.

(3) Umsetzung durch den BGH und das BVerfG

Die nach dem Urteil des EGMR ergangene Rechtsprechung des BGH und des BVerfG hat bisher nicht eindeutig erkennen lassen, ob sie endgültig von ihren ursprünglichen Beurteilungskriterien abrücken wird.⁸⁹

⁷⁸ Peter Badura, Staatsrecht, 2010, C 11.

⁷⁹ Dieter Dörr/Nicole Zorn, Die Entwicklung des Medienrechts, NJW 2005, S. 3114 (3117).

⁸⁰ Dieter Dörr/Rolf Schartmann, Medienrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 508.

⁸¹ Marion Albers, Verfassungsgerichtsbarkeit und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, in: Erbguth/Masing, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, 2008, S. 62.

⁸² Benedikt Quarthal, Nachträglich verlängerte Sicherungsverwahrung und der EGMR, JURA 2011, S. 495 (497).

⁸³ BVerfG vom 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 (322 f.) – „Görgülü“.

⁸⁴ EGMR vom 24.06.2004, NJW 2004, 2647 (2650).

⁸⁵ BVerfG vom 15.12.1999, NJW 2000, 1021 (1025).

⁸⁶ Mathias Prinz/Butz Peters, Medienrecht, Die zivilrechtlichen Ansprüche, 1999, Rn. 847.

⁸⁷ BGH vom 01.07.2008, NJW 2008, 3138 (3139); Marian Paschke, Medienrecht, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 910.

⁸⁸ Jan Martin Hoffmann/Katrin Mellech/Verena Rudolphi, Der Einfluss der EMRK auf die Fallbearbeitung, JURA 2009, S. 256 (259).

⁸⁹ Vgl. BVerfG vom 13.06.2006, NJW 2006, 2835 (2836).

⁶⁷ Endress Wanckel, Foto- u. Bildrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 248.

⁶⁸ BGH vom 06.03.2007, GRUR 2007, 527 (527).

⁶⁹ BVerfG vom 15.12.1999, GRUR 2000, 446 (451 ff.).

⁷⁰ BGH vom 06.03.2007, GRUR 2007, 527 (527).

⁷¹ BVerfG vom 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 (323) – „Görgülü“.

⁷² BVerfG vom 26.03.1987, BVerfGE 74, 358 (370) – „Unschuldsvormutung“; Dirk Ehlers, Die Europäische Menschenrechtskonvention, JURA 2000, S. 372 (373).

⁷³ BVerfG vom 14.10.2004, NJW 2004, 3407 (3408).

⁷⁴ Dirk Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 2 Rn. 12.

⁷⁵ BVerfG vom 14.10.2004, NJW 2004, 3407 (3408).

⁷⁶ Eckhard Pache, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung, EuR 2004, S. 393 (405); Georg Ress, Wirkung und Bedeutung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, S. 350 (350).

⁷⁷ BVerfG vom 14.10.2004, NJW 2004, 3407 (3407).

Mittlerweile orientiert sich die deutsche Rechtsprechung an den vom EGMR entwickelten Grundsätzen⁹⁰ im Wege einer Abwägung zwischen den Interessen des Abgebildeten und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit.⁹¹

bb) Einzelfallbezogene Interessenabwägung

Es bedarf einer einzelfallbezogenen Abwägung zwischen den Rechten des W und denen der Z.⁹²

(1) Rechte des W

W könnte eine Verletzung seines zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG und Art. 8 EMRK geltend machen.

Die Persönlichkeitsrechtsverletzung des W könnte in dem durch Bildbearbeitungsprogramme veränderten Foto liegen. Dazu müsste W eine Verletzung seines Rechts am eigenen Bild als Ausprägung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁹³ geltend machen können. Das Recht am eigenen Bild schützt vor Verbreitung und öffentlicher Zurschaustellung von Bildern⁹⁴ und gewährleistet dem Einzelnen Einflussmöglichkeiten, sofern es um die Anfertigung und Verwendungen von Fotografien durch andere geht.⁹⁵ Niemand muss sich eine Verzerrung des Bildnisses gefallen lassen.⁹⁶ Vielmehr soll das Recht am eigenen Bild vor der Verbreitung eines technisch manipulierten Bildes, das den Anschein erweckt, ein authentisches Abbild einer Person zu sein, schützen.⁹⁷ Dies wird durch Art. 8 I EMRK verstärkt. Dieser schützt das Recht auf Achtung des Privatlebens. Der Begriff des Privatlebens wird in Art. 8 I EMRK umfassend verstanden⁹⁸ und umschließt den Schutz des Rechts am eigenen Bild.⁹⁹ Aufgrund der Bearbeitung des ursprünglichen Bildnisses stellt das entstandene Bildnis des W kein Abbild der Realität dar.

(2) Rechte der Z

Fraglich ist, welche Rechte die Z geltend machen kann.

(a) Art der Darstellung

Dazu ist die Art der Darstellung des verfremdeten Foto festzulegen. Hierbei könnte es sich um eine satirische Darstellung handeln. Eine solche ist gekennzeichnet durch Anprangerungen sowie Merkmale von Verfrem-

dungen, Verzerrungen und Übertreibungen.¹⁰⁰ Das ursprüngliche Bild des W wurde durch Verzerrung des Bildes und Vergrößerung der Hand des W verändert. Dabei soll die Gestik der vergrößerten Hand in übertreibender Art und Weise das besitzergreifende Verhalten des W illustrieren. Das verfremdete Foto des W ist daher als Satire einzuordnen.

(b) Kunstfreiheit nach Art. 5 III 1 Alt. 1 GG

Z könnte sich auf ihre Kunstfreiheit aus Art. 5 III 1 Alt. 1 GG berufen. Dazu müsste das verfremdete Foto als Kunst einzuordnen sein. Satire kann grundsätzlich Kunst sein, sie muss es aber nicht.¹⁰¹ Nicht jede bloße Verfremdung, Übertreibung oder Verzerrung genügt den Anforderungen von Kunst.¹⁰² Maßgeblich ist, ob das verfremdete Foto die Kriterien erfüllt, die ein Kunstwerk auszeichnen.

Eine Definition des Begriffes liefert Art. 5 III GG nicht.¹⁰³ Vielmehr muss der Schutzbereich der Kunstfreiheit bei der konkreten Rechtsanwendung bestimmt werden.¹⁰⁴ Art. 5 III GG erklärt Kunst für frei¹⁰⁵, sodass der Kunstbegriff selbst offen zu bestimmen ist.¹⁰⁶

Im jeweiligen Einzelfall tragen die drei vom BVerfG entwickelten Kunstbegriffe (idealistisch, formal und bedeutungsorientiert)¹⁰⁷ zur Definierbarkeit von Kunst bei. Nach materiellem Kunstbegriff ist Kunst i. S. d. Art. 5 III GG die „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht“ werden.¹⁰⁸

Das ursprüngliche Foto wurde anhand von Bildbearbeitungsprogrammen bearbeitet, durch Vergrößerung der Hand des W findet eine bloße Verzerrung des Bildes statt. Es ist keine besondere schöpferische Gestaltung zu erkennen. Danach greift die Kunstfreiheit des Art. 5 III GG nicht.

(c) Meinungsfreiheit nach Art. 5 I 1 Alt. 1 GG

Allerdings könnte sich Z auf ihre Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 I 1 Alt. 1 GG berufen. Dazu müsste die Darstellung des verfremdeten Bildnisses die Äußerung einer Meinung i. S. d. Art. 5 I 1 Alt. 1 GG beinhalten. Der Be-

⁹⁰ BGH vom 19.06.2007, ZUM-RD 2007, 397 (398).

⁹¹ BVerfG vom 26.02.2008, JuS 2008, 1107 (1108).

⁹² An dieser Stelle wäre ein anderer Aufbau, der nicht nach den Rechtspositionen differenziert, überzeugender gewesen.

⁹³ BVerfG vom 05.06.1973, BVerfGE 35, 202 (220) – „Lebach“.

⁹⁴ Egbert Wenzel, Recht der Wort- u. Bildberichterstattung, 2003, 7. Kap. Rn. 7.27.

⁹⁵ BVerfG vom 15.12.1999, BVerfGE 101, 361 (381) – „Caroline von Monaco II“.

⁹⁶ Frank Fechner, Medienrecht, 11. Aufl. 2010, 4. Kap. Rn. 48.

⁹⁷ BVerfG vom 14.02.2005, NJW 2005, 3271 (3272).

⁹⁸ Jens Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 8 Rn. 3.

⁹⁹ Vgl. EGMR vom 21.02.2002 – Beschw. Nr. 42409/98.

¹⁰⁰ BVerfG vom 03.06.1987, BVerfGE 75, 369 (378) – „Strauß-Karikatur“; Hans Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 67.

¹⁰¹ BVerfG vom 25.03.1992, BVerfGE 86, 1 (9) – „Titanic“-geb. Mörder“; Axel Beater, Medienrecht, 2007, § 20, Rn. 1640.

¹⁰² BVerfG vom 10.7.2002, NJW 2002, 3767 (3767).

¹⁰³ Herbert Bethge, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 183.

¹⁰⁴ BVerfG vom 17.07.1984, BVerfGE 67, 213 (226) – „Anachronistischer Zug“.

¹⁰⁵ Ingolf Pernice, in: Dreier, Grundgesetz, 2004, Art. 5 III, Rn. 17.

¹⁰⁶ Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 2010, § 9 Rn. 234.

¹⁰⁷ BVerfG vom 17.07.1984, BVerfGE 67, 213 (226 f.).

¹⁰⁸ BVerfG vom 24.02.1971, BVerfGE 30, 173 (188 f.) – „Mephisto“; Hans Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 106.

griff der Meinung umfasst jede Kundgabe eines Werturteils, Ansichten und Anschauungen aller Art.¹⁰⁹ Auch die Darstellung von Satire wird von der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt, sofern ihr eine politische Auseinandersetzung zugrunde liegt.¹¹⁰

In der Darstellung der Z wird dem Betrachter/der Betrachterin die geöffnete Hand des W entgegengestreckt. Dadurch sollen die Verhaltensweisen des W illustriert werden und eine Auseinandersetzung mit den aktuellen politischen Geschehnissen stattfinden. Z kann sich somit auf ihre Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 Alt. 1 GG berufen.

(d) Zwischenergebnis

Die Meinungsfreiheit der Z aus Art. 5 I 1 Alt. 1 GG und Art. 10 I EMRK ist mit dem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht des W aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG und Art. 8 I EMRK abzuwägen.

(3) Grenzen der Meinungsfreiheit

Die Grenzen der Meinungsfreiheit sind in Art. 5 II GG geregelt. Danach kann die Meinungsfreiheit nur durch allgemeine Gesetze eingeschränkt werden. Das sind solche, die ohne eine gegen die Meinungsfreiheit gerichtete Zielsetzung zum Schutze von Allgemeininteressen oder der Rechte Dritter erlassen worden sind¹¹¹, auch §§ 22 ff. KUG.¹¹² Ob die EMRK ein allgemeines Gesetz i. S. d. Art. 5 II GG darstellt, ist umstritten.¹¹³ Jedenfalls ist die EMRK nicht unmittelbar zu Lasten des Einzelnen anwendbar.¹¹⁴ Das bestärken Art. 1 EMRK, demzufolge die Vertragsparteien allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die Rechte und Freiheiten der Konvention zusichern¹¹⁵ und das Günstigkeitsprinzip des Art. 53 EMRK.

(4) Grenzen des Schutzes der Persönlichkeit

Die Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts findet sich in Art. 2 I HS 2 GG.¹¹⁶ Neben den Grundrechten wie Art. 5 GG begrenzen die Vorschriften des Bildrechtsschutzes wie §§ 22 ff. KUG den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

(5) Abwägung

Im Rahmen der Abwägung der Interessen des W und der Z muss aufgrund der satirischen Darstellung zwi-

schen dem Aussagegehalt und dem satirischen Gewand unterschieden werden,¹¹⁷ damit bei Zugrundelegung des Gesamtzusammenhangs der Satire¹¹⁸ beurteilt werden kann, ob eine Missachtung der Person des W stattfindet.

(a) Aussagekern

Zunächst muss der Aussagekern der satirischen Darstellung ermittelt und bewertet¹¹⁹ sowie auf seine Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des W überprüft werden.

Die Darstellung der vergrößerten Hand des W untermalt sein nehmendes Verhalten, privat und beruflich, sowie die aktuellen politischen Geschehnisse.

Satirische Darstellungen sind zulässig, solange der Aussagekern auf die zeitgeschichtliche Bedeutung für die Veröffentlichung Bezug nimmt.¹²⁰ Politiker/innen müssen zugunsten einer freien öffentlichen Debatte und aufgrund der Wahrnehmung ihrer amtlichen Funktion eine weitergehende Berichterstattung hinnehmen als Privatpersonen.¹²¹ Das entspricht der durch den BGH und das BVerfG entwickelten Rechtsprechung, die sich an den Grundsätzen der Rechtsprechung des EGMR orientiert (s. o.). Nach Rechtsprechung des EGMR besteht wenig Spielraum, die Gewährleistung des Art. 10 I EMRK, dem eine besondere Bedeutung zukommt¹²², zurücktreten zu lassen, sofern eine Medienberichterstattung einen Bezug zu einer Sachdebatte von allgemeinem Interesse aufweist.¹²³ Art. 10 I EMRK schützt unabhängig von Form und Inhalt sämtliche Meinungskundgaben.¹²⁴ In politischen Fragen will Art. 10 I EMRK eine offene Meinungsauseinandersetzung ermöglichen.¹²⁵ Hierbei betont der EGMR die Kontrollfunktion der Massemedien¹²⁶ als sog. „Wachhund“.¹²⁷ Überdies erfüllen unterhaltende Beiträge eine gewichtige gesellschaftliche Funktion, insb. wenn sie Realitätsbilder vermitteln, die sich auf Lebenseinstellungen und Verhaltensmuster auswirken können.¹²⁸

¹¹⁷ BVerfG vom 03.06.1987, BVerfGE 75, 369 (377).

¹¹⁸ Georgios Gounalakis, Freiräume und Grenzen politischer Karikatur und Satire, in: NJW 1995, S. 809 (813).

¹¹⁹ BVerfG vom 14.02.2005, GRUR 2005, 500 (501).

¹²⁰ Marian Paschke, Medienrecht, 3. Aufl. 2009, § 16 Rn. 913.

¹²¹ Christoph Grabenwarter, Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderwegs?, AfP 2004, S. 309 (309).

¹²² Udo Fink/Mark Cole/Tobias Kleber, Europäisches und Internationales Medienrecht, 2008, Kap. 2 Rn. 218.

¹²³ Vgl. EGMR vom 22.10.2007 – 21279/02, Nr. 45 – „Lindon u. a./Frankreich“.

¹²⁴ Jochen Frowein/Wolfgang Peukert, EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 10 Rn. 5f.

¹²⁵ Michael Kloepfer, Pressefreiheit statt Datenschutz? – Datenschutz statt Pressefreiheit?, AfP 2000, S. 511 (513).

¹²⁶ Michael Holoubek, Medienfreiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, AfP 2003, S. 193 (194).

¹²⁷ Christoph Grabenwarter, Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderwegs?, AfP 2004, S. 309 (311).

¹²⁸ Wolfgang Hoffmann-Riem, Die CarolineII-Entscheidung des BVerfG – Ein Zwischenschritt bei der Konkretisierung des Koopera-

¹⁰⁹ BVerfG vom 23.03.1971, BVerfGE 30, 336 (352) – „Jugendgefährdende Schriften“.

¹¹⁰ BGH vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 (690).

¹¹¹ Peter Badura, Staatsrecht, 2010, C 62.

¹¹² BVerfG vom 26.03.1987, BVerfGE 74, 358 (370).

¹¹³ BVerfG vom 26.02.2008, NJW 2008, 1793 (1795); ausdrücklich dagegen: Mehrdad Payandeh, Die EMRK als grundrechtsbeschränkendes Gesetz?, JuS 2009, S. 212 (212).

¹¹⁴ Mehrdad Payandeh, JuS 2009, S. 212 (216).

¹¹⁵ Mehrdad Payandeh, JuS 2009, S. 212 (215).

¹¹⁶ BVerfG vom 24.03.1998, BVerfGE 97, 391 (401) – „Mißbrauchsbeziehung“.

Durch die intendierte satirische Überzeichnung des Persönlichkeitsbildes des W wird eine Auseinandersetzung mit den aktuellen politischen Geschehnissen erzielt. Aufgrund der bereits publik gewordenen Anhaltspunkte rund um das Berufs- und Arbeitsleben des W ist die Öffentlichkeit an Erörterungen und Auseinandersetzungen zu der Funktion und Eignung seiner Person im Wirtschaftsausschuss interessiert.

Der Aussagekern der satirischen Darstellung überwiegt das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht des W.

(b) Satirische Einkleidung

Ferner ist die satirische Einkleidung, d. h. die Gestaltung des Bildnisses, am Persönlichkeitsrecht des W zu messen. Die satirische Einkleidung besteht hier in einer Fotomontage, bei der kein Betrachter eine völlig realistische Abbildung erwartet.¹²⁹ Sie wird ergänzt durch die daneben angeführte zweite Definition des Begriffes „Wobbeln“.

Für eine Entscheidung, ob die satirische Einkleidung als Ausdruck der Meinungsäußerungsfreiheit der Z das Recht am eigenen Bild des W überwiegt, müssen die Umstände berücksichtigt werden, unter denen die der Fotomontage zugrunde liegende Aufnahme entstanden ist.¹³⁰ Dabei spielt es eine besondere Rolle, ob das Bild in Ausnutzung von Heimlichkeit aufgenommen wurde oder der Abgebildete aufgrund der privaten Situation nicht mit Abbildungen zu rechnen hatte.¹³¹

Die Ursprungsaufnahme wurde heimlich von einem privaten Fotografen gefertigt. Mittlerweile genießt W die volle Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit und stellt sich durch sein Verhalten selbst in den politischen Meinungskampf. Für die Betrachter ist ersichtlich, dass es sich bei der Abbildung um eine Fotomontage handelt, da die deutlich vergrößerte Hand des W nicht der Realität entsprechen kann. Auch die Definition des „Wobbels“ verdeutlicht den Satire-Gehalt.

Die Darstellung setzt sich nicht in herabsetzender Weise mit dem Geschehen auseinander. Die Bearbeitungen berühren weniger den Menschenwürdegehalt des Persönlichkeitsrechts des W, welcher als Ausdruck der menschlichen Würde unantastbar wäre¹³², als seine freie Entfaltung der Persönlichkeit.

tionsverhältnisses zwischen den verschiedenen betroffenen Gerichten, NJW 2009, S. 20 (23).

¹²⁹ Jens Petersen, Medienrecht, 5. Aufl. 2010, § 3 Rn. 64.

¹³⁰ BVerfG vom 26.02.2008, NJW 2008, 1793 (1997).

¹³¹ BGH vom 14.10.2008, GRUR 2009, 86 (87).

¹³² Vgl. Andreas von Arnould, Strukturelle Fragen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – Überlegungen zu Schutzbereich und Schranken des grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, ZUM 1996, S. 286 (292).

Daher überwiegt die satirische Einkleidung das Recht am eigenen Bild des W aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG und Art. 8 I EMRK.

(c) Zwischenergebnis

Mithin muss das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht des W aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG sowie der Schutz nach Art. 8 I EMRK hinter der Meinungsfreiheit der Z aus Art. 5 I GG und Art. 10 I EMRK zurücktreten.

b) Zwischenergebnis

Es liegt ein Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte i. S. d. § 23 I KUG vor; die Veröffentlichung des Bildnisses des W ist nach § 23 I Nr. 1 KUG zulässig.

5. Entgegenstehendes berechtigtes Interesse

Zu prüfen ist, ob dem W ein entgegenstehendes berechtigtes Interesse i. S. d. § 23 II KUG zusteht, das eine Veröffentlichung des Bildnisses verbietet. Der Schutz dieses Interesses beruht auf der sog. Sphärentheorie.¹³³ Danach ist das Persönlichkeitsrecht in verschiedene Schutzsphären aufzuteilen: Intimsphäre, Privatsphäre, Sozialsphäre und Öffentlichkeitssphäre.¹³⁴

Die Veröffentlichung des verfremdeten Bildnisses könnte die Privatsphäre des W verletzen, da das Ausgangsbildnis aus einem Privaturlaub stammt und W in Badehose am Strand zeigt.

Der Schutz des Privatlebens ist von Bedeutung für die Entfaltung der Persönlichkeit eines jeden.¹³⁵ Die Privatsphäre bezeichnet den Bereich, in dem sich der Mensch von der Öffentlichkeit zurückzieht.¹³⁶ Dazu sollen insb. Momente des Sich-Gehen-Lassens und der Entspannung zählen außerhalb der Einbindung in die Pflichten des Berufs und Alltags.¹³⁷ Sie soll räumlich nicht auf den häuslichen Bereich¹³⁸ oder den Bereich örtlicher Abgeschiedenheit begrenzt werden.¹³⁹ Nach Art. 8 EMRK soll zum Bereich des Privatlebens auch die Beziehung zu Dritten im öffentlichen Raum gehören.¹⁴⁰

¹³³ Heinrich Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 1967, S. 227 ff; Friedhelm Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 4 ff.

¹³⁴ Karl Ohlendorf, Grundfälle zu Art. 2 I i. V. m. 1 I GG, JuS 2008, S. 682 (683).

¹³⁵ EGMR vom 24.06.2004, NJW 2004, 2647 (2650).

¹³⁶ Christoph Grabenwarter, Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderwegs, AfP 2004, S. 309 (312).

¹³⁷ Wolfgang Hoffmann-Riem, Die Caroline-II-Entscheidung des BVerfG – Ein Zwischenschritt bei der Konkretisierung des Kooperationsverhältnisses zwischen den verschiedenen betroffenen Gerichten, NJW 2009, S. 20 (24).

¹³⁸ BVerfG vom 15.12.1999, BVerfGE 101, 361 (394).

¹³⁹ Ansgar Ohly, Harmonisierung des Persönlichkeitsrechts durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte? – Rechtsvergleichende Anmerkungen zum Urteil in der Sache von Hannover/ Deutschland, GRUR Int. 2004, S. 902 (912).

¹⁴⁰ Axel Halfmeier, Privatleben und Pressefreiheit: Rechtsvergleichung par ordre de Strasbourg, AfP 2004, S. 417 (419).

Bei privaten Handlungen in der Öffentlichkeit ist im Einzelfall zu untersuchen, ob ein überwiegendes berechtigtes Informationsinteresse der Allgemeinheit an der Bildnisveröffentlichung besteht.¹⁴¹

Eine Bildberichterstattung über private Tätigkeiten eines Politikers/einer Politikerin kann ausnahmsweise zulässig sein, wenn diese der demokratischen Transparenz und Kontrolle dient oder die Person den Bürgern Leitbild- oder Kontrastfunktion bieten kann.¹⁴²

Zwar wird W auf dem Ursprungsbildnis im Urlaub, fern seines Berufslebens, gezeigt, allerdings geht es in der öffentlichen Debatte um W gerade auch um Urlaubsreisen, die er kostenlos in Ferienhäusern bestimmter Manager verbracht hat, sodass das Ursprungsbildnis einen aktuellen Kontextbezug aufweist.

¹⁴¹ Dieter Dörr/Rolf Schwartmann, Medienrecht, 2010, Rn. 316.

¹⁴² BGH vom 24.06.2008, GRUR 2008, 1017 (1019).

Ferner ist daran zu denken, dass Z ihrer satirischen Darstellung ein neutraleres Bildnis des W hätte zu Grunde legen können. Es würde jedoch nicht die gleiche Wirkung erzielt. Als Abgeordneter genießt W eine gewisse Leitbildfunktion, die es von ihm zu wahren gilt. Ziel der Darstellung ist es, der Öffentlichkeit die im Falle des W nicht bestehende Leitbildfunktion – nach Meinung der Z – anhand der aktuellen Gegebenheiten zu verdeutlichen.

Das Interesse der Öffentlichkeit überwiegt. W ist nicht in seiner Privatsphäre verletzt und kann kein entgegenstehendes Interesse i. S. d. § 23 II KUG geltend machen.

6. Ergebnis

W hat keinen Anspruch auf Unterlassung der erneuten Veröffentlichung des verfremdeten Fotos aus § 1004 I 2 BGB analog, § 823 I, II BGB i. V. m. §§ 22, 23 KUG, Art. 2 I i. V. m. 1 I GG.

Olaf Muthorst*

Eigenbedarf der GbR

BGB § 573 Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann sich auf Eigenbedarf berufen.

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die eine Wohnung vermietet, kann den Mietvertrag wegen Eigenbedarfs eines Gesellschafters kündigen, auch wenn der Gesellschafter erst nach Abschluss des Mietvertrages in die Gesellschaft eingetreten ist.

BGH, Urteil vom 23.11.2011 – VIII ZR 74/11, NZG 2012, 67–69

Sachverhalt

Die Klägerin, die K-GbR, verlangt von der Beklagten (B) die Räumung einer Mietwohnung aufgrund einer Kündigung, die die K-GbR wegen Eigenbedarfs eines ihrer Gesellschafter, des G, erklärt hat. G war in die Gesellschaft 2004 eingetreten und in das Grundbuch eingetragen worden. B bewohnte diese Wohnung bereits seit 1981.

Problemaufriss

Wer zur Miete wohnt, verdient einen besonderen Schutz vor dem ungerechtfertigten Verlust seines Wohnraumes.¹ Ein unbefristeter Wohnraummietvertrag kann daher nur unter bestimmten Voraussetzungen durch den Vermieter gekündigt werden. Abgesehen von den Fällen der außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund (§§ 543, 569 BGB) muss der Vermieter ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses haben (§ 573 I 1 BGB). Ein berechtigtes Interesse liegt nach Absatz 2 Nr. 2 dieser Norm insbesondere dann vor, wenn der Vermieter die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt (sogenannter Eigenbedarf).

Der Wortlaut dieser Norm ist auf natürliche Personen zugeschnitten. Ist Vermieter aber eine juristische Person oder eine Personengesellschaft, ist eine Berufung auf Eigenbedarf zweifelhaft, denn nur natürliche Personen haben Wohnbedarf, haben Familienangehörige oder einen Haushalt. Deshalb fragt es sich, ob § 573 II Nr. 2 BGB auf eine GbR überhaupt anwendbar ist.

Bejaht man das, so wirft der Sachverhalt die weitere Frage auf, ob der Eigenbedarf eines Gesellschafters auch dann zur Kündigung durch die Gesellschaft berechtigt,

wenn der Gesellschafter erst nach Abschluss des Mietvertrages in die Gesellschaft eingetreten ist.

Zur Entscheidung

Der BGH bejaht beides. Zwar habe die GbR selbst keinen Eigenbedarf. Der Eigenbedarf des Gesellschafters sei der GbR aber zuzurechnen. Das wird damit begründet, dass andernfalls die GbR anders als die Vermietermehrheit behandelt werden würde. Bei einer Vermietermehrheit (mehrere Personen treten als Vermieter auf) ist § 573 II Nr. 2 BGB aber unzweifelhaft auf jeden Vermieter anwendbar, d. h. die Vermietermehrheit ist zur Kündigung aus § 573 I 1, II Nr. 2 BGB berechtigt, wenn einer der Vermieter Eigenbedarf i. S. v. § 573 II Nr. 2 BGB geltend machen kann. Eine unterschiedliche Behandlung von Vermietermehrheit und GbR wäre aber nicht sachgerecht, „denn es hängt oft vom Zufall ab, ob eine Personenmehrheit dem Mieter eine Wohnung als Gemeinschaft oder als GbR vermietet“². Dass eine unterschiedliche Behandlung nicht sachgerecht wäre, liegt entscheidend daran, dass sich Vermietermehrheit und GbR allein dadurch unterscheiden, dass letztere rechtsfähig ist (so dass nur ein Rechtssubjekt als Vermieter auftritt, nämlich die GbR), während die schlichte Personenmehrheit nicht rechtsfähig ist, so dass es zu einer Vermietermehrheit kommt. Ob die Vermieterseite rechtsfähig ist oder nicht, kann aber nicht über die Intensität des Mieterschutzes entscheiden. In methodischer Hinsicht fällt auf, dass der BGH nicht näher begründet, aus welcher Norm sich die Zurechnung des Eigenbedarfs ergibt.³ Eine eigene Zurechnungsnorm ist auch nicht ersichtlich. Entnimmt man § 573 II Nr. 2 BGB im Wege der Auslegung die Wertung, der Eigenbedarf der Gesellschafter sei der Gesellschaft zuzurechnen,⁴ ist das letztlich eine analoge Anwendung der Norm: Zum Kreis der von § 573 II Nr. 2 BGB erfassten Personen, deren Wohnbedarf die Kündigung rechtfertigt, werden die Gesellschafter des Vermieters, der eine GbR ist, hinzugefügt.

Eine solche Zufälligkeit der rechtlichen Verfassung auf Vermieterseite besteht hingegen nicht, wenn Vermieter eine Personenhandelsgesellschaft, also eine OHG oder KG, ist. Diese Gesellschaften entstehen aufgrund viel-

² BGH vom 23.11.2011, NZG 2012, 67 (69, Tz. 23); auch bereits BGH vom 27.06.2007, NJW 2007, 2845 (2846, Tz. 15).

³ Siehe BGH vom 27.06.2007, NJW 2007, 2845 (2846, Tz. 15).

⁴ Florian Jacoby, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Mietvertragspartei, ZMR 2001, S. 410 (412).

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

¹ Vgl. BVerfG vom 08.01.1985, BVerfGE 68, 361–375.

schichtiger wirtschaftlicher, steuer- und haftungsrechtlicher Entscheidungen. Deshalb muss sich der Mieter, der von einer Personenhandelsgesellschaft mietet, Eigenbedarf der Gesellschafter nicht entgegenhalten lassen, sondern er kann sich darauf berufen, dass Vermieter (Gesellschaft) und Gesellschafter unterschiedliche Rechtssubjekte sind, zwischen denen keine Zurechnung stattfindet.⁵

Hinsichtlich der zeitlichen Komponente hat sich der BGH, indem er auch den Eigenbedarf des nachträglich eingetretenen Gesellschafters als berechtigtes Interesse ansieht, von einem älteren obiter dictum⁶ entfernt. Wie-

⁵ BGH vom 15.12.2010, NJW 2011, 993 (994, Tz. 11).

⁶ BGH vom 27.06.2007, NJW 2007, 2845 (2846, Tz. 17). Ebenso für Genossenschaft: BGH vom NJW-RR 2004, 12 (12f.). Die Abkehr hat

derum ist die Gleichbehandlung von GbR und Vermie- termehrheit ausschlaggebend: Für den Mieter bestehe auch bei einer Bruchteilsgemeinschaft auf Vermieter- seite die Gefahr, dem Eigenbedarf eines später hinzu- gekommenen Miteigentümers ausgesetzt zu sein. Dass die Vermieter eine GbR bilden, rechtfertige kein anderes Ergebnis,⁷ weil sich beide Konstellationen nur darin un- terscheiden, dass die GbR rechtsfähig ist, die schlichte Personenmehrheit nicht.

sich bereits angedeutet in BGH vom 16.07.2009, NJW 2009, 2738 (2738, Tz. 15). Im Einzelfall kann sich aus dem Eigenbedarf des Gesellschaf- ters einer Personenhandelsgesellschaft aber ein „artverwandtes“ Inter- esse der Gesellschaft ergeben, das ihre Kündigung nach § 573 I 1 BGB rechtfertigt, vgl. BGH vom 23.05.2007, NJW-RR 2007, 1460 (1461) und zuletzt BGH vom 09.05.2012, NZM 2012, 501 (502).

⁷ BGH vom 23.11.2011, NZG 2012, 67 (69, Tz. 23).

Olaf Muthorst*

Haftung bei polizeilicher Verfolgungsfahrt

BGB § 823 Der Flüchtige haftet bei vorwerfbarer Herausforderung zur selbstverletzenden Fluchtbeendigung.

Wer sich einer polizeilichen Festnahme durch Flucht zu entziehen versucht, haftet für den Sachschaden, der am ihn zum Halten zwingenden Polizeiwagen entsteht, wenn dieser Schaden auf der gesteigerten Gefahrenlage beruht und die Risiken der Verfolgung nicht außer Verhältnis zu deren Zweck standen.

BGH, Urteil vom 31.01.2012 – VI ZR 43/11, NJW 2012, 1951–1953

Sachverhalt

Im Rahmen einer Verkehrskontrolle sollte F, Fahrer eines VW Golf, kontrolliert werden. Er entzog sich der Kontrolle zunächst durch Flucht und verletzte dabei eine Polizeibeamtin. Auf der Autobahn fuhr er, von der Polizei des Landes H verfolgt, mit 180–200 km/h, auch auf dem Standstreifen. Um den Flüchtigen zu stoppen, bremste die Polizei den Verkehr durch langsam fahrende Polizeiwagen und einen Lkw. F versuchte, zwischen zwei

Polizeiwagen hindurchzufahren, wurde dabei aber von dem P mit dessen Polizeiwagen von hinten gerammt und dadurch gestoppt. H verlangt von F Schadensersatz aus § 823 I BGB wegen dieses Schadens. Zu Recht?

Problemaufriss

Gefragt ist nach einem Anspruch aus § 823 I BGB. Das sei deshalb betont, weil auch andere Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen: Absatz 2 dieser Norm i. V. m. §§ 303 I, 315b StGB, aber auch die Gefährdungshaftung nach §§ 7 und 18 StVG. Fraglich ist auch die Anwendbarkeit von § 115 I 1 Nr. 1 VVG. Um all dies soll es hier nicht gehen.

Nach § 823 I BGB ist, wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB sind also: (1) Verletzung eines geschützten Rechts (2) Handlung des Schuldners (3) haftungsbegründen-

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

de Kausalität der Handlung für die Rechtsgutsverletzung (4) Rechtswidrigkeit und Verschulden (5) Schaden (6) haftungsausfüllende Kausalität der Rechtsgutverletzung für den Schaden.¹

Eigentum des H ist verletzt. Dafür war auch eine Handlung des F ursächlich, nämlich sein Versuch, sich durch die Fluchtfahrt der Verkehrskontrolle zu entziehen. Das genügt aber nicht. Denn ließe man jedes Verhalten ausreichen, ohne das es nicht zur Rechtsgutsverletzung gekommen wäre (äquivalente Kausalität im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel), wären auch ganz entfernt liegende Schadensursachen zurechenbar. Haftungsbe gründende Kausalität richtet sich daher nach der *Adäquanz* bzw. nach der *Lehre vom Normzweck*: Es kommt darauf an, ob es nur aufgrund eines außerhalb jeder Lebenserfahrung liegenden Kausalverlaufs zur Rechtsgutsverletzung kam bzw. ob § 823 I BGB den Schutz des Geschädigten vor der konkreten Verletzungshandlung bezweckt.² Deshalb stellt sich die Frage, ob die haftungs begründende Kausalität bejaht werden kann, obwohl es der P war, der, um den F zu stoppen, den Zusammenstoß und damit die Eigentumsverletzung herbeigeführt hat.

Zur Entscheidung

Der BGH bejaht das. Den Anknüpfungspunkt sieht er in ständiger Rechtsprechung³ in der Herausforderung zu selbstgefährdendem Verhalten. Erfolgt sie durch vorwerfbares Tun und beruht der Willensentschluss des Herausgeforderten auf einer mindestens im Ansatz billigen Motivation, ist der Schaden zu ersetzen, der infolge des durch die Herausforderung gesteigerten Risikos entstanden ist.⁴ Die Zurechnung setzt demnach dreierlei voraus: In objektiver Hinsicht muss der in Anspruch Genommene den Anlass für die Selbstgefährdung gegeben haben. Daran würde es fehlen, wenn es überhaupt keinen Grund für das selbstgefährdende Verhalten gab oder wenn das vom Geschädigten eingegangene Risiko unverhältnismäßig war gegenüber dem Ziel, zu dem er sich herausgefordert fühlen durfte.⁵ Ferner muss sich in der Rechtsgutsverletzung das in der Selbstgefährdung liegende, gesteigerte Risiko verwirklicht haben.⁶ In subjektiver Hinsicht ist erforderlich, dass der in Anspruch Genommene mit dem selbstgefährdenden Verhalten

rechnen musste und dass er voraussehen konnte, es werde zu einer Rechtsgutsverletzung kommen.⁷

Übertragen auf die Situation der Fluchtfahrt bedeutet das: Die Eigentumsverletzung ist F zuzurechnen, wenn sich P zur Kollisionsherbeiführung herausgefordert fühlen durfte, weil die Risiken der Verfolgung und der Beendigung der Flucht nicht außer Verhältnis zu dem Ziel der Ergreifung des Fliehenden standen, und wenn F damit rechnen musste, dass P die Flucht durch eine Kollision unter Inkaufnahme von Sachschäden beenden werde.⁸

Beides liegt unzweifelhaft vor. F hatte sich einer Verkehrskontrolle entzogen, dabei eine Polizeibeamtin verletzt und sich mit der Polizei eine wilde Verfolgungsjagd geliefert. Schon zum Schutz unbeteiligter Verkehrsteilnehmer/innen „stand die Entscheidung, die Flucht durch eine Kollision mit dem Fluchtfahrzeug auf die erfolgte Art zu beenden, nicht außer Verhältnis zu dem Ziel der Beendigung der Flucht und der Ergreifung des Fliehenden.“⁹ Bei einer solchen Verfolgungsjagd ist es auch nicht fernliegend, dass die Polizei Schäden an Polizeifahrzeugen in Kauf nimmt, um den Flüchtenden zu stoppen und Schlimmeres zu verhindern, so dass auch die subjektiven Voraussetzungen vorliegen.¹⁰

So sehr das Ergebnis auf der Hand liegt, so sehr erstaunt doch der Bruch bei der Formulierung des Obersatzes. Der BGH geht von der Herausforderung zur Selbstgefährdung aus und bezieht sie auf die Verfolgerschäden: Wer Anlass dazu gibt, von der Polizei verfolgt zu werden, muss für Schäden haften, die die Verfolger/innen infolge der durch die Verfolgung gesteigerten Gefahrenlage erlitten haben. Im vorliegenden Fall geht es aber nicht darum, dass sich die gesteigerte Gefahr realisiert hätte, die eine polizeiliche Verfolgungsjagd mit sich bringt, sondern darum, dass sich die Polizei entschlossen hat, den F unter Aufopferung der Sachsubstanz des Fahrzeugs zu stoppen. Es geht also um Herausforderung nicht zur Selbstgefährdung, sondern zur Selbstschädigung. Der Maßstab kann allerdings kein anderer sein: Ob F die Selbstschädigung des H (durch P) zugerechnet werden kann, hängt davon ab, ob F das selbstschädigende Verhalten auf vorwerfbarer Weise herausgefordert hat.¹¹

¹ Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 108.

² Florian Jacoby/Michael von Hinden, StudKommBGB, 13. Aufl. 2011, § 823 Rn. 20. Zur Adäquanz BGH vom 16.04.2002, NJW 2002, 2232 (2233); zum Schutzzweck Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 195 ff.

³ BGH vom 24.03.1964, BGHZ 57, 25 (28 ff.); BGH vom 21.02.1978, BGHZ 70, 374 (376); BGH vom 12.03.1996, BGHZ 132, 164 (166).

⁴ BGH vom 31.01.2012, NJW 2012, 1951 (1952, Tz. 8 m. w. N.).

⁵ Vgl. BGH vom 31.01.2012, NJW 2012, 1951 (1952, Tz. 11).

⁶ Vgl. BGH vom 31.01.2012, NJW 2012, 1951 (1952, Tz. 8).

⁷ Vgl. BGH vom 31.01.2012, NJW 2012, 1951 (1953, Tz. 14).

⁸ BGH vom 31.01.2012, NJW 2012, 1951 (1952 f., Tz. 11 und 14). Bedenkenswerte Kritik bei Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 202.

⁹ BGH vom 31.01.2012, NJW 2012, 1951 (1952, Tz. 12).

¹⁰ BGH vom 31.01.2012, NJW 2012, 1951 (1952, Tz. 15 a. E.).

¹¹ Vgl. BGH vom 16.04.2002, NJW 2002, 2232 (2233).

Stefanie Kemme*

Totschlag durch Unterlassen: Nichtabwendung einer Gefahr

StGB §§ 212 I, 13 I Nichtabwendung einer Gefahr bei der Einnahme eines Reinigungsmittels

Die Nichtabwendung einer Gefahr aus der von einem Garanten eröffneten Gefahrenquelle ist dann strafbar, wenn eine nahe liegende Möglichkeit begründet wurde, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können, und wenn diese auf Grund der Gefahr auch tatsächlich verletzt worden sind.

BGH, Urteil vom 21.12.2011 – 2 StR 295/11, NStZ 2012, 319–320

Sachverhalt

Der Angeklagte A war seit dem Jahre 2006 mit der Geschädigten G befreundet. Es entstand eine intime Beziehung, in der sich A dominant zeigte, während ihm G „in Hörigkeit und Liebe“ zugetan war. Auch nach einer Trennung und der Verlobung des A mit einer anderen Frau hielten sie Kontakt. Zu einem Treffen nahm A eine Flasche „Cleanmagic“ mit. Dabei handelte es sich um ein Reinigungsmittel mit dem Wirkstoff Gamma-Butyrolacton (GBL). A benutzte es sehr vorsichtig in genau dosierten Mengen als Drogensatz. Er hatte auch G angeboten, dieses Mittel zu konsumieren, was aber nicht erfolgt war. G wusste von der Gefährlichkeit des Mittels, ohne ebenso eingehend wie A darüber informiert zu sein. A stellte die Flasche „Cleanmagic“ im Zimmer der G auf den Wohnzimmertisch. Das Paar verbrachte in den folgenden Tagen die meiste Zeit in diesem Zimmer und war mehrfach täglich miteinander intim.

G hoffte wieder auf eine gemeinsame Zukunft, A erklärte ihr jedoch, bei seiner Verlobten bleiben zu wollen. G war darüber tief enttäuscht und nahm aus einem spontanen Entschluss heraus die Flasche „Cleanmagic“, mischte deren Inhalt mit einem anderen Getränk und trank die Hälfte der Mischung, darunter 15 bis 25 Milliliter des Reinigungsmittels. Bereits 6 bis 7 Milliliter bewirken bei einer Person von ihrer Statur Bewusstlosigkeit, Verflachung der Atmung und Atemstillstand. A, der am Computer saß, hatte dies wahrgenommen. Er erkannte an der verbleibenden Restmenge „Cleanmagic“ die erhebliche Dosis. Er wusste um die schnelle Resorption und die Lebensgefährlichkeit des Mittels. Er forderte G auf, sich zu übergeben. Diese erbrach aber erst 5 Minuten nach dem Verschlucken des Reinigungsmittels einen Teil der Flüssigkeit und verfiel in Bewusstlosigkeit. A suchte im Internet nach Informationen über Gegenmaßnahmen, unterließ es aber, notärztliche Hilfe zu rufen, und nahm dabei den Tod der G in Kauf. Nachdem er die Wohnung verlassen hatte, entdeckte eine Mitbewohne-

rin die leblose G und rief den Notarzt, der G aber nicht mehr retten konnte.

Die Entscheidung

Das LG verurteilte den A wegen Totschlags durch Unterlassen zu einer Freiheitsstrafe von 7 Jahren. Hiergegen richtete sich seine auf die Sachbeschwerde gestützte Revision. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg. Der BGH stellte fest, dass die Nichtabwendung einer Gefahr aus der vom Garanten eröffneten Gefahrenquelle dann strafbar ist, wenn eine nahe liegende Möglichkeit begründet wird, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können.¹ Dabei stützt der BGH sich darauf, dass A zum einen durch das Abstellen der Flasche mit dem Reinigungsmittel „Cleanmagic“ auf dem Wohnzimmertisch eine erhebliche Gefahrenquelle geschaffen habe. Zum anderen habe ein früheres Angebot des A vorgelegen, die Substanz als Droge zu konsumieren, weshalb er um die nahe liegende Möglichkeit wusste, dass die G davon trinken würde.

Gemäß § 13 StGB ist eine Person, die nicht handelt, dennoch strafbar, wenn sie rechtlich für die Abwendung des Erfolgs einzustehen hat. Nach der Rechtsprechung kann die Garantenstellung auf Gesetz, Vertrag, vorangegangenen gefährdendem Tun (Ingerenz) oder auf enger Lebensgemeinschaft beruhen.² Die Lehre hat eine am Entstehungsgrund orientierte Einteilung aufgegeben und unterteilt nach materiellen Funktionskriterien in Beschützer- und Überwachergarant/innen.³ Dabei übernehmen Beschützer/innen Obhutspflichten zum Schutz konkreter Rechtsgüter und Überwacher/innen Sicherungspflichten zur Überwachung von Gefahrenquellen. Vorliegend stellt der BGH auf die Sicherungspflicht des A als Überwachergarant aus der Verantwortlichkeit für die Gefahrenquelle der Flasche „Cleanmagic“ ab. Nach ständiger Rechtsprechung hat jede/r, der/die Gefahrenquellen schafft oder unterhält, die nach Lage der Verhältnisse erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen zu treffen.⁴

* Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität Hamburg.

1 BGH vom 21.12.2011, NStZ 2012, 319 (320).

2 Michael Heuchemer, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, 19. Aufl. 2012, § 13 Rn. 34.

3 Walter Stree/Nikolaus Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn. 9; Kristian Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 13 Rn. 12; Wolfgang Wohlers, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl. 2010, § 13 Rn. 32.

4 BGH vom 13.11.2008, NStZ 2009, 146 (147).

Kritik

Diese Sicherungspflicht wird nicht bereits durch jede bloß theoretische Möglichkeit einer Gefährdung ausgelöst.⁵ Daher kann es für die Begründung der Garantenpflicht weder genügen, dass eine Substanz gefährlich ist, noch dass sie in Reichweite einer anderen Person abgestellt wird.⁶ Der/die Täter/in muss trotz der Möglichkeit, den akuten Gefahrenzustand zu beseitigen, dies pflichtwidrig unterlassen haben.⁷ So hält Oglakcioglu den Weg des BGH gangbar, die missbräuchliche Zweckwidmung des „Cleanmagic“ durch den Vorschlag, es als Droge zu probieren, ohne dabei Dosierungsgefahren näher zu erläutern, als pflichtwidriges Vorverhalten des A zu betrachten.⁸ Der BGH konstatiert, eine Handlungspflicht sei für A in dem Augenblick begründet worden, in dem er wahrnahm, dass G tatsächlich von dem Reinigungsmittel trank.⁹ Murmann merkt hingegen an, das Angebot habe nichts mit dem Entschluss der G zu tun, eine lebensgefährdende Menge zu konsumieren.¹⁰ Zweifelhafte ist demnach also schon, ob aus der Begründung des BGH auf eine Verkehrssicherungspflicht und eine hinzutretende Garantenstellung aus Ingerenz geschlossen werden kann. Um diese Pflicht anzunehmen, hätte besser die nahe liegende Möglichkeit der Rechtsgutsverletzung mit der komplizierten Beziehungssituation und „der Verzweiflung der G auf Grund der vorangegangenen Trennung“¹¹ begründet werden sollen.

Auf der Ebene des Zurechnungszusammenhangs musste vom BGH zudem geklärt werden, ob dieser dadurch unterbrochen sein könnte, dass die Geschädigte eigenverantwortlich handelte. LG und BGH verneinen einen freiverantwortlichen Suizid. Dem Trinken des Reinigungsmittels habe kein ernstlicher Selbsttötungsentschluss zu Grunde gelegen.¹² Obwohl auch eine freiverantwortliche Selbstgefährdung zu untersuchen gew-

sen wäre, verliert der BGH hierzu kein Wort. Dabei wird vertreten, dass straflose Tatbeiträge an einer freiverantwortlichen Selbsttötung erst recht nicht bei einer bloßen Mitwirkung an einer freiverantwortlichen bewussten Selbstgefährdung als vorsätzliche oder fahrlässige Tötung oder Körperverletzung bestraft werden können, wenn sich infolge der Selbstgefährdung das Verletzungs- und Todesrisiko realisiert.¹³ Wer lediglich eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, macht sich nicht strafbar. Die Freiverantwortlichkeit setzt voraus, dass die/der sich selbst Gefährdende das Risiko erfasst;¹⁴ es setzt aber nicht volle Einsicht in das Risiko voraus, da es zur Freiheit der Person gehört, ein Risiko einzugehen, dessen Tragweite nicht ganz eingeschätzt werden kann.¹⁵ Vielmehr ist wohl bei nicht voller Einschätzungsmöglichkeit des Risikos seitens der/des Geschädigten davon auszugehen, dass sogar ein besonders hohes Risiko in Kauf genommen werden sollte.¹⁶

G ist das Risiko, sich selbst zu gefährden und möglicherweise sogar zu töten, bewusst eingegangen. Dass sie dabei möglicherweise auf eine Rettungshandlung des A vertraut hat und ihre Handlung bloß als „Hilfeschrei“ fungiert haben soll,¹⁷ kann die Eigenverantwortlichkeit ihrer Selbstgefährdung nicht aufheben. Eine Verantwortung des A für den Tod der Geschädigten ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines überlegenen Sachwissens, das grundsätzlich die Zurechnung des vom Opfer selbst bewirkten Todeseintritts zu rechtfertigen vermag.¹⁸ Denn die Geschädigte war sich selbst unter dem Umstand, dass der A besser informiert gewesen ist, der Gefährlichkeit ihrer Handlung bewusst.¹⁹ Sie nahm eigenverantwortlich das Reinigungsmittel zu sich, so dass der Auffassung des BGH, den A habe nach Eintritt der konkreten Lebensgefahr eine Verpflichtung zur Verhinderung des Todeseintritts getroffen, nicht zu folgen ist.

5 BGH vom 13.11.2008, NStZ 2009, 146 (147).

6 So auch Anmerkung Uwe Murmann, NStZ 2012, S. 387–389.

7 Walter Stree/Nikolaus Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn. 46.

8 Anmerkung Mustafa Temmuz Oglakcioglu, NStZ-RR 2012, 246 (246).

9 BGH vom 21.12.2011, NStZ 2012, S. 319 (320).

10 Anmerkung Uwe Murmann, NStZ 2012, S. 387–389.

11 Anmerkung Uwe Murmann, NStZ 2012, S. 387 (388).

12 BGH vom 21.12.2011, NStZ 2012, 319 (320).

13 Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl. 2012, § 8 Rn. 22; BGH vom 20.05.2003, NStZ 2003, 537 (538).

14 Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl. 2012, § 8 Rn. 23.

15 Anmerkung Uwe Murmann, NStZ 2012, S. 387–389.

16 Anmerkung Mustafa Temmuz Oglakcioglu, NStZ-RR 2012, S. 246 (247).

17 So Anmerkung Robin Smok, FD-StrafR 2012, 329516.

18 BGH vom 14.02.1984, NStZ 1984, 410 (411).

19 Anmerkung Uwe Murmann, NStZ 2012, S. 387 (389).

Stefanie Kemme*

Kollision eines Einkaufswagens mit einem parkenden Pkw als „Unfall im Straßenverkehr“

StGB § 142 I Nr. 1 Unfallflucht nach Kollision eines Einkaufswagens mit einem parkenden Pkw.

Ein Unfall im Straßenverkehr im Sinne des § 142 I Nr. 1 StGB liegt vor, wenn sich im Unfall die typischen Gefahren des Straßenverkehrs verwirklicht haben (straßenverkehrsspezifischer Gefahrezusammenhang). Dies ist dann anzunehmen, wenn auf einem Parkplatz ein Einkaufswagen infolge Unachtsamkeit weggrollt und mit einem geparkten Fahrzeug kollidiert.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.11.2011 – 1 RVS 62/11, NStZ-RR 2012, 326 = NZV 2012, 350–351

Sachverhalt

Der Angeklagte A suchte am 03.02.2009 mit einem Lkw ein Einkaufszentrum auf und begab sich nach den Einkäufen mit 2 Einkaufswagen zu dem auf dem Parkplatz abgestellten Lkw. Beim Ausladen eines der Einkaufswagen geriet der andere Einkaufswagen selbständig ins Rollen, prallte gegen das in einer gegenüberliegenden Parklücke abgestellte Fahrzeug Alfa Romeo des W und verursachte einen Sachschaden in Höhe von 1.496,78 €. Der A holte den Einkaufswagen zurück, obwohl er die Beschädigung des Pkw wahrgenommen hatte und verließ den Ort des Geschehens, um sich den Feststellungen zu entziehen.

Die Entscheidung

Das Amtsgericht verurteilte A wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort zu einer Geldstrafe von 40 Tagesstrafen und verhängte ein Fahrverbot von drei Monaten. Die Berufung des A hatte Erfolg und das LG Düsseldorf sprach den A am 06.05.2011 aus Rechtsgründen frei. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hob der Strafsenat des OLG Düsseldorf das Urteil des LG unter Rückverweisung auf. Das OLG entschied, dass die Kollision eines Einkaufswagens mit einem parkenden Pkw auf einem öffentlich zugänglichen Parkplatz als ein „Unfall im Straßenverkehr“ im Sinne des § 142 I Nr. 1 StGB anzusehen sei.

Für den Tatbestand des unerlaubten Entfernens vom Unfallort muss zunächst ein Unfall im Straßenverkehr vorliegen. Hierunter wird ein plötzliches, mindestens für einen Beteiligten ungewolltes Ereignis im öffentlichen Straßenverkehr verstanden, das zur Tötung oder Verlet-

zung eines Menschen oder zu einer nicht völlig belanglosen Sachbeschädigung führt und mit den typischen Verkehrsgefahren zusammenhängt.¹

Die herrschende Auffassung in der Rechtsprechung sieht diesen straßenverkehrstypischen Gefahrezusammenhang auch bei Zusammenstößen von Einkaufswagen² oder rollbaren Müllcontainern³ mit parkenden Pkws als verwirklicht an. Dies wird überwiegend auch in der Literatur vertreten, da ohne Bedeutung sei, wodurch der Schaden herbeigeführt wurde und folglich auch nicht allgemein für den Verkehr bestimmte Fahrzeuge wie Einkaufswagen ausreichend seien⁴ oder Verkehrsunfälle unter Fußgängern⁵. Das OLG Düsseldorf führt zum verkehrstypischen Unfallrisiko aus, dass unter Zugrundelegung der natürlichen Verkehrsauffassung Fahrzeuge auf einem öffentlich zugänglichen Parkplatz, auf dem auch Einkaufswagen bewegt werden, einer erhöhten Gefährdung durch wegrollende Einkaufswagen ausgesetzt seien. Einer typischen Situation des Straßenverkehrs seien auch parkende Fahrzeuge zuzurechnen.⁶

Das LG Düsseldorf vermochte dieser Ansicht nicht zu folgen, denn ein Schadensereignis wie das vorliegende sei schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kein „Unfall im Straßenverkehr“ i. S. d. § 142 I Nr. 1 StGB. Der Gesetzeswortlaut lege nahe, dass es für das Merkmal jedenfalls nicht ausreiche, wenn sich der Vorfall im öffentlichen Verkehrsraum ereigne, sondern dass die Vorgänge, die keinen Zusammenhang mit der Fortbewegung wenigstens eines der Beteiligten mittels eines Fahrzeugs aufweisen, vom Tatbestand auszunehmen sind.⁷ Entscheidend spreche auch der Schutzzweck der Norm gegen eine Einbeziehung derartiger Vorgänge. Die Feststellungsduldungspflicht stelle eine Besonderheit des Straßenverkehrsrechts dar. Außerhalb des Straßenverkehrs bestehe weder bei vorsätzlichem noch bei fahrläs-

¹ Michael Burmann, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 22. Aufl. 2012, § 142 Rn. 4; BGH vom 15.11.2001, NStZ 2002, 626 (627).

² OLG Koblenz vom 03.12.1992, MDR 1993, 366; OLG Stuttgart vom 10.12.1973, VRS 47, 15 (16); LG Bonn vom 25.09.1974, NJW 1975, 178.

³ LG Berlin vom 27.06.2006, NStZ 2007, 100.

⁴ Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 142 Rn. 17; Kristian Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 142 Rn. 6; Michael Burmann, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 22. Aufl. 2012, § 142 Rn. 4.

⁵ Ewald Terning, Anmerkung zu OLG Düsseldorf vom 11.11.2011, NZV 2012, S. 350 (351); Kristian Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 142 Rn. 6.

⁶ OLG Düsseldorf vom 11.11.2011, NStZ 2012, 326.

⁷ LG Düsseldorf vom 06.05.2011, NStZ-RR 2011, 355.

* Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität Hamburg.

sigem Verhalten eine strafrechtlich bewehrte Verpflichtung, am Ort des schädigenden Ereignisses zu verbleiben, obwohl außerhalb des Straßenverkehrs die Vermögensinteressen der/des Geschädigten in gleicher Weise berührt sein können.⁸

Auch in der Literatur wird zum Teil vertreten, dass zumindest auf der Seite einer/s Unfallbeteiligten ein Fahrzeug im Sinne der StVO beteiligt ist.⁹ Zopfs stellt darauf ab, ob Unfälle im ruhenden Verkehr noch als Teil der Fortbewegung begriffen werden können, etwa bei Beschädigung nebenstehender Fahrzeuge bei Fahrtantritt oder Fahrtende durch das Ein- oder Aussteigen.¹⁰ So kann auch die Beschädigung eines parkenden Fahrzeugs durch das Hinunterklappen der Bordwand¹¹ eines parkenden Lkw als Verkehrsunfall betrachtet werden, da der Schaden durch ein Fahrzeugteil selbst verursacht wird. Ein Verkehrsunfall soll aber verneint werden, wenn beim Be- oder Entladen ein Gegenstand von einem Lkw auf einen daneben stehenden Pkw fällt.¹²

Kritik

Während das LG den Begriff des „Unfalls im Straßenverkehr“ einzugrenzen versucht, folgt das OLG der ständigen weiten Begriffsbestimmung, die den Unfallbegriff von dem Problem des geschützten Feststellungsinteresses getrennt definiert. Zwar lässt sich die weite Auffassung unter den Wortlaut der Norm subsumieren, dies eröffnet jedoch Risiken. So konstatiert Weigend,¹³ die Gerichte hätten sich mit dem Kriterium der „verkehrstypischen Gefahr“ ein beliebig einsetzbares Utensil zur praktikablen – und im Ergebnis meist nachvollziehbaren – Einzelfallentscheidung geschaffen. „Eine verlässliche Prognose darüber, ob die Rechtsprechung bei einem gegebenen Geschehen, das sich nicht schon auf den ersten Blick unzweifelhaft als Verkehrsunfall darstellt, das Vorliegen einer ‚verkehrstypischen Gefahr‘ bejahen wird oder nicht, ist allerdings kaum noch möglich.“¹⁴

Um Widersprüche zu vermeiden und Rechtsklarheit zu schaffen, sollte bei der Bestimmung einer verkehrstypischen Gefahr auf den Schutzzweck der Norm und die Besonderheiten des Straßenverkehrs abgestellt werden. Die Anonymität und der Massencharakter des Straßenverkehrs, die Schnelligkeit der Fahrzeuge und deren Aktionsradius ermöglichen es, sich relativ einfach der zivilrechtlichen Haftung zu entziehen, so dass die „Fluchthemmschwelle“ niedriger ist als in Situationen außerhalb des Straßenverkehrs.¹⁵ Nur diese über das gewöhnliche Maß hinausgehende Gefahr rechtfertigt den strafrechtlichen Schutz. Konsequenz muss sein, dass ein Unfall im Straßenverkehr i. S. d. § 142 nur bei Beteiligung eines Fahrzeugs vorliegen kann.¹⁶ Die Formulierung des § 142 I Nr. 1 StGB „Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs und der Art seiner Beteiligung“ weist ebenfalls auf die Beteiligung eines Fahrzeugs hin.

Weitere Konsequenz ist, dass der Unfall aus einer Fortbewegung im Straßenverkehr erwächst.¹⁷ Danach hat also das Wegrollen eines Einkaufswagens, der selbst kein Fahrzeug darstellt, nichts mit den Besonderheiten und der Typizität des Straßenverkehrs zu tun.¹⁸ Das Be- und Entladen des Lkw kann nicht mehr als Teil der Fortbewegung im Straßenverkehr begriffen werden, so dass sich vorliegend lediglich die Gefahr der Verwendung eines rollenden Einkaufswagens verwirklicht hat.¹⁹ Zuletzt spricht hierfür auch die zivilgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, ob ein Schaden, den ein Einkaufswagen an einem parkenden Fahrzeug verursacht hat, von der Privat- oder von der Kfz-Haftpflicht zu tragen ist: Danach lässt sich ein straßenverkehrsrechtliches Risiko nicht feststellen, hingegen ein allgemeines Risiko.²⁰

Der hier unfallverursachende Transportvorgang steht zwar in einer Kausalbeziehung zum Straßenverkehr im weitesten Sinne,²¹ es hat sich in ihm aber kein straßenverkehrstypisches Risiko verwirklicht.

⁸ LG Düsseldorf vom 06.05.2011, NStZ-RR 2011, 355 (356).

⁹ Michael Heghmanns, Strafrecht für alle Semester – Besonderer Teil, 2009, Rn. 527; Wolfgang Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl. 2010, § 142 Rn. 39.

¹⁰ Jan Zopfs, in: MüKo, StGB, 2. Aufl. 2012, § 142 Rn. 34.

¹¹ OLG Stuttgart vom 30.04.1969, NJW 1969, 1726.

¹² AG Berlin-Tiergarten vom 16.07.2008, NJW 2008, 3728.

¹³ Thomas Weigend, Anmerkung zu BayObLG vom 13.04.1992, JR 1993, 115 (116).

¹⁴ Thomas Weigend, JR 1993, 115 (116).

¹⁵ Daniel Schnabl, Der Unfallbegriff des § 142 I StGB und die deliktische Planung, 2003, S. 12.

¹⁶ Michael Heghmanns, Strafrecht für alle Semester – Besonderer Teil 2009, Rn. 527; Wolfgang Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl. 2010, § 142 Rn. 39.

¹⁷ Jan Zopfs, in: MüKo, StGB, 2. Aufl. 2012, § 142 Rn. 34.

¹⁸ So auch Verena Holch, Anmerkung zu LG Düsseldorf vom 06.05.2011, FD-StrafR 2011, 321187.

¹⁹ Verena Holch, FD-StrafR 2011, 321187.

²⁰ LG Marburg vom 06.10.1993, NJW-RR 1994, 221 (222).

²¹ LG Düsseldorf vom 06.05.2011, NStZ-RR 2011, 355 (356).

Ulrike Lembke*

Sterbehilfe und Beschwerdebefugnis

Art. 8 EMRK Zu Rechtsbehelfen gegen die ablehnende Entscheidung einer Behörde, die notwendigen Medikamente für eine Selbsttötung zugänglich zu machen.

Die Weigerung der deutschen Gerichte, die Beschwerde eines Angehörigen gegen die ablehnende Entscheidung einer Behörde, die notwendigen Medikamente für eine Selbsttötung seiner schwerst kranken Ehefrau zugänglich zu machen, in der Sache zu prüfen, verstößt gegen seine Verfahrensrechte aus Artikel 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens).

EGMR, Urteil vom 19.07.2012 – Nr. 497/09 – Koch v. Germany (nicht rechtskräftig).

Der Sachverhalt

Die Ehefrau des Beschwerdeführers war nach einem Sturz im Jahr 2002 querschnittsgelähmt und komplett bewegungsunfähig. Sie konnte nur noch den Kopf bewegen, schlucken und mit Hilfe einer Trachealkanüle sehr mühsam sprechen. Trotz ihrer Lähmung hatte sie am ganzen Körper Schmerzempfindungen. Sie war auf künstliche Beatmung sowie ständige Betreuung durch Pflegepersonal angewiesen. Eine Besserung ihres Zustandes war ausgeschlossen. Daher beschloss sie, ihrem Leben ein Ende zu setzen. Im November 2004 beantragte sie beim Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte die Erlaubnis zum Erwerb einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital, um sich eine Selbsttötung zu Hause zu ermöglichen. Das Bundesinstitut lehnte den Antrag mit der Begründung ab, die Erlaubnis sei nach § 5 I Nr. 6 i. V. m. § 3 BtMG zu versagen, da ihr Suizidwille nicht mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar sei, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicher zu stellen. Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau legten Widerspruch gegen diese Entscheidung ein. Am 12.02.2005 nahm sich die Ehefrau des Beschwerdeführers mit Hilfe des Vereins *Dignitas* in der Schweiz das Leben.

Das Bundesinstitut wies den Widerspruch des Beschwerdeführers im März 2005 zurück, woraufhin dieser vor dem VG Köln Fortsetzungsfeststellungsklage erhob mit dem Antrag festzustellen, dass die ablehnende Entscheidung des Instituts und der Widerspruchsbescheid rechtswidrig waren. Das VG Köln lehnte die Klage als unzulässig ab. Das OVG Münster wies seine Berufung zurück. Das BVerfG nahm seine Verfassungsbeschwerde

nicht zur Entscheidung an. Der Beschwerdeführer legte dar, er sei als liebender Ehemann und fürsorglicher Betreuer durch die ablehnende Entscheidung selbst und unmittelbar in seinen Rechten aus Artikel 8 EMRK betroffen.

Die Entscheidungen der nationalen Gerichte

Das VG Köln wies die Fortsetzungsfeststellungsklage wegen mangelnder Klagebefugnis nach § 42 II VwGO als unzulässig ab.¹ Die in Ehe und Familie typischerweise vorzufindende emotionale Verbundenheit, Liebe und Solidarität begründe für sich keine rechtliche Betroffenheit, da sonst jede Rechtsverletzung einer/eines Partner/in zugleich eine einklagbare Beeinträchtigung der Rechte der/des Anderen bedeuten würde. Eine Geltendmachung der Rechte der Ehefrau sei nicht möglich, da kein Fall des postmortalen Persönlichkeitsschutzes vorliege. Überdies führte das Gericht *obiter dictum* aus, dass die ablehnende Entscheidung des Bundesinstituts auch rechtmäßig gewesen sei, denn die Absicht der Selbsttötung stehe den Zwecken des BtMG diametral entgegen.

Das OVG Münster stützte die Zurückweisung der Berufung darauf, dass der höchstpersönliche Charakter einer Entscheidung zur Selbsttötung auch bei einer noch so engen familiären Verbindung keinen Raum für Rechte Dritter lasse; der Kläger sei daher nicht selbst betroffen.² Das BVerfG verneinte die Beschwerdebefugnis, da der Beschwerdeführer sich nicht auf einen postmortalen Würdeschutz seiner Ehefrau berufen und als Rechtsnachfolger auch keine höchstpersönlichen Rechte seiner Ehefrau geltend machen könne.³

Die Entscheidung des EGMR

Der EGMR hat eine Entscheidung in der Sache im Hinblick darauf verweigert, dass unter den Mitgliedstaaten des Europarats kein Konsens bezüglich der Zulässigkeit der Beihilfe zur Selbsttötung besteht. In 36 von 42 Mitgliedstaaten ist jede Beihilfe zur Selbsttötung strafbar; in Schweden und Estland besteht keine Strafbarkeit, aber estnische Ärzt/innen dürfen keine Beihilfe leisten; nur in 4 von 36 Mitgliedstaaten (Schweiz, Belgien, Niederlande und Luxemburg) ist es Ärzt/innen unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, Medikamente zum Zweck der

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

1 VG Köln vom 21.02.2006, FamRZ 2006, 1673–1676.

2 OVG Münster vom 22.06.2007, NJW 2007, 3016–3017.

3 BVerfG vom 04.11.2008, NJW 2009, 979–980.

Selbsttötung zu verschreiben.⁴ Angesichts dessen besteht ein weiter Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten und die deutschen Gerichte waren befugt, materiell über den Anspruch des Beschwerdeführers zu entscheiden. (Allerdings konnte der EGMR bisher auch nicht *ausschließen*, dass Artikel 8 EMRK verletzt ist, wenn ein/e Beschwerdeführer/in durch das Gesetz gezwungen wird, einen aus ihrer/seiner Sicht unwürdigen und qualvollen Tod zu erleiden.⁵)

Daher beschränkte sich der EGMR auf die Frage, ob die deutschen Gerichte diese Entscheidung in der Sache unter Hinweis auf die mangelnde Klagebefugnis des Beschwerdeführers verweigern durften. Die Rechte aus Artikel 8 EMRK sind grundsätzlich nicht übertragbar und können nicht von engen Verwandten oder Erb/innen im Namen der verstorbenen Person geltend gemacht werden.⁶ Insofern war der Beschwerdeführer nicht beschwerdebefugt.

Der EGMR entschied aber, dass der Beschwerdeführer durch die ablehnende Entscheidung des Bundesinstituts selbst und unmittelbar in seinen Rechten aus Artikel 8 EMRK betroffen war und dass folglich auch die Weigerung der deutschen Gerichte, seine Rechtsbehelfe in der Sache zu prüfen, eine Verletzung von Artikel 8 EMRK darstellte. Der EGMR stellte dabei auf die engen Bindungen nach 25jähriger Ehe, die Begleitung der Ehefrau auf ihrem Leidensweg durch den Beschwerdeführer und den gemeinsam eingelegten Widerspruch sowie die daraus weiter verfolgten Rechtsbehelfe ab. Dies genügte dem Gericht, um angesichts der „außergewöhnlichen Umstände“ des Falles sowie des „allgemeinen Interesses“ an der Klärung der Ausgangsfrage die Beschwerdebefugnis zu bejahen.⁷ Der Eingriff durch die Weigerung der deutschen Gerichte, in der Sache zu entscheiden, könne auch nicht nach Art. 8 II EMRK gerechtfertigt werden.⁸

Würdigung

Die Entscheidung des EGMR ist offensichtlich von den „außergewöhnlichen Umständen“ des Einzelfalles beein-

flusst. Seine Zurückhaltung gerade in den Bereichen, in denen ein weiter Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten besteht, sollte nicht durch erhebliche Eingriffe in das nationale Rechtsschutzgefüge konterkariert werden. Würde aus der vorliegenden Entscheidung eine allgemeine Regel, könnten Partner/innen, Familienangehörige und vielleicht auch enge Freund/innen⁹ aus der Verbundenheit zu anderen Menschen eigene Rechtspositionen geltend machen und damit das System des Individualrechtsschutzes mit der Zugangshürde der rechtserheblichen persönlichen Betroffenheit auflösen.

Zugleich ist die Entscheidung des EGMR aber eine interessante Weiterentwicklung des europäischen Menschenrechtsschutzes. Sie ist hauptsächlich als eine Ablehnung der positiven Bestätigung eines Rechtes auf Sterbehilfe gelesen worden.¹⁰ Der EGMR hat hier aber auch die anerkannten Dimensionen der Menschenrechte erweitert, indem er einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Sachentscheidung durch die nationalen Gerichte aus Artikel 8 EMRK (und nicht etwa aus Artikel 13 EMRK) abgeleitet hat. Dies erinnert an die deutsche Diskussion zum „Grundrechtsschutz durch Verfahren“.¹¹ In seiner Entscheidung zum Hamburger Deichordnungsgesetz erwähnte das BVerfG erstmals einen „dem Grundrecht wesensmäßig zugehörigen Rechtsschutz“¹². Von dort aus wurde in Rechtsprechung wie Literatur die Verfahrensdimension der Grundrechte ausbuchstabiert und über ihre Herleitung, Selbständigkeit sowie Reichweite gestritten.¹³ Es darf mit Spannung erwartet werden, wie weit der EGMR den Menschenrechtsschutz durch Verfahren und im Verfahren noch entfalten wird – seine hier dargestellte Ausgangsposition ist allerdings keine allzu glückliche.

⁹ Denn ob die damit verbundene Ausweitung der Klagebefugnisse auf rechtlich anerkannte Beziehungen beschränkt bleiben könnte und nicht auf sehr enge faktische Bindungen ausgeweitet werden müsste, ist mehr als zweifelhaft.

¹⁰ Statt vieler <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/egmr-entscheid-vorstoss-fuer-aktive-sterbehilfe-gescheitert/6896120.html> (28.08.2012).

¹¹ Die Literatur ist unüberschaubar, vgl. statt vieler *Daniel Bergner*, Grundrechtsschutz durch Verfahren, 1998; *Miriam Meßling*, Grundrechtsschutz durch Gesetzgebungsverfahren, in: Hohmann-Dennhardt u. a. (Hg.), Grundrechte und Solidarität, FS Jaeger, 2011, S. 787–821; *Fritz Ossenbühl*, Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, in: Müller u. a. (Hg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, FS Eichenberger, 1982, S. 183–195.

¹² BVerfG vom 18.12.1968, BVerfGE 24, 376 (401).

¹³ Vgl. *Wolfram Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 392 ff.; *Frank Saliger*, Grundrechtsschutz durch Verfahren und Sterbehilfe, ARSP-Beiheft 1998, S. 101 (103 ff.).

⁴ EGMR vom 19.07.2012, Nr. 497/09 – *Koch v. Germany*, § 26.

⁵ EGMR vom 29.04.2002, Nr. 2346/02 – *Pretty v. Great Britain*, § 67; allerdings kann dieser Eingriff gerechtfertigt sein, vgl. ebd., §§ 68 ff.

⁶ EGMR vom 26.10.2000, Nr. 48335/99 – *Sanles Sanles v. Spain*, wobei das Gericht auch die Vermeidung von Popularklagen oder auf abstrakte Fragestellungen zielenden Rechtsbehelfen anführte.

⁷ EGMR vom 19.07.2012, Nr. 497/09 – *Koch v. Germany*, §§ 44–46. Diese zentralen Ausführungen sind doch außerordentlich knapp gehalten. Zuzustimmen ist dem Gericht allerdings darin, dass ein Abwarten der abschließenden Gerichtsentscheidung dem Ehepaar entgegen der Ansicht der Bundesregierung nicht zuzumuten gewesen wäre, vgl. ebd., § 47.

⁸ EGMR vom 19.07.2012, Nr. 497/09 – *Koch v. Germany*, §§ 65 ff.

Ulrike Lembke*

Einsatz der Bundeswehr im Innern

Art. 35 GG Zum Einsatz der Streitkräfte im Innern unter Verwendung spezifisch militärischer Waffen.

1. Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die Regelungen in §§ 13–15 Luftsicherheitsgesetz ergibt sich nicht aus Art. 35 II, III GG, sondern aus Art. 73 I Nr. 6 GG.

2. Art. 35 II, III GG schließen die Verwendung spezifisch militärischer Waffen bei Einsätzen der Streitkräfte nicht grundsätzlich aus, allerdings sind hierbei die strikten Begrenzungen durch Art. 87 a IV GG zu beachten. [abweichendes Sondervotum]

3. Der Streitkräfteeinsatz in Fällen des überregionalen Katastrophennotstandes nach Art. 35 III 1 GG ist, auch in Einzelfällen, nur auf Grund eines Beschlusses der Bundesregierung zulässig.

BVerfG, Plenarentscheidung vom 03.07.2012 – Az. 2 PBvU 1/11.

Die Entscheidung

Der Zweite Senat des BVerfG hatte im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle über die Verfassungsmäßigkeit von §§ 13–15 Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) zu entscheiden.¹ Dabei wollte er von Rechtsauffassungen des Ersten Senates abweichen, auf welche dieser seine Entscheidung zur Nichtigkeit von § 14 III LuftSiG (Ermächtigung zum Abschuss von gekaperten Flugzeugen)² gegründet hatte. Mit Beschluss vom 03.05.2011 legte der Zweite Senat dem Plenum des BVerfG drei Fragen zur Entscheidung vor: nach der Gesetzgebungszuständigkeit für §§ 13–15 LuftSiG, nach dem Einsatz der Bundeswehr im Innern unter Verwendung spezifisch militärischer Waffen und nach der Kompetenz für die Entscheidung über den Streitkräfteeinsatz in Fällen des überregionalen Katastrophennotstandes.

Das Plenum entschied, dass die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für §§ 13–15 LuftSiG sich nicht aus Art. 35 II, III GG ergibt. In Art. 35 II, III GG sei nur die gegenseitige Amtshilfe bei Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen geregelt, nicht aber eine Gesetzgebungskompetenz statuiert. Eine ungeschriebene Gesetzgebungsbefugnis des Bundes lehnte das Plenum insoweit ab. Die Zuständigkeit ergebe sich vielmehr aus Art. 73 I Nr. 6 GG, welcher die Bundeskom-

petenz für die Regelung des Luftverkehrs enthält. Als Annexkompetenz umfasse dies auch die Befugnis, Regelungen zur Abwehr solcher Gefahren zu erlassen, die gerade aus dem Luftverkehr herrühren.

Ferner entschied das Plenum, dass die Streitkräfte der Bundeswehr bei einem Einsatz im Innern nach Art. 35 II, III GG nicht auf polizeiliche Mittel beschränkt sind, sondern grundsätzlich auch spezifisch militärische Waffen verwenden dürfen. Diese Auslegung sei durch den Wortlaut gedeckt, entspreche dem Regelungszweck und sei auch durch die Gesetzgebungsgeschichte nicht widerlegt. Allerdings sei die Einsatzmöglichkeit selbst schon sehr eng zu verstehen, da Naturkatastrophen und besonders schwere Unglücksfälle nur Situationen von katastrophischem Ausmaß meinen könnten, womit nicht etwa jede Gefahrensituation erfasst sei, welche ein Land mittels seiner Polizei nicht zu beherrschen imstande sei. Insbesondere stellten Gefahren für Menschen und Sachen, die aus oder von einer demonstrierenden Menschenmenge drohen, keinen besonders schweren Unglücksfall i. S. v. Art. 35 II, III GG dar. Der Einsatz der Streitkräfte sei immer ultima ratio. Die Bekämpfung bewaffneter nicht-staatlicher Angreifer/innen richte sich ausschließlich nach Art. 87 a IV i. V. m. Art. 91 II 1 GG.

Schließlich entschied das Plenum, dass allein die Bundesregierung als Kollegialorgan über den Einsatz der Streitkräfte in Fällen des überregionalen Katastrophennotstandes entscheiden könne. Eine Eilkompetenz oder Ressortzuständigkeit des Bundesministeriums der Verteidigung bestehe nicht. Eine teleologische Verfassungsinterpretation, die vom bewusst und in Übereinstimmung mit der Systematik gewählten Wortlaut abweicht, verbiete sich angesichts der politisch hoch umstrittenen Materie von selbst.

Würdigung der Entscheidung

Die Entscheidung des Plenums des BVerfG befasst sich im Wesentlichen mit der Auslegung von Art. 35 II, III GG. Hier setzt auch die grundlegende Kritik an. In seinem Sondervotum wirft Richter Gaier dem Plenum vor, seine eigenen Vorgaben zur Verfassungsinterpretation zu missachten und sich damit faktisch als verfassungsändernder Gesetzgeber zu betätigen. Sollte dies zutreffend sein, so hat das BVerfG im erst fünften Plenarbeschluss seiner Geschichte die letzte Grenze³ über-

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

¹ BVerfG, 2 BvF 1/05.

² BVerfG vom 15.02.2006, BVerfGE 115, 118–166.

³ Der Titel der aktuellen kritischen Bilanz seiner Arbeit ist nicht zu-

schritten: Wenn sich in jahrzehntelanger Debatte keine verfassungsändernde Mehrheit des demokratisch gewählten Souveräns fand, um die Regelung in Art. 35 GG einer Revision in die eine oder andere Richtung zu unterziehen, sollte das BVerfG nicht – überdies unter Betonung seiner Texttreue – die eine der Positionen plötzlich aus dem Grundgesetz „herauslesen“.

Nach welchen Kriterien aber legt das BVerfG überhaupt die Verfassung aus? Und ist es vielleicht zur Verfassungsrechtsfortbildung befugt, so wie die Fachgerichte zur Fortbildung des einfachen Gesetzesrechts⁴ befugt sein sollen? Eine solche Befugnis des BVerfG erscheint geradezu abwegig, denn wie könnte es dann noch bestreiten, „politisches“ Gericht⁵ zu sein, anhand welchen festen Maßstabes würde es entscheiden⁶ und wozu bräuchte es das komplizierte Verfahren der Grundgesetzänderung, wenn Verfassungsrechtsfortbildung durch den „Hüter der Verfassung“⁷ möglich wäre? Das BVerfG gibt sich meist recht wortkarg bezüglich seiner Interpretationsmethoden und erweckt ferner den Eindruck, als seien diese keineswegs unabhängig vom Einzelfall.⁸

In der vorliegenden Entscheidung allerdings beruft es sich auf den klassischen Methodenkanon von Wortlaut, Systematik, Regelungszweck und gesetzgeberischer Intention anhand der Materialien, um zu begründen, warum Art. 35 GG die Verwendung spezifisch militärischer Waffen nicht ausschließt. Allerdings ist vielleicht schon die Frage nicht ganz zutreffend gestellt – es sollte doch eher darum gehen, dass Art. 35 GG die Verwendung spe-

zifisch militärischer Waffen einschließt – und die Feststellung, dass das BVerfG weder durch Wortlaut noch Systematik noch Gesetzesmaterialien *gezwungen* sei, zu einem anderen Ergebnis zu kommen, lässt doch aufhorchen. Wenn das BVerfG das Grundgesetz auslegt, sollte sein Erkenntnisinteresse darauf gerichtet sein zu erfahren, was der Verfassungsgeber regeln wollte, und nicht, ob die Absichten des verfassungsändernden Gesetzgebers seiner eigenen und viel schöneren Auffassung etwa entgegenstehen.

In seinem Sondervotum legt Richter Gaier überzeugend und quellengestützt dar, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber 1968 (Notstandsverfassung) eine klare Trennung wünschte zwischen dem Einsatz der Bundeswehr im Rahmen der Amtshilfe zur Gefahrenabwehr (Katastrophennotstand) und dem Einsatz gegen bewaffnete Aufständische im Innern (innerer Notstand). Dafür sprechen die umfangreichen Materialien ebenso wie die gewählte Systematik, welche beide Einsatzbereiche regelungstechnisch in Art. 35 GG und Art. 87a IV GG klar voneinander trennt. Eine weitergehende Zulassung des Einsatzes militärisch bewaffneter Einheiten der Streitkräfte im Inneren wäre zur Zeit der Notstandsgesetzgebung politisch nicht durchsetzbar gewesen⁹; die Bemühungen, das Grundgesetz nach dem 11. September 2001 entsprechend zu ändern, fanden ebenfalls keine verfassungsändernde Mehrheit¹⁰.

Nun hat das BVerfG durch „authentische“¹¹ Verfassungsinterpretation diese verfassungsändernde Mehrheit ersetzt. Nur wenig tröstet dabei, dass Ausschreitungen aus Versammlungen heraus keinesfalls von Art. 35 III GG erfasst sein sollen. Die Bemühungen des Plenums schließlich, die neue Befugnis zum bewaffneten Einsatz der Bundeswehr im Innern wieder einzufangen, indem „Situationen von katastrophischem Ausmaß“ oder die Figur der *ultima ratio* als Beschränkungen dienen sollen, können mit der Machtanmaßung des Gerichts nicht versöhnen, sondern illustrieren nur eine nächstniedere Stufe der handwerklichen Qualität seiner Entscheidung.

fällig gewählt: *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011.

⁴ Die Befugnis der Fachgerichte ist jedenfalls mangels Ermächtigungsgrundlage zu verneinen, vgl. *Ulrike Lembke*, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 257 ff.

⁵ Die Frage nach der „politischen“ Natur des Gerichts hat seine Tätigkeit von Beginn an begleitet, vgl. *Gerd Roellecke*, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit, 1961.

⁶ Es ist natürlich wenig zielführend, die Rechtsfortbildung durch das BVerfG schlicht zum Verfassungswandel, aber angesichts seiner guten Arbeit für unproblematisch zu erklären, so aber *Christian Walter*, Hüter oder Wandler der Verfassung?, AÖR 125 (2000), S. 517–550. Dies stärkt nur Vorstellungen vom „lebenden Recht“, deren Absurdität schon *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, 1912, S. 35 f., herausstellte. Zu Notwendigkeit und Grenzen eines Verständnisses der Verfassung als begrenzender Maßstab vgl. *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl. 2001, Rn. 493 ff.

⁷ Vgl. die spannende Kontroverse zwischen *Carl Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, 1931, und *Hans Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (1931), abgedruckt in: Klecatsky u. a. (Hg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule, 1968, S. 1873–1922.

⁸ Vgl. ausführlich *Matthias Jestaedt*, Und er bewegt sie doch! Der Wille des Verfassungsgesetzgebers in der verfassungsgerichtlichen Auslegung, in: Horn (Hg.), Recht im Pluralismus, FS Schmitt Glaeser, 2003, S. 267 (273 ff.).

⁹ Vgl. zur Diskussion vor 1968 *Volker Heinrich Lohse*, Der Entwurf 1967 der Notstandsverfassung und seine Vorläufer, ZgesStW 124 (1968), S. 369–402; umfassend zu den Regelungen *Daniel Esklony*, Das Recht des inneren Notstands, 2000.

¹⁰ Vgl. statt vieler *Tobias Linke*, Innere Sicherheit durch die Bundeswehr?, AÖR 129 (2004), S. 489–541; *Otto Schily*, Das Notstandsrecht des Grundgesetzes und die Herausforderungen der Zeit, EuGRZ 2005, S. 290–294.

¹¹ Ein altes Missverständnis. Wenn überhaupt, kann höchstens von „autoritativer“ Verfassungsinterpretation die Rede sein.

Peter Balzer/Stefan Kröll/Bernd Scholl: Die Schuldrechtsklausur

Von Fuluk Liu* und Daniel-Franco Valdini**

Jede juristische Klausurensammlung, die den Anspruch verfolgt für Anfänger/innen wie Fortgeschrittene gleichermaßen nützlich zu sein, muss einen schwierigen Spagat meistern. Zum einen muss sie verständlich formuliert sein, ohne dabei die regelkonforme Anwendung des Gutachtenstils zu vernachlässigen. Zum anderen wollen einfache Fallgestaltungen, die Anfänger/innen Grundstrukturen aufzeigen, mit komplexeren, die den Ansprüchen fortgeschrittener Studierender genügen, sinnvoll miteinander verknüpft werden. Dabei gilt es nachvollziehbare Ergebnisse zu entwickeln, die nicht nur einen einzelnen, vermeintlich einzig richtigen, Lösungsweg darstellen. Fallbücher, deren Lösungen schnell zwanzig maschinengeschriebene Seiten überschreiten, werden diesen Anforderungen kaum gerecht, da der für die Klausurenpraxis wichtige, kurze und prägnante Gutachtenstil hier zwangsläufig auf der Strecke bleibt. Bei solchen Fallsammlungen handelt es sich zumeist mehr um Lehr- als Fallbücher. Ebenso kritisch sind Fallbücher zu betrachten, die in ihrer Einfachheit den tatsächlichen Anforderungen der Klausuren im Studium nicht genügen. Sie gehen meist nicht über die einfache, aneinander gereichte Darstellung von Grundproblemen hinaus und erfüllen nicht die Kernaufgabe eines guten Übungsfalls: das bereichsübergreifende Verknüpfen von Wissen und dessen Anwendung auf unbekannte Fallgestaltungen. Letztendlich soll ein gutes Fallbuch einerseits keinen Lehrbuchersatz darstellen, aber andererseits die vorherige Lektüre eines guten Lehrbuchs voraussetzen dürfen, um eine umfassende Klausurschulung auf angemessenem Niveau zu ermöglichen.

Erfreulicherweise liegt mit dem Werk „Die Schuldrechtsklausur“ von Balzer, Kröll und Scholl, nunmehr in der dritten Auflage bei Springer erschienen, ein Fallbuch zu den vertraglichen Schuldverhältnissen vor, das im Großen und Ganzen den Bedürfnissen von Anfänger/innen genauso genügt wie denen von Fortgeschrittenen.

Zu Beginn finden sich von den Autoren verfasste Vorworte zu der aktuellen sowie zur ersten Auflage des Bu-

* Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsche und Nordische Rechtsgeschichte der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

** Wiss. Mitarbeiter am Seminar für ausländisches und internationales Privat- und Prozessrecht der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

Besprechung von Peter Balzer/Stefan Kröll/Bernd Scholl, Die Schuldrechtsklausur. Kernprobleme der vertraglichen Schuldverhältnisse in der Fallbearbeitung, 3., aktualisierte u. erw. Auflage – Berlin u. a.: Springer 2011 (Tutorium Jura), XVI, 365 S., brosch., Euro 19,95. ISBN: 978-3-642-16912-0.

ches. Hier werden dem Leser die mit diesem Fallbuch angestrebten Ziele verdeutlicht. In erster Linie sollen die Studierenden die Methodik der Fallbearbeitung lernen und ein Gespür für die Systematik des Gesetzes erhalten. Hierfür haben die Autoren mit den Fällen eine Sammlung verschiedener Fragestellungen erstellt, die nicht nur alle für das Studium relevanten Kernprobleme im besonderen Schuldrecht umfasst, sondern auch den Studierenden unbekanntere Themenbereiche, wie z. B. das Reisevertragsrecht (Fälle 25, 26) und das Pachtrecht (Fall 20), einbezieht. Eine solche Zusammenstellung ist positiv zu betrachten, da im Studium viele Probleme und Vertragsarten oft zu kurz kommen oder gänzlich ausgelassen werden. Ein weiteres Plus ist die das Buch begleitende Internetseite, auf der die Leser/innen Aktualisierungen und Korrekturen sowie weitere Fälle finden. Dort wird z. B. die aktuelle Rechtsprechung des EuGH vom 16.06.2011 zum bekannten „Fliesenfall“ dargelegt und darauf hingewiesen, dass die Lösung zu Fall 8 davon abweicht.

Das Buch umfasst 28 Ausgangsfälle, an die sich jeweils eine, zumeist aber mehrere Fallabwandlungen anschließen. Den Anforderungen der universitären Ausbildung entspricht es dabei, dass der Schwerpunkt auf den kaufrechtlichen Fallgestaltungen liegt (15 von 28 Fällen haben ausschließlich das Kaufrecht zum Gegenstand). Das ist sachgerecht, weil das Kaufrecht nicht nur den Schlüssel zum systematischen Verständnis des Mängelgewährleistungsrechts anderer vertraglicher Schuldverhältnisse bildet, sondern sich hier auch eine Mehrzahl der Probleme stellt, denen sich vor allem Anfänger/innen in den Scheinklausuren stellen müssen. Ausschließlich an fortgeschrittene Studierende und Examenskandidat/innen richten sich dahingegen die Fälle zum Leasing (Fall 19), zum Werklieferungsvertrag (Fall 24) und die Fälle zur Bürgschaft (Fälle 27 und 28). In diesen Klausuren weisen die Autoren zu Beginn der Falllösung auf den erhöhten Schwierigkeitsgrad hin. Studierende in den Anfangssemestern können diese Fallbearbeitungen als eine größere Herausforderung betrachten und sollten nicht an den eigenen Fähigkeiten zweifeln, wenn die eigenständige Lösung nicht oder nur sehr mühsam gelingt. Vielmehr erhalten sie hier einen guten Einblick in die bereichsübergreifende Falllösung auf Examensniveau.

Die Lösungen der Ausgangsfälle und Abwandlungen umfassen in der Regel jeweils ca. 15 Seiten, wobei die Autoren großzügig Absätze und Zwischenüberschriften aufgenommen haben. Letzteres kommt der Übersichtlichkeit der vorgeschlagenen Lösungen zugute. Die Lösungen selbst sind durchweg im Gutachtenstil gehalten. Andere als die vorgeschlagenen Lösungswege werden grundsätzlich auch angesprochen. Positiv fällt dabei auf, dass sich die Autoren nicht allein mit dem wenig hilfreichen Hinweis begnügen, dass eine andere Ansicht natürlich vertretbar sei. Vielmehr zeigen sie regelmäßig auf,

wie das Ergebnis weiterentwickelt werden müsste, wenn man sich an solchen „Schaltstellen“ für eine abweichende Lösung entscheidet. Die Problemschwerpunkte werden nahezu immer in einem angemessenen Umfang dargestellt und auf verständliche Art und Weise erklärt. Hier von wird nur in wenigen Fällen negativ abgewichen, wie z. B. in Fall 2, wo die Anforderungen an die Annahme eines Schutzgesetzes i. S. d. § 134 BGB zumindest dem Studierenden im 3. Semester noch nicht ganz deutlich werden dürfte. Bei wichtigen richterlichen Entscheidungen und Streitständen finden sich in Form von Fußnoten Hinweise auf aktuelle Urteile, Kommentare und Aufsätze, was im Vergleich zu anderen Fallbüchern lobend hervorzuheben ist.

Die für die Falllösung relevanten Probleme werden darüber hinaus anhand von Exkursen vertieft, die räumlich deutlich von der eigentlichen Lösung abgetrennt sind. So ist es möglich, sich zunächst auf die eigentliche Lösung zu konzentrieren und sich erst beim zweiten Durcharbeiten mit den Exkursen zu beschäftigen. Inhaltlich sind die Exkurse zumeist gelungen, wenn auch an mancher Stelle zu ausführlich (z. B. der Exkurs in Fall 7 unter Rn. 20). Daneben geben die Autoren auch kurze systematische Hinweise zu einzelnen Normenkomplexen. Zum Reisevertragsrecht findet sich sogar ein Kurzabriss über mögliche Klausurprobleme und über die Besonderheiten des Reiserechts.

Zuletzt werden am Ende des Buches einige, für die vertraglichen Schuldverhältnisse gängige Prüfungsschemata mit aufgenommen. Diese sind jedoch nicht besonders

erwähnenswert, denn allgemeine Prüfungsschemata für schuldrechtliche Ansprüche bieten auch andere Fall- und Lehrbücher. Zudem sind die Übersichten in diesem Buch zum Teil dem eigentlichen Sinn und Zweck einer Übersicht zuwider unübersichtlich geraten (so insbesondere die Übersicht 3 zum wichtigen Mängelgewährleistungsrecht im Kaufrecht, die aufgrund zahlreicher Pfeile und Verweise erst nach mehrmaligem Durchlesen in gewissem Maße hilfreich ist). Weiterhin sind die Übersichten nicht konsequent im Prüfungs-Dreischritt „Anspruch entstanden, Anspruch untergegangen, Anspruch durchsetzbar“, der sich durch die gesamte Falllösung zieht, gestaltet. Insgesamt kann daher auf die Lektüre der Prüfungsschemata und Übersichten getrost verzichtet werden.

Zusammenfassend ist das Fallbuch von Balzer, Kröll und Scholl als eine gute Hilfe zur Schulung der Klausurtechnik und Falllösung für Anfangs- und mittlere Semester zu beurteilen. Die im Buch enthaltenen Falllösungen sind nahezu ausnahmslos in einem sauberen Gutachtenstil gehalten (abweichendes Beispiel: Die Lösung zu Aufgabe 2 in Fall 16 besteht aus einem Absatz), verständlich formuliert und in ihrem Umfang einer realistischen Klausur angemessen. Den Autoren gelingt es, den relevanten Stoff der vertraglichen Schuldverhältnisse über die Lösung von Fällen auf einem den Anfangssemestern adäquaten Niveau zu vermitteln. Hierzu finden sich im gesamten Buch nur wenige Negativbeispiele (Bsp: zu oberflächlich: Fall 16 zur Schenkung; zu anspruchsvoll: Abwandlungen des Fall 24 zum Werkvertrag). Die Arbeit mit dieser Fallsammlung ist somit für jede Bearbeiterin und jeden Bearbeiter eine sinnvolle Vertiefung.

Tim Drygala/Marco Staake/Stephan Szalai: Kapitalgesellschaftsrecht

Von Florian Vogelsang*

Mit dem 2012 erschienenen Werk „Kapitalgesellschaftsrecht“ von Tim Drygala, Marco Staake und Stephan Szalai wird der Kanon der Lehrbücher zum Recht der Kapitalgesellschaften um ein weiteres ergänzt. Die Autoren

haben eine umfassende Darstellung des Kapitalgesellschaftsrecht geschaffen, die sich mit Blick auf Umfang, Dichte und Tiefe von den bekannten Kurzlehrbüchern deutlich abgrenzt und sich unter den etablierten „Klassikern“ umfassender Lehrbücher (zu nennen wäre insbesondere das Lehrbuch von Raiser und Veil) einreicht. Dem Autorenteam zufolge richtet sich das Buch denn auch an Studierende gerade im fortgeschrittenen Studium, insbesondere solche mit unternehmensrechtlichem Schwerpunkt, aber durchaus auch an Praxis und Wissenschaft.

Inhaltlich beginnen Drygala, Staake und Szalai mit einer Darstellung der Grundlagen des Kapitalgesellschaftsrechts (1. Teil). Diese umfasst nicht nur eine gelungene, insbesondere flüssig lesbare Erläuterung zu den Grundbegriffen, sondern auch einen Überblick über internationale Einflüsse im Kapitalgesellschaftsrecht. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den EU-rechtlichen Gesell-

* Wiss. Mitarbeiter an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg (Lehrstuhl Prof. Dr. Reinhard Bork). Besprechung von Tim Drygala/Marco Staake/Stephan Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts – Berlin, Heidelberg: Springer 2012, XXXV, 772 S., 7 Abb., brosch., Euro 34,95. ISBN: 978-3-642-17174-1.

schaftsformen (vorgestellt werden SE und, im Ausblick, SPE) und, für den studentischen Leserkreis besonders interessant, der relevanten Rechtsprechung des EuGH.

Das Herzstück des Buches bilden die Abschnitte über das Recht der GmbH (2. Teil) und der AG (3. Teil). Diese Schwerpunktsetzung entspricht nicht nur der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Rechtsformen, sondern dürfte auch für den Adressatenkreis des Buches, insbesondere die studentischen Leserinnen und Leser, interessengerecht sein. Inhaltlich bleiben hier kaum Wünsche offen: In strukturierter Weise wird das Recht von GmbH und AG dargelegt, einzelne besonders relevante Probleme werden vertieft dargestellt und Bezüge zu anderen Rechtsgebieten aufgezeigt.

Vervollständigt und abgerundet wird das Bild durch die Erläuterungen zur KGaA (4. Teil) und den Grundlagen zum Konzern- und Umwandlungsrecht (5. und 6. Teil). Auch hier gelingt es den Autoren, die Grundzüge des Konzern- und Umwandlungsrechts übersichtlich und verständlich zu skizzieren. Gerade für Leserinnen und Leser, die sich zum ersten Mal mit dieser Materie beschäftigen, ist die Lektüre dieser Abschnitte zu empfehlen.

Insgesamt vermag das Buch zu überzeugen: Den Autoren gelingt es, auch komplexe Probleme des Kapitalgesellschaftsrechts anschaulich darzustellen und den Stoff leserfreundlich aufzubereiten. Dabei hilft die übersichtliche Darstellung: So werden die wichtigen Schlagworte im Text hervorgehoben, zentrale Thesen und Merksätze grau hinterlegt, weiterführende und lediglich ergänzende Hinweise dagegen durch kleinere Schrift gekennzeichnet.

Als besonders gelungen dürfen dem Autorenteam ihre Darstellungen von Rechtsprechungslinien und Entwicklungstendenzen angerechnet werden: Zu ausgewählten

Problemen, etwa zur Sitz- und Gründungstheorie (§ 2 III 3), zum Eigenkapitalersatzrecht (§ 9 III) oder zur Existenzvernichtungshaftung (§ 10 II 2) zeichnen die Autoren die Entwicklung der Materie mit Blick auf die Rechtsprechung anschaulich nach und vermitteln so ein vertieftes Verständnis der Probleme. Gerade in diesem Punkt werden die Autoren ihrem Anspruch, die hinter bestimmten Problemen stehenden Interessenkonflikte der Praxis aufzuzeigen (so das Vorwort), gerecht. Ergänzt wird dieser Ansatz durch kleinere Beispiele, die die Autoren immer wieder einfließen lassen.

Nicht nur diese Beispiele, sondern auch die im Buch enthaltenen Prüfungsschemata machen das Buch für Studentinnen und Studenten interessant. Allerdings fehlen dem Buch ausführliche Falllösungen, die die Autoren in einem zur Begleitung gedachten Fallbuch nachliefern wollen. Zudem enthält das Werk weder ein Entscheidungs- noch ein Paragraphenregister. Das Stichwortverzeichnis, das auch einige der wichtigsten Entscheidungen angibt, ist zwar umfangreich, weist jedoch auch Lücken auf. Dies lässt sich allerdings verschmerzen, da sich die meisten Themenkomplexe aufgrund der übersichtlichen Struktur des Buches ohne größere Probleme finden lassen.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass das Buch seinem Anspruch als Einstiegs-, aber auch Nachschlagewerk umfassend gerecht wird. Gerade Studierenden mit unternehmensrechtlichem Schwerpunkt kann es uneingeschränkt empfohlen werden. Sofern die Autoren ihr Versprechen einlösen und ein begleitendes Fallbuch gleicher Qualität nachliefern, kann der Bereich des Kapitalgesellschaftsrechts mit diesen Begleitern leicht erschlossen werden. Interessant als Nachschlagewerk im Hinblick auf ausgewählte Probleme dürfte das Buch auch für Studierende etwa in der Examensvorbereitung sowie für die Praxis und Wissenschaft sein.

Florian Haase/Matthias Hofacker: Klausurenkurs im Internationalen und Europäischen Steuerrecht

Von *Olga Milanin**

Der Klausurenkurs der beiden Rechtsanwälte und Steuerberater Haase und Hofacker ist im Januar 2012 in 1. Auflage erschienen und befindet sich auf dem Rechtsstand September 2011. Er richtet sich überwiegend an Studierende der Rechtswissenschaften mit dem Schwer-

punkt Steuerrecht. Darüber hinaus erleichtert er Studierenden der Betriebswirtschaftslehre den Einstieg in das Rechtsgebiet und erklärt die Herangehensweise an eine juristische Falllösung. Die aktuelle Prüfungsordnung im Schwerpunktbereich IX („Öffentliche Finanzordnung und Steuerrecht“) der juristischen Fakultät der Universität Hamburg setzt Kenntnisse des Internationalen Steuerrechts in Grundzügen einschließlich der europarechtlichen Bezüge voraus, so dass diese Randgebiete nicht zu

* Wiss. Mitarbeiterin an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg (Lehrstuhl Prof. Dr. Jürgen Lüdicke). Besprechung von *Florian Haase/Matthias Hofacker*, Klausurenkurs im Internationalen und Europäischen Steuerrecht – Heidelberg: C.F. Müller 2012, XVI, 235 S., kart., Euro 27,95. ISBN: 978-3-8114-9881-5.

vernachlässigen sind, wenn auch der Schwerpunkt der Ausbildung auf dem nationalen Steuerrecht liegt.

Der Klausurenkurs ist in sechs Kapitel gegliedert. Das erste Kapitel erläutert die Arbeitsweise mit dem Buch und bereitet zugleich in fünf kürzeren Fällen die Grundlagen des Internationalen Steuerrechts auf. Diese Grundlagenfälle behandeln die unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht, die Betriebsstätte sowie die grenzüberschreitende Entnahme und Einlage von Wirtschaftsgütern. Die übrigen fünf Kapitel behandeln verschiedene Themen des Internationalen und Europäischen Steuerrechts in 16 Fällen, welche jeweils mit einer Gliederung und einer ausführlichen Musterlösung versehen sind. Abgedeckt werden dabei die Themen unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht, das Außensteuergesetz, das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen und schließlich in einem letzten Fall das Europäische Recht. Bei diesen 16 Fällen handelt es sich zum Teil um Originalklausuren, die an den Hochschulen gestellt wurden. Andere Fälle hingegen sind speziell für diese Fallsammlung entworfen worden (z. B. Fall 8) und dienen mehr dem „praktischen Verständnis“. Der Schwerpunkt der Falllösungen wurde von den Autoren auf die Darstellung materiellen Steuerrechts gelegt, um den Studierenden Aufbau- und Formulierungshilfen für die meist schriftlichen Leistungsprüfungen an die Hand zu geben.

Besonders hilfreich ist die Darstellung der Prüfungsreihenfolge von internationalen Steuerrechtsfällen. Dazu finden sich im ersten Kapitel, noch vor den Grundlagenfällen, zwei ausführlich gelöste Beispielsachverhalte, die sich an einem von den Autoren entwickelten Prüfungsschema orientieren und gutachterlich alle Punkte ansprechen. Der erste Beispielsfall (S. 6) eignet sich besonders gut dazu, in den Klausurenkurs einzusteigen, da er unter Nennung der gesetzlichen Grundlagen den Sachverhalt sauber und verständlich subsumiert. Gut ist die Empfehlung bei internationalen Sachverhalten, die auch mehr als zwei Staaten betreffen können, zum Zwecke der Übersichtlichkeit ein Schaubild anzufertigen, bevor man sich an die Lösung des Sachverhalts macht. Die Autoren bestücken den zweiten Beispielsfall (S. 15) mit einem solchen Schaubild, das für einige der anderen Fälle auch hilfreich wäre. Inhaltlich führt der zweite Beispielsfall jedoch schnell in die Untiefen des Rechts der Doppel-

besteuerungsabkommen und setzt bereits detailliertes Wissen über die einzelnen Artikel voraus.

Inhaltlich deckt der Klausurenkurs sowohl die einschlägigen nationalen Vorschriften inklusive des Außensteuergesetzes als auch das Abkommensrecht ab, ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Lediglich die Europäischen Grundfreiheiten kommen angesichts der Masse an EuGH-Urteilen etwas zu kurz, so dass die Studierenden sich eigenständig einen Überblick über die aktuelle Lage verschaffen sollten.

Der Klausurenkurs kann alleine sowie ergänzend zum Lehrbuch von Haase „Internationales und Europäisches Steuerrecht“ verwendet werden. Aufbau und Gliederung des Klausurenkurses sowie die thematische Schwerpunktsetzung der Fälle orientieren sich am besagten Lehrbuch. Das Grundwissen kann man sich aber ebenso gut anhand eines anderen Lehrbuchs aneignen. Vor jedem Fall finden sich Angaben zu dem im Schwerpunkt behandelten Gebiet des Steuerrechts. Dadurch wird eine gezielte Vorbereitung auf den konkreten Fall sowie die Einübung und Wiederholung bestimmter Rechtsgebiete ermöglicht. Allerdings ist der Klausurenkurs nicht für den Einstieg in die Thematik des Internationalen und Europäischen Steuerrechts geeignet, sondern setzt bereits entsprechende Kenntnisse voraus.

Der Leser/die Leserin sollte bei der Vorbereitung auf eine Examensprüfung mit dem Klausurenkurs unbedingt bedenken, dass ein Fall für sich noch nicht den Umfang einer (Examens-)Klausur ausmacht - zumal das Internationale Steuerrecht kaum alleiniger Prüfungsinhalt einer ganzen Examensklausur im Schwerpunktbereich sein wird.

Zusammenfassend kann man sagen: Die Thematik des Internationalen und Europäischen Steuerrechts lässt sich anhand des Klausurenkurses zwar nicht von Grund auf erlernen, denn die Autoren setzen bereits bei den Beispielsfällen solides Grundwissen voraus. Die Fälle bieten jedoch eine gute Wiederholung und Vertiefung auf dem Gebiet des Internationalen und Europäischen Steuerrechts und vermitteln insbesondere strukturierte Lösungs- und Formulierungsvorschläge im Rahmen von Originalsachverhalten von Examensklausuren. Damit ist der Klausurenkurs ein empfehlenswertes Kompendium von Fällen für Studierende im Schwerpunktbereich Steuern.

Impressum

HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN 2191-6543

2. Jahrgang – Heft 2 – November 2012

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
Julian Kanschik
Sophie Knebel
Ulrike Lembke
Olaf Muthorst
Sina Nienhaus
Wiebke Reuter
Tobias Schliemann
Martin Voelker
Nicole-Katharina Wiltschek

E-Mail: redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Vertrieb, Anzeigen & PR

Inga Kristin Rickert
Kamil Swietlik
Alexander Zyrewitz

E-Mail:
vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de
anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de

Verantwortlich für Anzeigen: Olaf Muthorst.

Internet

Christoph Greggersen
Inga Kristin Rickert
Pavel Usvatov
Alexander Zyrewitz

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:
Jun.-Prof. Dr. Ulrike Lembke (V.i.S.d.P.)
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.

Die Media Law Clinic hat dich angestupst!

Was ist eine Law Clinic?

Law Clinics sind studentische Rechtsberatungen, die im Rahmen des Studiums von Universitäten angeboten werden. Dabei beraten Jurastudenten kostenlos Mandanten, die sich aus den verschiedensten Gründen keinen Rechtsbeistand leisten können.

Was macht die Media Law Clinic?

Die gerade ins Leben gerufene Media Law Clinic des Lehrstuhls von Frau Prof. Marion Albers berät unter der Anleitung von auf Medien- und Internetrecht spezialisierten Anwälten in allen Fragen im Bereich Social Media und Web 2.0.

Wer kann mitmachen?

Bewerben können sich alle Jurastudenten ab dem 4. Semester per E-Mail. Vorkenntnisse im Rechtsgebiet sind nicht erforderlich. Selbstverständlich ist auch die Teilnahme von interessierten und motivierten Anwälten erwünscht, die Lust auf neue Erfahrungen und Sichtweisen haben.

Was bringt mir das?

Unabhängig davon, dass zurzeit eine Anrechnung der Tätigkeit im Studium diskutiert wird, stehen für teilnehmende Studenten die praktischen Erfahrungen im Vordergrund: Wo sonst im Studium kommt man von der Mandantenakquise bis zum endgültigen rechtlichen Rat so sehr mit der Praxis in Berührung? Ganz nebenbei lernt man viel über die rechtlichen Aspekte von Facebook, Twitter, Youtube & Co.

Mehr Informationen auf www.jura.uni-hamburg.de/medialawclinic.
Ansprechpartnerin ist die wissenschaftliche Mitarbeiterin Ina Knop.

Prof. Dr. Marion Albers

Lehrstuhl für öffentliches Recht,
Informations- und Kommunikationsrecht,
Gesundheitsrecht und Rechtstheorie.



web 2.0 stud. Rechtsberatung
Law Clinic

HANSEATISCH JURISTISCH

HAMBURGER
RECHTSNOTIZEN

WISSEN, WAS RECHT IST.

Preis: 4,50 € – ISSN 2191-6543