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

Peter Rawert*

Gabriel Riesser: Mensch, Jurist, Politiker

Am 22. April 1863, also vor 150 Jahren, starb in Hamburg Gabriel Riesser. Seit 1840 war er Notar gewesen, später Mitglied des Paulskirchenparlaments sowie der Hamburgischen Bürgerschaft und ab 1860 der erste Richter jüdischen Glaubens in Deutschland. Sein 150. Todestag ist Anlass, neun kurze Schlaglichter auf einen außergewöhnlichen Menschen, Juristen und Politiker zu werfen – abseits jeder Chronologie und eher am Rande der „offiziellen" Riesser-Biografien.[1]

I. Familie

Riesser stammte aus intakten, gut situierten und tief im jüdischen Glauben verwurzelten Familienverhältnissen. Beide Großväter waren Rabbiner. Sein Vater Lazarus, ein gebildeter, sensibler und offen denkender Mann, hatte rabbinisches Recht studiert und zeitweise als Sekretär am jüdischen Gerichtshof in Altona gearbeitet. Seine Mutter Fanny wird zwar als eine ziemlich resolute, wenn nicht gar etwas herrische Frau geschildert. Aber seine Eltern und seine fünf Geschwister waren für Riesser sein ganzes Leben lang emotional die wichtigsten Bezugspersonen.[2]

Zeitweise unterstützte die Familie ihren Gabriel auch materiell nicht unwesentlich. Bei Riessers ging es zwar wirtschaftlich durchaus auf und ab. Vater Lazarus musste wegen seines Judentums etliche berufliche Rückschläge einstecken. Aber Not wurde zu keiner Zeit gelitten. Vielleicht ist das der Grund dafür, dass Gabriel Riessers späteres öffentliches Auftreten sich ganz auf den Kampf gegen Diskriminierung konzentrierte und Themen wie die „Soziale Frage" oder „Die Lage der arbeitenden Klasse" – um es mit seinem späteren Zeitgenossen Engels zu formulieren – für ihn keine große Bedeutung hatten.

Gerade weil Riesser ein so ausgesprochener Familienmensch war, ist es seltsam, dass er auf die Gründung einer eigenen Familie verzichtet hat. Freunden hat er erklärt, er habe den Entschluss zur Ehelosigkeit schon in den ersten Universitätsjahren gefasst und später kontinuierlich erneuert.[3] „Ob tiefere Seelenvorgänge seinen Entschluss zur Ehelosigkeit bestimmt haben, ist gewiss auch von den nächststehenden Freunden nicht ergründet" worden, schreibt Meyer Issler, Riessers erster Biograf. Tatsächlich hat Riesser jedoch in seinen späten Jahren erklärt, seine Ehelosigkeit sei „ein Unglück wie ein Leibesfehler"[4] gewesen. Da liegt es nicht völlig fern anzunehmen, dass Riesser nicht nur einer entrechteten und gesellschaftlich geschnittenen Minderheit angehörte, sondern womöglich auch noch einer zweiten.

II. Frauen

Das leitet über zum Stichwort „Frauen". Ganz gleich, wie Riessers geschlechtliche Orientierung gewesen sein mag: Fest steht, dass zu seinen engsten Vertrauten Zeit seines

* Prof. Dr., LL.M. (Exeter), Notar, Hamburg. Der Beitrag ist der leicht überarbeitete und erweiterte Vortrag, den der Verfasser am 22. April 2013 aus Anlass der Gedenkveranstaltung zum 150. Todestag von Gabriel Riesser im Kaisersaal des Hamburger Rathauses gehalten hat. Das um Quellennachweise erweiterte Manuskript ist erstmals veröffentlicht in den Mitteilungen des Hamburgischen Richtervereins, Heft 2/2013, S. 19 ff.

1 Die wichtigsten Riesser-Biografien bzw. Veröffentlichungen über Riesser sind: *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008; *Isler* (Hrsg.), Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1 bis 4, 1867/68 (Band 1 enthält die Lebensgeschichte Riessers aus der Feder des Herausgebers der Schriften); *Feiner,* Gabriel Rießers Leben und Wirken, 1906; *Friedländer,* Das Leben Gabriel Riessers. Ein Beitrag zur neueren Geschichte Deutschlands im neunzehnten Jahrhundert, 1926; *Lüth,* Gabriel Rießer 1806–1863. Ein großer Jude, Hamburger und deutscher Patriot, 1963; *Barschel,* Gabriel Rießer als Abgeordneter des Herzogtums Lauenburg in der Frankfurter Paulskirche 1848/49, 1987; *Langhein,* Gabriel Rießer – Deutscher, Patriot, Hamburger, Politiker, Jurist, Notar und Jude, DNotZ 1997, 755 ff.; *Postel,* Gabriel Riesser 1806–1863, in: Postel/Stubbe-da Luz, Die Notare, 2001; *Krohn,* „Dem Streiter für Recht und Freiheit". Gabriel Riesser zum 200. Geburtstag (Ausstellungsbegleitbuch), 2006. Siehe überdies *Rawert,* Deutsch oder heimatlos. Gabriel Riesser kämpfte für die Gleichstellung aller Religionen. 1860 wird er der erste Richter jüdischen Glaubens in Deutschland. Zum 150. Todestag des großen liberalen Juristen und Politikers ein Portrait, in: DIE ZEIT v. 25. April 2013, S. 17 – abrufbar unter: www.zeit.de/2013/18/gabriel-riesser.

2 Zur Familie Riesser eingehend *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 16 ff. m. w. N. Zur Rolle von Lazarus Riesser im jüdischen Gemeindeleben auch *Brämer,* Judentum und religiöse Reformen. Der Hamburgische Israelitische Tempel 1817–1938, 2000, S. 25.

3 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 533.

4 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 534.

Lebens einige Frauen gehörten, die wichtigsten unter ihnen Adele Haller und Pauline Riesser.

Adele Haller geb. Oppenheimer war die Frau des späteren Hamburger Senators und Bürgermeisters Ferdinand Haller. Ihr, einer äußerst intelligenten und gebildeten Erscheinung, brachte Riesser eine geradezu „schwärmerische Verehrung“[5] entgegen. Sie ist in zahlreichen Briefen dokumentiert. Es war offenbar nicht zuletzt Adele Haller, die den temperamentvollen Riesser bei Auseinandersetzungen mit literarischen und politischen Gegnern zuweilen zu Besonnenheit mahnte, was Riesser durchaus nötig hatte.

Und dann Pauline Riesser, die Frau seines Bruders Raphael. Sie war ihm stets die engste Gesprächspartnerin im privaten Kreise. In seinen frühen Bockenheimer und späteren Frankfurter Jahren lebte Riesser zeitweise unter einem Dach mit Pauline, von der es heißt, er habe ihr alle seine Schriften stets vor Veröffentlichung zur Durchsicht vorgelegt.[6]

Was Frauen im Übrigen betrifft, ist bei dem schon erwähnten Meyer Issler allerdings zu lesen: „Sogenannte emancipierte Frauen sprachen ihn [Riesser] nicht an; er erzählte mit komischer Verzweiflung, wie einst eine derselben … sich bei ihm, dem Nichtraucher, eine Cigarre anzündete. Er war gerade gegen Tabaksrauch sehr empfindlich, und meinte es gehöre zu den Menschenrechten, die man allezeit in Anspruch nehmen könne, reine Luft einzuathmen.“[7] Was den Alkohol anging war Riesser allerdings trotz seines Engagements gegen unvernünftigen Alkoholgenuss im Hamburgischen Verein gegen das Brandweintrinken kein Abstinenzler.[8]

III. Bildung und Ausbildung

Gabriel Riesser war ein Mann von Bildung. Er erfuhr eine klassisch humanistische Erziehung, sprach passabel Englisch, Französisch und war auch des Hebräischen kundig. Anfangs besuchte er das Katharineum in Lübeck, später das Johanneum in Hamburg, wo er auch sein Abitur machte. Er durfte vor seinem Jahrgang die Abiturrede halten und tat dies – wie es sich gehörte – auf Griechisch.[9]

Bei allem war es in erster Linie sein Vater Lazarus, der Gabriels Talente früh erkannte und konsequent förderte. Und es war auch Lazarus Riesser, der seinen Sohn darin bestärkte, das juristische Studium aufzunehmen, und das obschon stets abzusehen war, dass es für einen Juden ohne Bürgerrecht schwierig werden würde, in einem der klassischen Berufe wie dem des Advokaten unterzukommen.

Dass Riesser sein Studium schnell und die Promotion mit „summa cum laude“ abschloss, verdient Erwähnung. Gleiches gilt für die Wertschätzung, die er seinem Heidelberger Zivilrechtslehrer Thibaut entgegenbrachte. Im berühmten Streit um eine Kodifikation des bürgerlichen Rechts war der liberale Thibaut der ärgste Gegenspieler des konservativen Volksgeisttheoretikers Savigny, der bekanntlich kein besonderer Judenfreund war.[10]

Dass man Riesser ob seines Judentums in Heidelberg die Ernennung zum Privatdozenten und damit den Weg in die Wissenschaft verweigerte, hat den jungen Akademiker geschmerzt. Mit einigem Abstand freilich dürfte er froh darüber gewesen sein, dass ihm das Professorendasein erspart blieb. Riesser war kein wissenschaftlicher Denker, sondern der Typ des handfesten Politikers. Nicht die Abstraktion in wolkigen Geisteshöhen war seine Stärke, sondern die – bisweilen durchaus bodenständige – Reaktion auf konkrete Anlässe und Missstände. Das hat er, Riesser, selbst später Adele Haller in einem seiner Briefe an die Seelenfreundin gestanden, und zwar ziemlich freimütig.[11]

Immerhin wird man an dieser Stelle festhalten können: Es war die Mischung aus bürgerlicher Erziehung und Begeisterung für die Rechtswissenschaft, die Riesser trotz eines starke Dranges nach einer Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse eher zum Typen des Citoyens als dem des Revolutionärs reifen ließen.

IV. Äußerliches und Charakterliches

Vor allem während seiner Schul- und Studienzeit entwickelt Riesser die Talente, die man ihm später allenthalben bescheinigt: Eine schnelle Auffassungsgabe, ein gutes Gedächtnis, Belesenheit sowie eine Fähigkeit zur öffentlichen Rede. Es heißt, Riesser – ein zu seinem eigenen Leidwesen ziemlich korpulenter Mann, dessen äußeres Erscheinungsbild von Karikaturisten genau deshalb nur allzu gerne aufgenommen wurde – habe eine mächtige, volltönende Stimme aus der Tiefe der Brust gehabt, die auch größte Räume ohne Anstrengung ausfüllen konnte, was im engeren Freundeskreis allerdings bisweilen als etwas anstrengend empfunden wurde.[12]

5 *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 75.
6 Zu Riessers Leben in Bockenheim eingehend *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 186 ff.; siehe auch *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 74 ff.
7 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 535 (Fußnote).
8 *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 103.
9 Zu Riessers Bildungsweg *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 5 ff.
10 Dazu *Lahusen,* Alles Recht geht vom Volksgeist aus. Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft, 2013, S. 122.
11 Dazu *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 68 ff. m. w. N.
12 Die wohl beste und authentischste Darstellung von Riessers Charakter findet sich bei *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 522 ff.

Es lohnt übrigens, sich an dieser Stelle daran zu erinnern, dass natürlich weder Paulskirche noch damalige Bürgerschaft über Mikrophonanlagen verfügten und der Faktor Stimme für den politischen Erfolg einen Stellenwert hatte, von dem man sich heute keine Vorstellung mehr macht.

Eher auf der schattigen Seite des Riesser'schen Persönlichkeitsbildes mag man verbuchen, dass ihn weder Kunst noch Musik interessierten und sein Sinn für Humor offenbar nur mäßig ausgeprägt war. „Wäre ich witzig, so brauchte ich nicht halb so grob in meinen Schriften sein", hat er selbst einmal gesagt.[13] Und auch wenn ihm Zeitgenossen persönlich „Liebenswürdigkeit des Herzens"[14] bescheinigt haben, so gilt doch zweifellos, dass der um die Sache kämpfende Riesser in aller Regel wenig Spaß verstand. Man kann ihn mit einigem Recht als einen zornigen jungen Mann bezeichnen[15]; eine Gestalt mit Temperament, dem die Pferde zuweilen auch durchgehen konnten.

Einmal in seinem Leben ist das so weit gegangen, dass es beinahe zu einem Pistolenduell gekommen wäre, und zwar ausgerechnet zwischen Riesser und dem Dichter Heinrich Heine.[16] Heines mangelndes Interesse am Emanzipationskampf der Juden, sein eilfertiger Übertritt zum Protestantismus und vor allem seine zuweilen an Selbsthass grenzende Kritik am Judentum waren Riesser zuwider. Da kam es ihm geradezu gelegen, dass Heine eine von Riessers alten Freundinnen beleidigt hatte und es Grund für den Ruf nach Satisfaktion gab. Die Sache verlief jedoch im Sande.[17]

V. Notariat

Im September 1840 wird Gabriel Riesser Notar in Hamburg.[18] Nach dem Abschluss seines Jurastudiums hatte man ihm nicht nur die Habilitation, sondern – gewiss nicht unerwartet – auch die Zulassung zur Anwaltschaft verweigert. Grund dafür war selbstverständlich sein Judentum. Mehr als zehn Jahre hatte sich Riesser als Publizist durchschlagen müssen, und zwar mehr schlecht als recht. Nun aber, mit immerhin 34 Jahren, hatte er plötzlich einen bürgerlichen Beruf, der endlich auch seine – durchaus nicht überspannten, aber eben doch vorhandenen – materiellen Bedürfnisse befriedigen konnte.

Für die persönliche Unabhängigkeit von Gabriel Riesser und seine parlamentarische Karriere, die erst in den späten 1840er Jahren einsetzte, kann die Bedeutung der Ernennung zum Notar kaum hoch genug bewertet werden. Mit mancher politischen Enttäuschung, manchem Rückschlag und manchem Misserfolg wäre er gewiss weniger gut fertig geworden, wäre da nicht – nach einiger Zeit sogar in einer Sozietät mit einem Kollegen – ein beruflich stabiles Umfeld gewesen, das mit persönlicher wie fachlicher Wertschätzung und einem tragfähigen wirtschaftlichen Netz verbunden war.[19]

Dass Riesser selbst das Notariat als eine Beschäftigung empfand, die „trivial"[20] war, ändert nichts daran, dass er sie über siebzehn Jahre mit Fleiß und Sorgfalt wahrnahm. Tatsächlich ist überliefert, dass Riesser im Kreise der Hamburgischen Notariats zu den zwei bis drei erfolgreichsten Akteuren zählte und einen Arbeitsanfall zu bewältigen hatte, der ihm zuletzt auch gesundheitlich schwer zu schaffen machte. Als er das Amt des Notars Ende 1857 nach einem Streit mit einem unverschämten Mandanten niederlegte, war das gewiss keine bloß spontane Trotzreaktion, sondern nur der äußere Anlass für eine Entscheidung, die offenbar schon lange zuvor erwogen worden war.

VI. Reiselust

Es sind vor allem die Jahre des Notariats, in denen Riesser eine besondere Passion entwickelt, nämlich Reiselust.[21] Über einen Zeitraum von knapp zwei Jahrzehnten zieht es den Netzwerker nicht nur kreuz und quer durch deutsche Lande, wobei er sich zunehmend und mit einiger Begeisterung der Eisenbahn bedient. Riesser reist [nota bene: Mitte des 19. Jahrhunderts!] vielmehr auch nach Italien, in die Schweiz, nach Irland, wiederholt nach England und Schottland und schließlich – 1856 – auch nach Nordamerika. Zwischen August und November jenes Jahres besucht er Kanada, die USA und sogar Kuba. Vor allem sein Aufenthalt in den USA wird dabei zu einem Wiedersehen mit zahlreichen Altachtundvierzigern, d. h. Revolutionsflüchtlingen wie beispielsweise Franz Lieber oder seinem alten Kieler Studienfreund

13 Siehe *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 540 f.
14 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 525.
15 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 526 („heiliger Grimm").
16 Dazu eingehend *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 86 ff.; zu einer weiteren Facette des Verhältnisses von Riesser und Heinrich Heine, nämlich dem Streit um das Testament von Heinrich Heines Onkel, dem Bankier Salomon Heine, siehe *Herzig,* Salomon Heines Testament und der Jurist Gabriel Riesser, in: Borowka-Clausberg (Hrsg.), Salomon Heine in Hamburg. Geschäft und Gemeinsinn, 2013, S. 64 ff.
17 Näher zu Duellgeschichte *Rawert,* www.zeit.de/2013/18/gabriel-riesser.
18 Zur Rolle Riessers als Notar eingehend *Postel,* in: Postel/Stubbe-da Luz, Die Notare, 2001.
19 So bereits *Postel,* in: Postel/Stubbe-da Luz, Die Notare, 2001, S. 134.
20 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 335 (Fußnote). Siehe auch das Zitat bei *Postel,* in: Postel/Stubbe-da Luz, Die Notare, 2001, S. 111: „Mein gleichgültiges Geschäft ertrage ich, so lange ich es einmal ertragen muß, mit Geduld, bis es mir einst wieder gelingen wird, die Fessel abzustreifen und die Freiheit, die meine Jugend so lange beglückte, und die meinem ganzen Wesen so sehr zusagt, wieder zu erobern."
21 Eingehend dazu *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 98 ff., 148 ff.; *Postel,* in: Postel/Stubbe-da Luz, Die Notare, 2001, S. 125 f. Siehe auch Riessers Briefe aus Amerika bei *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 587 ff.

Theodor Olshausen. Tatsächlich durfte Riesser sogar an einer Sitzung des Repräsentantenhauses teilnehmen. Stolz berichtet er, dass er von dessen Speaker empfangen wurde. Seine Eindrücke von der Reise hat er in einer kleinen Schrift mit dem Titel „Amerikanische Anschauungen und Studien“[22] festgehalten. Dabei ist es typisch für ihn, dass er bei aller liberalen Begeisterung für die USA seine Feder tief in die Wunde von Sklaverei und Rassentrennung legt. Beide sind für ihn schwere Makel der republikanischen Freiheit.[23] Und Riesser geht gar so weit, dass er 1861 in einer Schrift mit dem Titel „Zur amerikanischen Crisis“ die moralische Berechtigung des Sezessionskrieges als Mittel zur Abschaffung der Sklaverei ausdrücklich beschwört.[24]

VII. Religion

Riesser hatte eine emotionale Bindung an die jüdische Religion.[25] Sein Judentum als Ausdruck seines Glaubens stand für ihn nie in Frage. Unter keinen Umständen hätte er sich taufen lassen. Juden, die wie Heinrich Heine konvertierten, um sich auf diese Weise ein billiges „Entreebillet zur europäischen Kultur“ (Heine) zu verschaffen, waren Riesser ein Graus. Dabei ist er nie ein besonders religiöser Mensch gewesen und schon ganz und gar nicht orthodox. In der Beschneidung z. B. sah er eine „widrige Zeremonie“ die er unbedingt abgeschafft wissen wollte.[26] Und auch mit den jüdischen Speise- und Ritualgesetzen stand er lebenslang auf Kriegsfuß. Sein Eintreten für die Belange des Judentums war stets primär rechtlich und nie theologisch motiviert. An theologischen Fragen war Riesser nicht interessiert. Immer wieder hat er darauf hingewiesen, dass er über sie weder reden könne noch wolle.[27] Die Synagoge hat er bis an das Ende seiner Tage regelmäßig besucht. Aber letztlich war er Protagonist eines säkularen Judentums. Sein Ideal war nicht Religiosität, sondern – wie sein vorerst jüngster Biograf Arno Herzig zu Recht festgestellt hat – ein jüdisches Bürgertum das neben dem christlichen Bürgertum in einer deutschen Gesellschaft und Kultur gleichberechtigt war.[28]

VIII. Politik

Für dieses Ziel nahm Riesser seit 1831 vehement Partei.[29] Unter dem Eindruck der Pariser Julirevolution[30] des Vorjahres griff er zur Feder und veröffentlichte seine erste politische Abhandlung: „Ueber die Stellung der Bekenner des mosaischen Glaubens in Deutschland“.[31] Es ging ihm um nichts weniger als die rechtliche Gleichheit und Gleichbehandlung verschiedener Religionszugehörigkeiten vor Gericht und bei der Besetzung öffentlicher Ämter und Positionen sowie um die Einführung eines aktiven und passiven Wahlrechts für Juden.[32] Er forderte umfassende Reformen der deutschen Justiz, insbesondere der Gerichtsverfahren.[33] So trat er hier und später für zahlreiche Grundsätze ein, die heute als Selbstverständlichkeiten gelten und gesetzlich verankert sind: Die Trennung von Verwaltung und Justiz, die Unabhängigkeit der Gerichte und die Öffentlichkeit sowie Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens.[34]

1848 gelingt Riesser der Einzug in das Frankfurter Paulskirchenparlament.[35] Auch dort versteht er sich als Vertreter eines liberalen Bürgertums und hat maßgebenden Anteil daran, dass § 16 der neuen Verfassung die bürgerliche Gleichstellung der Juden vorsieht.[36] Riesser war es auch, der am 21. März 1849 in der später so genannten „Kaiserrede“[37] die deutsche Einigung mit dem Ziel bürgerlicher Freiheiten verband und für die kleindeutsche Lösung eintrat, also die Einigung Deutschlands ohne Beteiligung Österreichs und in Form einer konstitutionelle Monarchie unter preußischem Erbkaisertum. Es war nur folgerichtig, dass Riesser der Delegation angehörte, die Friedrich Wilhelm IV. die Krone antrug – die dieser allerdings brüsk zurückwies.[38]

IX. Richteramt

Ganz zum Ende seines Lebens kann Riesser den für ihn persönlich größten Triumph verzeichnen: Die Ernennung zum Richter. Als die Hamburgische Verfassung von 1859/1860 die Trennung von Justiz und Verwaltung vollzieht und ein vom Senat unabhängiges Obergericht – das heutige Oberlandesgericht – schafft, sind mehrere Richterstellen zu besetzen. Auf eine der neuen Stellen wird am 17. Oktober 1860 Gabriel Riesser ernannt.[39] Der Mann, der drei Jahrzehnte zuvor weder Privatdozent in Heidelberg noch Anwalt in Hamburg werden durfte, ist damit nicht nur der erste Richter jüdischen Glaubens in seiner Heimatstadt, sondern in ganz Deutschland der erste Jude, der in ein unabhängiges Richteramt gelangt.[40]

22 Wiedergegeben bei *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 4, 1868, S. 725 ff.
23 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 4, 1868, S. 747 ff.
24 Dazu *Postel,* in: Postel/Stubbe-da Luz, Die Notare, 2001, S. 126.
25 Eingehend dazu *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 106 ff.
26 *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 109.
27 *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 112.
28 *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 113.
29 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 74 ff.
30 Vgl. *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 68.
31 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 74; Bd. 2, 1867, S. 1 ff.
32 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 68 ff., S. 333 ff.; *Barschel,* Gabriel Rießer, 1987, S. 37 f.; 52 f.
33 U. a. *Isler* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 68 ff., S. 333 ff.; vgl. *Barschel* Gabriel Rießer, 1987, S. 16 f.; 20 f.
34 Vgl. u. a. *Barschel,* Gabriel Rießer, 1987, S. 16 ff.; 33 ff.; 52 f.
35 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1867, S. 409 ff.; *Barschel,* Gabriel Rießer, 1987, S. 28 ff.
36 *Barschel,* Gabriel Rießer, 1987, S. 53.
37 *Barschel,* Gabriel Rießer, 1987, S. 49 f.; 150 ff.
38 *Barschel,* Gabriel Rießer, 1987, S. 50.
39 *Isler,* Gabriel Riesser's Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1867, S. 516.
40 Dazu *Postel,* in: Postel/Stubbe-da Luz, Die Notare, 2001, S. 133 f.

Ohne Kritik bleibt die Entscheidung nicht. Ganz Israel sei „wie besoffen", weil ein Jude und nicht ein Mann von Talent die Richterstelle erhalten habe, ätzt der Bürgerschaftsabgeordnete Wilhelm Marr, ein giftiger Radikaldemokrat und der geistige Vater des modernen Antisemitismus.[41] Riesser aber, den gereiften älteren Herrn, fechten solche Ausfälle nicht mehr an. Tatsächlich ist er zum Ende seines Lebens davon überzeugt, dass die Emanzipation der Juden durch Schreihälse wie Marr nicht mehr ernsthaft gefährdet werden kann. Leider war das – wie sich bald zeigen sollte – ein fataler Irrtum.

X. Schluss

Bei einem früheren Riesser-Gedenktag soll ein Zeitgenosse des Protagonisten die Frage aufgeworfen haben, was eigentlich Moses und Riesser voneinander unterscheide: Moses – so lautete die Antwort – habe das gelobte Land nur gesehen, während Riesser es betreten habe.[42] Wenn in dieser hübschen Metapher Riessers Name als Synonym für alle deutschen Juden stehen soll, dann ist sie gewiss schon formal nicht richtig. Rechtsgleichheit für Juden gab es im ganzen Deutschen Reich erst acht Jahre nach Riessers Tod und der Widerstand gegen die gesellschaftliche Emanzipation der Juden blieb latent hartnäckig. Nicht zuletzt ob dieses Widerstands gingen deutsches Recht und deutsche Kultur lediglich siebzig Jahre nach Riessers Ableben buchstäblich in Flammen auf.

Mit Blick auf den besonderen Menschen Gabriel Riesser und seinen Lebensweg sieht die Sache allerdings anders aus. Insoweit kann man in der Tat sagen, dass Hamburg für Riesser die Stadt wurde, in der er nach vielen Jahren der Demütigung mit seiner Ernennung zum Notar so etwas wie ein paar Tropfen Milch und Honig fand und wo er in Gestalt seines hohen Richteramtes am Ende gar an einen Ort gelangte, der ihm als sein persönliches juristisches Jerusalem erscheinen musste.

41 Dazu *Herzig,* Gabriel Riesser, 2008, S. 157 f.
42 Berichtet bei *Kreuder,* Kämpfer für die Emanzipation. Eine Erinnerung an Gabriel Riesser aus gegebenen Anlass, in: Tribüne 2006, 171 ff., 176.

Jürgen Cloppenburg*

Der Internationale Anlagenbauvertrag

I. Einleitung

Der Maschinen- und Anlagenbau ist der größte deutsche Industriezweig, wobei gut drei Viertel der Produktion exportiert wird. Daher ist die praktische Bedeutung internationaler Anlagenbauverträge groß, selbst bei Projekten in Deutschland mit deutschen Vertragspartnern werden teilweise internationale (englische) Vertragsmuster verwendet.

Beim Anlagenbauvertrag[1] verpflichtet sich der Auftragnehmer dazu, eine größere und komplexe technische Anlage nach festgelegten technischen Parametern zu entwerfen, an einem vom Auftraggeber bestimmten Ort zu errichten, gegebenenfalls in eine größere Gesamtanlage einzupassen und sie in Betrieb zu nehmen. Die Anlage soll einem definierten technischen Zweck dienen (wie etwa der Stromerzeugung, der Herstellung von Stoffen oder Produkten, z. B. ein Stahlwerk, Schiffsbau, Offshore-Windpark) und ihre Leistungsfähigkeit wird vertraglich durch technische Leistungszusagen abgesichert. Dabei bleibt es dem Auftragnehmer – vorbehaltlich vertraglicher Einschränkungen – selbst überlassen, ob und inwieweit er Nachunternehmer als Erfüllungsgehilfen einbindet. Der Auftragnehmer ist meist ein Generalunternehmer, bestehend aus einem Einzelunternehmen oder einem Konsortium. Charakteristisch ist aufgrund der technischen Ausrichtung ein – im Unterschied zum Bauvertrag – hoher Vorfertigungsgrad der technischen Kernkomponenten.

II. Vertragsmuster

In internationalen Anlagenbauprojekten wird der Vertrag oft auf Basis von Vertragsmustern geschlossen, die vom englischen Rechtssystem inspiriert und in englischer Sprache abgefasst sind. Diese Muster haben den Vorteil, dass sie Lösungen für die typischen Regelungskomplexe eines Anlagenbauvertrags anbieten, die das anwend-

* Dr. Jürgen Cloppenburg, LL.M., ist Rechtsanwalt und leitet die Rechtsabteilung der Business Unit Wind Power EMEA der Siemens AG in Hamburg.
1 Allgemein dazu etwa: *Bock/Zons* (Hg.), Rechtshandbuch Anlagenbau, 2013 (wird veröffentlicht); *Hilgers/Kaminsky,* Anlagenbau im In- und Ausland, 2013; *Joussen,* Der Industrieanlagen-Vertrag, 2. Aufl. 1996; *Nicklisch,* in: ders./Weick, VOB Verdingungsordung für Bauleistungen Teil B, 3. Aufl. 2001, Einleitung §§ 4-13; *Roquette/Otto* (Hg.), Vertragsbuch privates Baurecht, 2. Aufl. 2011; *v. Westphalen,* Rechtsprobleme des Anlagenvertrags, BB 1971, 1126 ff.

bare Recht normalerweise nicht aufweist. Da die Muster den Projektbeteiligten bekannt sind, erleichtert dies die Vertragsverhandlungen. Jedoch wurden diese Muster jeweils mit bestimmten Vorgaben und Regelungsabsichten entworfen, so dass im Einzelfall geprüft werden muss, ob die Klauseln für das jeweilige Projekt geeignet sind.

Die Vertragsmuster der *Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils* (FIDIC) werden oft verwendet. Andere Vertragsmuster werden von der Internationalen Handelskammer, der Weltbank oder den Vereinten Nationen herausgegeben. Hierbei handelt es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen. Bei der Auslegung und AGB-rechtlichen Beurteilung von internationalen Anlagenbauverträgen sind die Besonderheiten dieser Verträge zu beachten.[2]

Wird bei diesen englischsprachigen Mustern deutsches Recht verwendet, so ist in besonderem Maße auf Vertragsklarheit zu achten, da eine Übersetzung von Rechtsbegriffen oft nicht ohne weiteres möglich ist und daher entweder ausdrückliche, erläuternde Regelungen erforderlich sind, oder aber der jeweilige Rechtsbegriff in deutscher Sprache ergänzt werden sollte (etwa „defect [Mangel]").

III. Charakteristika des Anlagenbauvertrags

Aus dem besonderen Vertragsgegenstand resultieren Anforderungen an die Vertragsgestaltung, die die Bedürfnisse der Vertragspartner widerspiegeln muss. Für die Vertragsgestaltung ist es sinnvoll, sich einige Charakteristika von Anlagenbauverträgen bewusst zu machen, bevor die Frage beantwortet werden kann, welchem Vertragstyp der Anlagenbauvertrag zugeordnet werden kann. Aus den Charakteristika lassen sich zudem die typischen Regelungskomplexe ableiten, die in Anlagenbauverträgen zu finden sind.

Die wichtigste Regelung (auch) eines Anlagenbauvertrags ist eine klare und vollständige Leistungsbeschreibung, und zwar einschließlich einer klaren Regelung der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers. Ohne eine klare Leistungsbeschreibung kann nicht sicher festgestellt werden, ob die Anlage vertragsgemäß fertiggestellt wurde und damit abnahmereif ist und ob somit die mit der Abnahme üblicherweise verknüpften Rechtsfolgen eintreten. In der Praxis werden in Anlagenbauverträgen allerdings die verschiedenen Rechtsfolgen der Abnahme oftmals anders als nach dem gesetzlichen Vorbild geregelt, so dass etwa der Gefahrübergang schon mit Lieferung auf die Baustelle stattfinden kann, Zahlungsansprüche an das Erreichen verschiedener Meilensteine im Projektfortschritt geknüpft und die Gewährleistung sowie Beweislastumkehr an das Absolvieren erfolgreicher Funktionstests geknüpft werden.

1. Technische Leistungszusagen

Da eine funktionierende technische Anlage mit bestimmten Leistungsmerkmalen die Grundidee der Beauftragung durch den Auftraggeber ist, enthält der Vertrag genaue Regelungen dazu, welche technischen Parameter die Anlage erfüllen muss und wie diese etwa durch Testläufe nachzuweisen sind. Die Erfüllung definierter Mindestkriterien wird oft als Abnahmevoraussetzung vorgesehen. Nach der Abnahme sind vereinbarte Parameter durch technische Leistungszusagen für die Dauer einer vereinbarten Gewährleistungsfrist geschützt.[3] Welche technischen Parameter dies sind, lässt sich nicht generell sagen, es kommt auf die technische Eigenart der jeweiligen Anlagen und die technischen Ziele der Parteien an. Relevant kann etwa die (möglichst hohe) technische Verfügbarkeit einer Anlage sein, die (unerwünschte und daher möglichst geringe) Lärm- und Wärmeentwicklung, oder die Effizienz im Sinne eines maximalen Ertrags (etwa der Stromerzeugung) bei minimalem Einsatz (etwa von Kohle oder Gas zur Stromerzeugung).

Hinter den für die Abnahme definierten technischen Mindestanforderungen darf die Anlage nicht zurückbleiben, da es sich sonst nicht mehr um einen unwesentlichen Mangel handelt, § 640 I 2 BGB. Ein Beispiel kann die Lärmentwicklung sein, die die Vorgaben der öffentlich-rechtlichen Genehmigung für die Anlage übersteigen würde, oder eine so geringe technische Leistung, dass dies durch eine Preisminderung nicht ausgeglichen werden kann. Werden diese Mindestanforderungen erreicht, jedoch nicht der volle „Sollzustand", so kann der Auftragnehmer nachbessern, muss im Falle des Misslingens aber eine pauschalierte Preisminderung hinnehmen. Ausgedrückt wird dies oftmals als ein bestimmter Betrag pro Prozentpunkt der Minderleistung, in englischen Verträgen bezeichnet als „liquidated damages", also pauschalierter Schadenersatz. Die Regelungen, nach welchen Kriterien die technische Minderleistung festzustellen und zu berechnen ist, sind in technisch geprägten Vertragsanhängen enthalten, die der beratende Jurist als wesentliche Regelung lesen und prüfen muss.

Nach der Abnahme sind technische Leistungszusagen als spezielle Gewährleistungsregelung oder unselbständige Garantien üblich, wiederum mit detaillierten technischen Regelungen und definierten Beträgen („liquidated damages"), die für jede Minderleistung nach erfolgloser Nachbesserung durch den Auftragnehmer zu zahlen sind. Ob es sich hierbei wiederum um eine pauschalierte Minderung oder um einen pauschalierten

2 *Mahnken/Cloppenburg*, in: Bock/Zons (Hg.), Rechtshandbuch Anlagenbau, 2013 (wird veröffentlicht).

3 *Benedict*, in: Roquette/Otto (Hg.), Vertragsbuch Privates Baurecht, 2. Aufl. 2011, Teil C., Abschnitt VII. Rn. 4; *v. Westphalen*, BB 1971, 1126 (1131).

Schadenersatz handelt, ist im Einzelfall zu prüfen und in der Praxis meist von untergeordneter Bedeutung. Die Bezeichnung als „damages" dürfte für einen Schadenersatzanspruch sprechen. In der Summe werden die so zu zahlenden Beträge auf einen bestimmten Prozentsatz des Vertragspreises begrenzt, also beispielsweise auf 15% des Vertragspreises.

2. Rahmencharakter

Der Anlagenbauvertrag hat einen Rahmencharakter, da die Parteien davon ausgehen, dass sie nicht alle im Projektverlauf regelungsbedürftigen Punkte schon vorab erkennen und vertraglich fixieren können. Es ist oft auch gar nicht sinnvoll, die Auslegung der Anlage schon bei Vertragsschluss in jedem Detail festzulegen. Dieses detaillierte Design, das sich in dem im Vertrag vorgesehen Rahmen bewegen muss, ist vielmehr Teil der Vertragsausführung und Gegenstand wechselseitiger Konsultationen oder Genehmigungen durch den Auftraggeber. Die Regelungen des BGB gehen demgegenüber von einem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses klar definierten Liefer- und Leistungsumfang aus, auch das Problem der bei Vertragsschluss nicht vorhergesehenen Ereignisse wird kaum geregelt, so dass diese Lücke durch Vertragsgestaltung geschlossen werden muss. Ergeben sich neue Aspekte oder unvorhergesehene Ereignisse, so sollte der Vertrag Mechanismen enthalten, wie mit solchen Herausforderungen umzugehen ist, etwa in Form einer Sprechklausel oder durch eine grundsätzliche Abgrenzung der Verantwortlichkeit in Form von Risikosphären, kombiniert mit Regelungen über finanzielle und zeitliche Konsequenzen.

Der Vertrag muss zudem Möglichkeiten einer flexiblen Anpassung an die jeweilige Situation vorsehen, etwa indem Zusatzleistungen geordert werden können, deren Erforderlichkeit nicht abzusehen war, rechtlich gestaltet etwa als vereinfachte Form der Vertragsänderung („change order" oder „variation order" genannt), oder indem die Ausführung ganz oder teilweise durch den Auftraggeber sistiert, also vorübergehend unterbrochen wird.

3. Langzeitkooperation

Typisch für den Anlagenbauvertrag (wie auch für den Bauvertrag) ist, dass es sich um eine komplexe und länger andauernde Kooperation zwischen den Parteien handelt, dessen Fortgang der Auftraggeber überwachen und in den er eingreifen kann. Der klassische Werk- und Kaufvertrag geht von einem punktuellen Austausch von Leistungen aus und ignoriert die länger andauernde Phase der Errichtung einer Anlage. Dies zeigt sich etwa darin, dass nach dem Gesetz die Vergütung erst bei Abnahme oder Übergabe fällig wird. Planungs- und Errichtungsphase erstrecken sich jedoch über einen längeren Zeitraum, der mehrere Jahre in Anspruch nehmen kann.

Im Gegensatz zu einem BGB-Vertrag sind an einem Anlagenbauprojekt regelmäßig verschiedene Parteien beteiligt, deren Arbeiten fortlaufend aufeinander abgestimmt werden müssen. Dies sind neben Auftraggeber und Auftragnehmer auch mögliche Konsortialpartner auf beiden Seiten, Subunternehmer des Auftragnehmers und weitere durch den Auftraggeber beauftragte Nebenunternehmer. Relevant wird dies insbesondere, wenn die Beteiligten zur gleichen Zeit auf der Baustelle tätig werden sollen, aber auch, wenn die Arbeiten sequentiell erfolgen und eine Abstimmung der zeitlichen oder sonst inhaltlichen Detailplanung erforderlich ist.

Wechselseitige Informationen (etwa über Verzögerungen oder Behinderungen einschließlich der fortlaufenden Aktualisierung der Terminpläne), Unterstützung und Hilfestellung sind unverzichtbar. Auch der Rahmencharakter trägt dazu bei, dass eine enge Zusammenarbeit der Projektbeteiligten erforderlich ist, etwa bei der Abstimmung der Detailplanung. Daraus ergeben sich Kooperations-, Rücksichtnahme- und Mitwirkungspflichten, die teilweise ausdrücklich vertraglich geregelt werden.

4. Verantwortung für Planung und Vollständigkeit („turn key")

Möchte der Auftraggeber eine vollständige und funktionsfähige Anlage erwerben, so wird er alle damit verbundenen Risiken auf den Auftragnehmer übertragen wollen, insbesondere wenn er nicht selbst über die erforderliche technische Expertise verfügt. Einem Anlagenbauvertrag eigen ist im Vergleich zum Bauvertrag ein relativ hoher Vorfertigungsgrad technischer Kernkomponenten sowie die Verantwortung für die Auslegung der Anlage und daraus resultierende Risiken.

Die technische Funktionalität wird zunächst auf der Ebene der Leistungsbeschreibung sichergestellt. Entgegen des gesetzlichen „Standards" in § 642 BGB, wonach der Auftraggeber etwa in Bauverträgen nicht nur den Baugrund, sondern alle erforderlichen Informationen und Planungen bereitstellen muss, ist es typisch für Anlagenbauverträge, dass die umfassende technische Planung durch den Auftragnehmer ausgeführt wird. Teilweise finden sich auch Regelungen, wonach der Auftragnehmer bestätigen soll, dass er die Pläne und Informationen, die der Auftraggeber bereitstellt, auf Durchführbarkeit, Vollständigkeit und Richtigkeit überprüft habe.[4] Der Auftragnehmer muss sorgfältig prüfen, ob er dies wirklich bestätigen kann, insbesondere, wenn die Zeit zwischen Ausschreibung und Vertragsunterschrift nur kurz ist und die Möglichkeiten, selbst die Gegebenheiten zu prüfen, begrenzt sind. Die Parteien werden hier im Einzelfall eine angemessene Lösung finden müssen. Auch

4 *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 307 Rn. 75; OLG München NJW-RR 1986, 382.

AGB-rechtlich zulässig sind Regelungen, wenn dem Auftragnehmer bei Realisierung eines Risikos eine zusätzliche Vergütung zusteht oder er vorab ausreichend in der Lage ist, ein abgrenzbares Risiko zu bewerten und einzupreisen. Übernimmt zudem der Auftraggeber vertraglich gerade die Planungsverantwortung, so sind Vollständigkeitsklauseln auch in AGB wirksam.[5]

5. Haftungsregelungen

Treten Fehler in der Anlage auf oder verzögert sich die Fertigstellung, so kann der Auftraggeber den erwarteten kommerziellen Gewinn nicht realisieren. Die gesetzlich vorgesehene Haftung des Auftragnehmers hätte im Anlagenbau nicht tragbare Folgen, die grundsätzliche Störanfälligkeit des Anlagenbauvertrags findet im BGB keine Berücksichtigung. Der Ausfall eines kleinen Teils kann zum Stillstand einer großen Anlage führen, wodurch jeden Tag ein hoher Schaden in Form entgangenen Gewinns des Auftraggebers entsteht. Der bekannte „Schwimmerschalter"-Fall als Schulbeispiel des „weiterfressenden Mangels" ist im Anlagenbau keine Ausnahme, sondern hinsichtlich der gravierenden Wirkungen kleiner Fehler der Regelfall. Insbesondere steht der hohe drohende Schaden in keinem Verhältnis zu den Gewinnmöglichkeiten des Anlagenbauers bei erfolgreicher Durchführung des Auftrags. Dies weiß auch der Auftraggeber und sichert sich zumindest teilweise durch den Abschluss einer Betriebsunterbrechungsversicherung ab. Aus diesem Grund sind bestimmte Haftungsausschlüsse und –begrenzungen üblich und akzeptiert, auch wenn Details von Projekt zu Projekt und von Branche zu Branche variieren. Daher weisen die Haftungsregelungen in Anlagenbauverträgen deutliche Abweichungen von der gesetzlichen Risikoverteilung auf[6]

Die Haftung für entgangenen Gewinn, Ertragsausfall sowie für indirekte und Folgeschäden wird ausgeschlossen. Ausnahmen von diesem Prinzip sind genau durch pauschalierte und der Höhe nach begrenzte Beträge geregelt. Ein Beispiel ist die bereits erläuterten technischen Leistungszusagen mit den pauschalierten Schadenersatz- oder Minderungsbeträgen, die auch ein Element des entgangenen Gewinns beinhalten. Entsprechendes gilt für die Haftung für Verzug mit der Fertigstellung der Anlage: Auch hier ist für jeden Tag des Verzugs ein bestimmter, vorher definierter Betrag zu zahlen, der insgesamt auf einen bestimmten Prozentsatz des Vertragspreises, beispielsweise 10%, beschränkt ist. Diese Haftung und die für die verschiedenen technischen Leistungszusagen werden üblicherweise zudem insgesamt auf einen weiteren Betrag, ebenfalls ausgedrückt als Prozentsatz des Vertragspreises, beschränkt.

Ferner wird die Haftung des Auftraggebers, gleich aus welchem Rechtsgrund, insgesamt auf einen Prozentsatz des Vertragspreises beschränkt. Dieser Betrag variiert stark von Branche zu Branche und kann beispielsweise bei 100% aber auch bei 20% liegen. Die Haftung für Schäden am Eigentum des Auftraggebers unterliegt einer weiteren Begrenzung pro Schadensfall und insgesamt. Diese Haftungsbegrenzung orientiert sich regelmäßig an der Höhe des Selbstbehalts der Allgefahrenversicherung, die der Auftraggeber für das Projekt abschließen wird.[7]

Durch Allgemeine Geschäftsbedingungen sind solche Regelungen nach dem derzeitigen Stand des Gesetzes und der Rechtsprechung nicht realisierbar, so dass die an der Vertragsgestaltung beteiligten Juristen darauf achten müssen, dass die kritischen Klauseln die Anforderungen an ein „Aushandeln" gem. § 305 I 3 BGB erfüllen.

Die Mängelhaftung wird ebenfalls ausführlich geregelt, im Prinzip den aus dem BGB bekannten Regelungen nachempfunden mit einigen Abweichungen im Detail. Rücktrittsrechte sind, wie aus der VOB/B für Bauverträge sowie bei Dauerschuldverhältnissen bekannt, regelmäßig ausgeschlossen, da dies zu einer unnötigen Zerstörung wirtschaftlicher Werte führen würde.[8]

6. Vielzahl von Projektbeteiligten

Auf Auftragnehmerseite füllen entweder mehrere Unternehmen die Rolle des Auftragnehmers gemeinsam im Rahmen eines offenen Konsortiums aus, oder ein Auftragnehmer lässt wichtige Teile der Lieferungen und Leistungen durch Subunternehmer ausführen oder bezieht diese von Lieferanten. Alternativ kann der Auftraggeber einzelne Pakete an verschiedene Auftragnehmer vergeben, so dass diese Pakete im Zusammenspiel eine funktionierende Gesamtanlage ergeben. Der Auftraggeber hat andererseits ein berechtigtes Interesse daran, den gesetzlich grundsätzlich erlaubten Einsatz von Dritten einzuschränken, um sicherzugehen, dass die technisch komplexe Anlage auch durch Unternehmen erstellt wird, in deren Qualität er vertraut. Daher werden zumindest bei den wesentlichen Teilen der Anlage die Subunternehmer vorab vertraglich festgelegt. Denn Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche helfen dem Auftraggeber schon wegen der üblichen Haftungsbeschränkungen und –ausschlüsse sowie der zeitlich befristeten Haftung nur eingeschränkt.

5 *Hartung,* in: Ganten/Jansen/Voit (Hg.), VOB/B, 3. Aufl. 2013, § 3 Nr. 3 Rn. 45; *Roquette,* Vollständigkeitsklauseln: Abwälzung des Risikos unvollständiger oder unrichtiger Leistungsbeschreibungen auf den Auftragnehmer, NZBau 2001, 57 (60) m. w. N.

6 *Benedict,* in: Roquette/Otto (Hg.), Vertragsbuch privates Baurecht, 2. Aufl. 2011, Teil C., Abschnitt VII. Rn. 5; *Joussen,* Der Industrieanlagen-Vertrag, 2. Aufl. 1996, S. 203 ff.; *v. Westphalen,* BB 1971, 1126 (1128).

7 *Lotz,* Haftungsbeschränkungen in Anlagenverträgen, ZfBR 2003, 424 (427); *Joussen,* Der Industrieanlagen-Vertrag, 2. Aufl. 1996, S. 203 ff.

8 *Cloppenburg,* in: Bock/Zons (Hg.), Rechtshandbuch Anlagenbau, 2013 (wird veröffentlicht).

In jedem Fall gibt es eine Vielzahl von Projektbeteiligten[9], was zu einem erhöhten Koordinationsaufwand und zu einer Reduzierung der Kontrollmöglichkeiten einzelner Beteiligter führt. Beispielsweise kann ein Auftragnehmer, der seine Verpflichtungen durch Einbindung Dritter erfüllt, zwar diese Dritten sorgfältig in technischer und kommerzieller Hinsicht qualifizieren und auswählen und die Terminplanung konservativ ausgestalten, jedoch kann er letztlich das Verzugsrisiko nur eingeschränkt kontrollieren. Der Auftragnehmer wird dennoch versuchen, die Verpflichtungen, die er gegenüber dem Auftraggeber eingeht, an seine Subunternehmer „durchzustecken", also den Vertrag so zu gestalten, dass der Subunternehmer ihn bei der Erfüllung des Hauptvertrags optimal unterstützt, ohne selbst Partei zu sein.[10]

7. Projektbegleitende Streitbeilegung

Arbeiten mehrere Beteiligte in einer Weise zusammen, dass die Leistungen so miteinander verknüpft sind, dass der Austausch (technischer) Informationen erforderlich ist, dass der Leistungsumfang eines Beteiligten auf die Leistungen eines anderen aufbaut, oder dass diese gleichzeitig auf der Baustelle tätig sind, so besteht immer das Risiko wechselseitiger Behinderungen oder Streitigkeiten um die Zuordnung von Fehlern oder Schäden.

Während des Baufortschritts kann es daher erforderlich sein, Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien zügig zu klären, so dass vertraglich Mechanismen alternativer Streitbeilegung vorgesehen werden. Häufig werden im Vertrag Eskalationsschritte vorgesehen, die im ersten Schritt Gespräche auf Projekt- und dann Managementebene, im zweiten Schritt beispielsweise die vorläufige Streitentscheidung durch einen neutralen Dritten bis hin zur finalen Lösung der Streitigkeit durch ein (im internationalen Anlagenbau übliches) Schiedsgericht vorsehen. Diese gestufte Herangehensweise liegt im Interesse beider Parteien, um Streitigkeiten zügig und damit auch kostengünstig beizulegen. Die Schnelligkeit liegt im Interesse der Parteien, damit während der Arbeiten verbindlich geklärt wird, wie der Bau fortgeführt werden soll, um die Kooperation der Parteien nicht zu belasten und auch um zeit- und damit auch kostenintensive (Schieds-) Gerichtsverfahren zu vermeiden.[11]

8. Internationalität

Die „Internationalität" des Anlagenbauvertrags kann sich aus verschiedenen Aspekten ergeben, wie etwa der Nationalität bzw. dem Sitz der Projektbeteiligten, der finanzierenden Banken, der Lage der Baustelle, der Rechtswahl oder dem Ort der Streitbeilegung. Dies führt oftmals dazu, dass die Vertragssprache Englisch ist. Ist das deutsche Recht auf den Vertrag anwendbar, so ist es eine Herausforderung, deutsche Rechtskonzepte auf Englisch zu regeln. Die „Internationalität" führt daher jedenfalls dazu, dass bei der Vertragsgestaltung und –durchführung Besonderheiten zu beachten sind.

Erfolgt die Errichtung in einem für den Auftragnehmer fremden Land, so kann dies die Risiken für den Auftragnehmer erhöhen und vertraglich regelungsbedürftig machen. Erforderliche Genehmigungen und andere lokale Besonderheiten (wie etwa technische Normen und Standards) sind dem Auftragnehmer möglicherweise nicht vollständig bekannt. Üblich ist es daher, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer bei der Beschaffung von Informationen über gesetzliche Vorgaben und von Genehmigungen behilflich ist. Bestimmte Risiken, die ihre Ursache im Land des Errichtungsortes haben, können im Einzelfall dem Auftraggeber zugeordnet werden, wie etwa bei Schäden oder Verzögerungen durch Terrorismus und Bürgerkrieg.[12]

Fragen der Verzollung, Besteuerung und der Im- und Exportgenehmigungen sind regelungsbedürftig. Es ist sinnvoll festzulegen, welche Partei für welche Schritte zuständig ist. Bei der Sicherung des Zahlungsanspruchs sind sachenrechtliche Sicherungsmöglichkeiten nicht erste Wahl, da beispielsweise die grenzüberschreitende Wirksamkeit eines Eigentumsvorbehalts genau geprüft werden muss und möglicherweise im Zielland nicht oder nicht ohne weiteres anerkannt wird. Bürgschaften oder Dokumentenakkreditive sind hingegen übliche Zahlungssicherheiten.

Somit kann die Frage, ob ein Vertrag „international" ist, nur sinnvoll vor dem Hintergrund der geprüften oder der (vertragsgestaltend) gewollten Rechtsfolgen diskutiert werden. Denn die „Internationalität" kann nach dem Exportkontrollrecht anders zu beantworten sein als für die Frage der Rechtswahl, des *ordre public* oder der Anwendbarkeit der New Yorker Konvention über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche.

IV. Relevanz des anwendbaren Rechts

In der Praxis ist der Anlagenbauvertrag durch ausführliche vertragliche Regelungen gekennzeichnet, die das zu-

9 *Joussen,* Der Industrieanlagen-Vertrag, 2. Aufl. 1996, S. 113 ff; *Nicklisch/Weick,* VOB/B, 3. Aufl. 2001, Einl. §§ 4 – 13, Rn. 124 ff.; *v. Westphalen,* BB 1971, 1126 (1128).

10 Siehe etwa *Nicklisch,* Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft, NJW 1985, 2361 ff.; *Vetter,* Subunternehmerverträge im internationalen Industrieanlagengeschäft, RIW 1986, 81 ff.

11 *Hobeck/Mahnken/Koebke,* Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Anlagenbau – Ein Auslaufmodell?, SchiedsVZ 2007, 225 (230); *Greger/Stubbe,* Schiedsgutachten, 2007, Rn. 20.

12 *v. Westphalen,* BB 1971, 1126 (1127); *Böckstiegel,* Vertragsklauseln über nicht zu vertretende Risiken im internationalen Wirtschaftsverkehr, RIW 1984, 1.

grundeliegende anwendbare Recht in den Hintergrund treten lassen. Alle aus Sicht der Parteien wichtigen Punkte sollen ausdrücklich geregelt werden. Einen deutschen Juristen kann die Detailtiefe solcher Verträge zunächst erstaunen, da das BGB zu einigen Fragen auch Regelungsmodelle anbietet, die dann im Vertrag nicht wiederholt werden müssten. Die Parteien bevorzugen aber ausführliche Regelungen, entweder, weil einer der Partner aus dem angloamerikanischen Rechtssystem schlicht daran gewöhnt ist, oder weil es als vorteilhaft angesehen wird, wenn in der Projektabwicklung klare Vorgaben im Vertrag enthalten sind, die zunächst ohne juristische Unterstützung verstanden und umgesetzt werden können, oder weil die Regelungen des BGB als für das konkrete Projekt nicht geeignet angesehen werden. Bei komplexen Anlagenbauprojekten sind die Verträge „Einzelanfertigungen", die die Risiken im Detail zwischen den Parteien verteilen.

Zeigen sich trotz der ausführlichen Regelungen „planwidrige" Lücken im Vertragswerk, die nicht nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu schließen sind, so kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Diese ergänzende Vertragsauslegung muss die im Vertrag aufgezeigte Risikoverteilung beachten, der darin angelegte hypothetische Parteiwille ist die Grundlage der ergänzenden Auslegung. Entspricht der Anlagenbauvertrag einem gesetzlichen Vertragstyp, so könnten im Einzelfall auch die gesetzlichen Regelungen bei der Lückenschließung zu berücksichtigen sein.[13] Dies ist jedoch nur sehr zurückhaltend möglich, da die Parteien durch die ausführlichen vertraglichen Regelungen gerade zu erkennen gegeben haben, dass sie sich nicht auf das anwendbare Recht verlassen möchten, und da die Charakteristika des Anlagenbauvertrags erheblich von gesetzlich normierten Vertragstypen abweichen.

Die detaillierten vertraglichen Regelungen entbinden die beteiligten Juristen jedoch nicht davon, sich über das anwendbare Recht und seine Auswirkung auf das Projekt Klarheit zu verschaffen. Die Parteien können gemäß Art. 3 I der Rom I-Verordnung (in ihrem Anwendungsbereich) das anwendbare Recht frei wählen. Nach Art. 14 I der Rom II-Verordnung[14] gilt dies im kommerziellen Bereich auch für außervertragliche Schuldverhältnisse, soweit die Regelung „frei ausgehandelt" wurde. Streitig aber zu bejahen ist die Frage, ob dies auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden kann.[15] Dies geschieht durch eine ausdrückliche Rechtswahlklausel. Das anwendbare Recht ist wichtig, weil trotz der ausführlichen Vertragsregelungen immer wieder Fragen auftauchen, die nicht geregelt und daher nach dem anwendbaren Recht zu beurteilen sind. Zudem gibt das anwendbare materielle Recht Auskunft über zwingende Vorschriften, von denen auch vertraglich nicht abgewichen werden kann. Trotz der Rechtswahl gelten in jedem Fall die international zwingenden Regelungen, Art. 9 Rom I-VO, sowie das einfach zwingende Recht des Staates, wenn bis auf die Rechtswahl der Sachverhalt nur Beziehungen zu dessen Rechtsordnung hat, wie etwa die §§ 305 ff. BGB (Art. 3 III Rom I-Verordnung). Bei einer AGB-rechtlichen Prüfung kommt es auf die Frage an, ob von einem wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Wertung abgewichen wurde, § 307 II BGB. Die maßgebliche gesetzliche Wertung ergibt sich aus den Normen des dispositiven Rechts, die beim Anlagenbauvertrag nach dem Parteiwillen und Regelungsgegenstand aber nur ausnahmsweise herzuziehen sind. Schließlich sind bei der Auslegung eines Vertrags die Auslegungsgrundsätze des anwendbaren Rechts anzuwenden, Art. 12 I lit. a) Rom I-Verordnung.

V. Vertragstyp

Rechtlich ist der Anlagenbauvertrag nicht immer leicht zu kategorisieren. Es gibt für den Anlagenbauvertrag keine spezifische gesetzliche Regelung, aufgrund des Bündels an Liefer- und Leistungsfristen enthält er Elemente verschiedener Vertragstypen, die im Einzelfall unterschiedlich stark ausgeprägt sind. Eine statische Einordnung verbietet sich, da dies den in der Praxis vielfältigen Gestaltungen nicht gerecht würde: Man kommt nicht darum herum, in jedem Einzelfall den jeweils maßgeschneiderten Vertrag zu untersuchen.

1. Gesetzliche Vertragstypen

Aufgrund der Erfolgsbezogenheit der Leistungen, bei dem typischerweise eine funktionierende Anlage geschuldet ist, enthält der Anlagenbauvertrag fast immer werkvertragliche Elemente, die im Vordergrund stehen werden. Daneben kann der Unternehmer Beschaffungspflichten übernehmen, die kaufrechtlich geprägt sind.

Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag ist nicht immer einfach. Ist der Parteiwille nicht eindeutig, so sind nach der Schwerpunkttheorie des BGH[16] für die Abgrenzung die Normen des Vertragstyps anzuwenden, der den rechtlichen und wirtschaftlichen Schwerpunkt bildet. Dabei ist auf die Art des zu liefernden Gegenstandes, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage und die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses abzustellen. Es ist zu klären, ob die Übergabe und Verschaffung des Eigentums im Vordergrund steht oder

13 *Ellenberger,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 157 Rn 6; BGH NJW 1982, 2190 (2191).

14 Rom I: Verordnung (EG) Nr. 593/2008; Rom II: Verordnung (EG) Nr. 864/2007.

15 *Ostendorf,* Die Wahl des auf internationale Wirtschaftsverträge anwendbaren Rechtsrahmens im Europäischen Kollisionsrecht: Rechtswahlklauseln 2.0, IHR 2012, 177 (179).

16 BGH NJW 2009, 2877; *Sprau,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 651 Rn. 3.

die Pflicht zur Herstellung einer Sache.[17] Sichere Abgrenzungskriterien sind dies nicht: Als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung eingeordnet wurde die Lieferung und Montage einer serienproduzierten Solaranlage[18] sowie die Lieferung und Montage einer Onshore-Windkraftanlage.[19] Als Werklieferungsvertrag eingeordnet wurde die Lieferung einer Siloanlage in Einzelteilen, mit der Konsequenz der Anwendung von Kaufrecht.[20] Beim Anlagenbauvertrag wird die geistige Leistung der Planung der Anlage, ihrer Reparatur oder Wartung sowie ihre Einbettung in eine Gesamtanlage mit spezifischen technischen Zielsetzungen im Vordergrund stehen, so dass regelmäßig vor allem Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen wird. Gibt es keinen Schwerpunkt, so sind die dem Vertragszweck am ehesten entsprechenden Normen anzuwenden.[21]

Weitere Elemente eines Anlagenbauvertrags sind oftmals dienstvertraglicher Natur, wie etwa Schulung des Bedienpersonals, Fabrikbesichtigungen, begleitende Informationspflichten und sonstige Beratungsleistungen, da der Unternehmer hier gerade keinen Erfolg schuldet. Elemente eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags kommen in Betracht, wenn Wartungspersonal der anderen Partei zu Schulungszwecken in die eigenen Wartungsteams integriert wird. In diesem Fall sind auch spezialgesetzliche Fragen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sowie tarifvertragliche Regelungen zu prüfen.

Zudem können Bestandteile des Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrechts hinzutreten, § 675 BGB.[22] Dies wird aber nur ausnahmsweise der Fall sein, etwa wenn der Auftragnehmer Material lediglich als Beauftragter des Auftraggebers und nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung beschafft.[23]Weitere Vertragsklauseln können Lizenzrechte regeln, etwa an Software oder Technologie.

2. Atypischer Vertrag

Neben den normierten Vertragstypen enthält ein Anlagenbauvertrag auch eigenständige Regelungselemente, die keinem klassischen Vertragstyp zugeordnet werden können. Auch ist Konsens, dass die Regelungen des BGB nicht adäquat sind, um den Charakteristika von Anlagenbauprojekten zu genügen und daher vertraglich modifiziert werden müssen. Teilweise passen Regelungen, die aus Bauverträgen und der VOB/B bekannt sind wie etwa die Regelungen zur Verlängerung von Ausführungsfristen, höhere Gewalt, Abschlagszahlungen, Sicherheiten und zu Anordnungsrechten.

Die Eigenart des Anlagenbauvertrags zeigt sich regelmäßig darin, dass der Vertrag mehr als eine bloße Kombination normierter Vertragstypen ist. Dies wirkt sich auch dadurch aus, dass bei Regelungslücken ein Rückgriff auf die gesetzlichen Normen eines Vertragstyps weder gewollt noch sinnvoll ist. Die aufgezeigten Charakteristika zeigen, dass bauvertragliche Regelungen nicht alle Besonderheiten das Anlagenbaus abdecken. Insbesondere bei internationalen Anlagenverträgen ist die ergänzende Vertragsauslegung vorzuziehen. Teilweise wird daher von einer Eigenständigkeit als Vertragstyp ausgegangen oder darauf verwiesen, dass der Vertrag keine feste Kontur aufweise.[24]

VI. Zusammenfassung

Internationale Anlagenbauverträge sind detailliert gestaltete, meist intensiv verhandelte und in Hauptdokumente und Anhänge verteilte Vertragskomplexe, bei deren Erstellung die Mitwirkung von Technikern, Kaufleuten und Juristen notwendig ist. Jede Fachrichtung muss zumindest ein Grundverständnis für die aus Sicht der anderen Experten erforderlichen Regelungen haben, damit ein stimmiges und damit praktisch brauchbares Vertragswerk entsteht. So werden technische Details zwar in getrennten Verhandlungsrunden von Technikern vereinbart und als technische Spezifikation in einen Vertragsanhang aufgenommen. Dennoch müssen die Personen, die die eher rechtlich geprägten Dokumente verhandeln, grundsätzlich verstehen, was in den Anhängen steht, um die – in der Hierarchie der Vertragsdokumente in aller Regel vorrangigen – rechtlichen Regelungen angemessen und widerspruchsfrei gestalten zu können. Auch zwischen den verschiedenen technischen Vertragsanhängen muss eine Abstimmung erfolgen. Ein Vertragswerk kann daher nicht in „rechtliche", „kaufmännische" und „technische" Teile aufgeteilt werden. Darin liegt der besondere Reiz, aber auch eine große Schwierigkeit bei der Erstellung von Anlagenbauverträgen. Der Anspruch, nicht auf gesetzliche Regelungen zurückzugreifen, sondern ein in sich geschlossenes und lückenloses Vertragswerk zu erstellen, erfordert einen guten Überblick und ein sicheres Beherrschen sowohl der gesetzlichen Regelungsmodelle als auch der (technischen) Besonderheiten des Regelungsgegenstands. Dabei helfen internationale Vertragsmuster, die Regelungen anbieten, die aber kritisch auf ihre Eignung und Vollständigkeit im Hinblick auf den konkreten Regelungsgegenstand zu prüfen sind.

17 *Sprau,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, Einf v § 631 Rn. 6.
18 BGH NZBau 2004, 326.
19 *Peters/Jacoby,* in: Staudinger, BGB, 2008, § 651 Rn. 15; BGH NJW-RR 2004, 850.
20 BGH NJW 2009, 2877.
21 *Grüneberg,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, v § 311 Rn. 26.
22 *Busche,* in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 235.
23 Dazu *v. Westphalen,* BB 1971, 1126 (1127).
24 *Hilgers/Kaminsky,* Anlagenbau, 2013, S. 15; *Joussen,* Der Industrieanlagen-Vertrag, 2. Aufl. 1996, S. 7.

Stephan Bauer*

Bestimmtheit und Vertraulichkeit im Umwandlungsrecht

Bei Spaltungsvorgängen gemäß §§ 123 ff. UmwG (Aufspaltungen, Abspaltungen oder Ausgliederungen) werden häufig neben Vermögensgegenständen auch Vertragsverhältnisse, Forderungen und Verbindlichkeiten auf einen anderen Rechtsträger übertragen. Nach § 126 I Nr. 9 UmwG müssen im Spaltungs- und Übernahmevertrag die übergehenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens genau bezeichnet werden.

Hierbei kann es zu einem Konflikt mit Geheimhaltungsinteressen und -verpflichtungen des übertragenden Rechtsträgers kommen. Denn der Spaltungs- und Übernahmevertrag und seine sämtlichen Anlagen werden mit Eintragung der Spaltungsmaßnahme im elektronischen Handelsregister veröffentlicht und sind somit für jedermann ohne größeren Aufwand einsehbar.

In diesem Beitrag werden die rechtlichen Rahmenbedingungen im Spannungsfeld zwischen Bestimmtheit und Geheimhaltung im Rahmen von Spaltungsvorgängen nach dem UmwG untersucht. Anschließend werden konkrete Lösungsvorschläge unterbreitet.

I. Bestimmtheitsanforderungen in Spaltungsvorgängen

1. Grundsätze

Nach § 126 I Nr. 9 UmwG muss der Spaltungs- und Übernahmevertrag eine genaue Bezeichnung der Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, die auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, sowie der übergehenden Betriebe und Betriebsteile enthalten.

Hierfür gilt der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz, d. h. die zu übertragenden Vermögensgegenstände müssen im Spaltungs- und Übernahmevertrag so genau bezeichnet werden, dass ein sachkundiger Dritter aufgrund der Beschreibungen die Vermögenswerte den einzelnen Rechtsträgern eindeutig zuordnen kann.[1]

Wie auch bei einer Sicherungsübereignung oder der Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern im Rahmen eines Unternehmenskaufs (*Asset Deal*) reicht die Bestimmbarkeit grundsätzlich aus.[2] Dabei kann auf Inventare und Bilanzen Bezug genommen werden, wenn deren Inhalt eine Zuweisung der Gegenstände ermöglicht (§ 126 II 3 UmwG).[3]

Die Bestimmung der übergehenden Wirtschaftsgüter kann weiter mit Hilfe sogenannter Allklauseln erfolgen.[4] Die Verwendung solcher „Allklauseln" sei insbesondere dann praxisgerecht, wenn größere Sachgesamtheiten abgespalten bzw. ausgegliedert würden.[5] Die Verwendung von „Allklauseln" hielt das OLG Schleswig sogar für Grundstücksübertragungen für zulässig, für die strengere Anforderungen in § 126 Abs. 2 UmwG geregelt sind. Das OLG Schleswig entschied, dass die Verwendung von „Allklauseln" für Grundstücksübertragungen dann zulässig ist, wenn Grundstücksrechte ausnahmslos übertragen werden und keine Zweifel daran bestehen, welche Grundstücksrechte übertragen werden sollen.[6]

2. Forderungen, Verbindlichkeiten und Verträge

Für Forderungen und Verbindlichkeiten gilt ebenfalls, dass diese einzeln nach Betrag, Schuldner und Fälligkeit, aber auch zusammenfassend über bestimmte gemeinsame Merkmale (aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb, einer bestimmten Art von Geschäften, einer bestimmten Art von Gläubigern oder Schuldnern oder aus einem bestimmten Zeitraum) bezeichnet werden können.[7]

Für Vertragsverhältnisse gilt grundsätzlich, dass diese anhand ihres Gegenstands, des/der Vertragspartners/Vertragspartnerin und des Unterschriftsdatums zu spezifizieren sind.[8] Eine zusammenfassende Bezeichnung, etwa aller zu einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zugehörigen Vertragsverhältnisse, ist zwar möglich. Erforderlich ist hier nach der Rechtsprechung aber eine zusammenfassende Bezeichnung, aus der klar hervorgeht, dass das betreffende Vertragsverhältnis übergehen soll.[9]

3. Verträge mit Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen

Die Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen, die abzuspaltenden bzw. auszugliedernden Betrieben oder Betriebsteilen zuzuordnen sind, gehen

* Dr. Stephan Bauer, LL.M. (Duke), ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Esche Schümann Commichau in Hamburg und dort in den Bereichen Gesellschaftsrecht, M&A, Restrukturierung und Erneuerbare Energien tätig.

1 *Schröer,* in: Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 126 Rn. 61.
2 *Schröer,* in: Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 126 Rn. 61.
3 Näher dazu: *Mayer,* in: Widmann/Mayer, UmwG, § 126 Rn. 202, 203, Stand: Februar 2013.
4 BGH NZG 2003, 1172 (1174).
5 BGH NZG 2003, 1172 (1174).
6 OLG Schleswig DNotZ 2010, 66 (68).
7 *Schröer,* in: Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 126 Rn. 67.
8 *Schröer,* in: Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 126 Rn. 72; *Berner/Klett,* NZG 2008, 601, 602; *Mayer* in: Widmann/Mayer, UmwG, § 126 Rn. 225, Stand: Februar 2013.
9 OLG Brandenburg vom 30.11.2010 – 6 U 66/08.

regelmäßig bereits im Wege eines Betriebsübergangs nach § 613a I 1 BGB auf den übernehmenden Rechtsträger über.[10] Eine genaue Beschreibung der übergehenden Arbeitsverhältnisse im Spaltungs- und Übernahmevertrag ist gleichwohl sinnvoll, wenn Arbeitsverhältnisse übergehen sollen, die nicht einem übergehenden Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet werden können.[11] Sollte sich durch die Übertragung im Wege der Spaltung oder Ausgliederung der Aufgabenbereich des/der Mitarbeiters/Mitarbeiterin ändern, ist für die Übertragung ausnahmsweise die Zustimmung des/der Mitarbeiters/Mitarbeiterin erforderlich.[12] Da Geschäftsführer/innen bzw. Vorstände von einem Betriebsübergang nicht erfasst sind, sind die Vertragsverhältnisse mit ihnen im Spaltungsvertrag gesondert zu nennen, wenn die entsprechenden Dienstverträge auf den aufnehmenden Rechtsträger mit übergehen sollen.

Für die Bestimmtheit der Bezeichnung der übergehenden Mitarbeiter/innen gilt dasselbe, das oben für Vertragsverhältnisse gesagt wurde.

II. Konflikt mit Geheimhaltungsinteressen und -pflichten

Es gibt Spaltungsvorgänge, in denen eine Zuordnung über die Bezeichnung des abzuspaltenden Betriebs(-teils) nicht möglich ist. Beispielsweise kann im Einzelfall eine abstrakte Abgrenzung schwierig sein, wenn einzelne Vermögensgegenstände, Verträge und/oder Mitarbeiter/innen sowohl von dem übertragenden als auch von dem übernehmenden Rechtsträger genutzt werden. Sollen Zweifelsfälle vermieden werden, ist in diesen Fällen eine genauere Zuordnung der zu übertragenden Vermögensgegenstände und Verträge nach den oben beschriebenen Grundsätzen erforderlich.

Die genaue Bezeichnung von Forderungen, Verbindlichkeiten und Verträgen unter Verwendung des Namens des/der jeweiligen Vertragspartners/Vertragspartnerin kann im Einzelfall im Konflikt mit Geheimhaltungsinteressen und -pflichten des übertragenden Rechtsträgers stehen. Denn der Spaltungs- bzw. Ausgliederungsvertrag ist mit sämtlichen Anlagen zur Eintragung im Handelsregister anzumelden und wird erst wirksam, wenn er im Handelsregister des übertragenden und des aufnehmenden Rechtsträgers eingetragen ist (§§ 129, 130, 125, 16, 17 UmwG). Die Eintragungen in das Handelsregister werden nach § 10 HGB im elektronischen Handelsregister bekannt gemacht, und zwar nach § 10 S. 2 HGB mit ihrem gesamten Inhalt. Im elektronischen Handelsregister wird auch der Spaltungsvertrag mit sämtlichen Anlagen veröffentlicht. Diese sind somit für jeden ohne größere Schwierigkeiten einsehbar.

In den allermeisten internationalen Verträgen, aber auch in zahlreichen innerdeutsch abgeschlossenen Verträgen, finden sich heutzutage Vertraulichkeitspflichten, die üblicherweise die Pflicht umfassen, nicht nur den Inhalt, sondern auch schon die Tatsache des Abschlusses des Vertrages vertraulich zu behandeln. Die Veröffentlichung kann – je nach Vereinbarung im Einzelfall – zu einem Kündigungsrecht des/der Vertragspartners/Vertragspartnerin, zu Vertragsstrafen oder zu (wenn auch schwer nachweisbaren) Schadensersatzpflichten führen.

In vielen Fällen haben aber auch schon die an der Spaltung bzw. Ausgliederung beteiligten Unternehmen ein vitales Interesse daran, dass ihre vertraglichen Beziehungen nicht für jedermann einsehbar sind. Insbesondere die Namen von Kunden/Kundinnen, häufig aber auch die Namen von Lieferanten/Lieferantinnen sind sensibel.

In Bezug auf Mitarbeiter/innen, aber auch in Bezug auf sonstige Vertragspartner/innen, die natürliche Personen sind, kommen datenschutzrechtliche Probleme hinzu. So ist mittlerweile allgemein anerkannt, dass im Rahmen von Unternehmenskäufen nicht nur während der Due Diligence Phase, sondern auch im Unternehmenskaufvertrag (dort z. B. in Anlagen zu Garantien über den Personalbestand) personenbezogene Daten von Mitarbeitern/innen und Kunden/Kundinnen anonymisiert werden müssen, damit keine personenbezogenen Daten i. S. v. § 3 BDSG nach § 4 BDSG genutzt werden.[13] Das Gleiche muss für Spaltungsverträge gelten, gerade wenn diese im elektronischen Handelsregister veröffentlicht werden.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie die Bestimmtheitsanforderungen § 126 I Nr. 9 UmwG mit den vorgenannten Geheimhaltungspflichten und -interessen in Einklang gebracht werden können.

III. Lösung des Konflikts

Die Bestimmtheitsanforderungen des § 126 I Nr. 9 UmwG sind strikte, wenn auch auslegungsfähige Anforderungen. Jedenfalls kommt als Lösungsansatz nicht eine Abwägung zwischen Geheimhaltungs- und Bestimmtheitsanforderungen in Betracht. Neben dem Risiko, dass ein Registergericht mangels Bestimmtheit der zu übertragenden Vermögensgegenstände die Eintragung der Spaltung bzw. Ausgliederung verweigert, besteht vor allem das Risiko, dass zwischen den Parteien des Spaltungsvertrages zu einem späteren Zeitpunkt Unsicherheit oder ein Disput besteht, welche Verträge, Forderungen und Verbind-

10 Näher dazu: *Mayer,* in: Widmann/Mayer, UmwG, § 126 Rn. 183, Stand: Februar 2013.
11 *Schröer,* in: Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 126 Rn. 73.
12 *Schröer,* in: Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 126 Rn. 73.
13 Siehe z. B. *Körber,* Geschäftsleitung der Zielgesellschaft und due diligence bei Paketerwerb und Unternehmenskauf, NZG 2002, 263 (267).

lichkeiten auf den aufnehmenden Rechtsträger übergehen sollten. Somit ist es keine Option, aus Geheimhaltungsgründen zulasten der Bestimmbarkeit Sammelbezeichnungen oder andere Bezeichnungen zu verwenden.

Zur Lösung dieses Problems ist stattdessen anzuraten, die Vertragsverhältnisse, Forderungen und Verbindlichkeiten, die auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen sollen, so genau zu bezeichnen, dass ein sachkundiger Dritter sie ggf. mit Hilfe weiterer Unterlagen zuordnen kann, sie jedoch so weit zu umschreiben, dass eine Zuordnung für nicht sachkundige Dritte, vor allem die Allgemeinheit, nicht möglich ist. Dies bietet sich gerade bei konzerninternen Spaltungs- bzw. Ausgliederungsvorgängen an, in denen häufig dieselben Vertragsmanagement- und Buchhaltungssysteme zum Einsatz kommen. So können z. B. bei konzerninternen Spaltungsvorgängen die Namen von Vertragsparteien durch Kunden- oder Lieferantennummern ersetzt werden.

Die oben genannte Lösung ist auch in Spaltungsvorgängen zwischen externen Dritten möglich, z. B. wenn auf ein im Unternehmen im Einsatz befindliches Vertragsmanagementsystem Bezug genommen wird. Alternativ können auch nur der Titel des Vertrages und das Vertragsdatum angegeben werden, wenn beiden Parteien eine eindeutige Zuordnung des Vertrages möglich ist. In jedem Fall ist es sinnvoll, die Art und Weise der Zuordnung vor Beurkundung des Spaltungsvertrages hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit mit dem beurkundenden Notar abzustimmen.

Jan-Marcus Rossa*

Das arbeitsrechtliche Sanierungsmandat – aus Arbeitgebersicht

Bei der Umsetzung von Restrukturierungs- oder Sanierungsprojekten sehen sich Unternehmen regelmäßig mit komplexen arbeitsrechtlichen Fragestellungen konfrontiert, die möglichst in der Planungsphase berücksichtigt worden sein sollten, um frühzeitig die Maßnahmen so zu gestalten, dass rechtliche Hürden umschifft und unnötige Risiken vermieden werden, die den Sanierungserfolg gefährden. Zeitliche Verzögerungen sind regelmäßig kostenintensiv. Es ist daher ein ganz wesentlicher Teil der anwaltlichen Beratung, das Unternehmen schon in dieser Planungsphase rechtlich zu begleiten, um sicherzustellen, dass die zu planenden Maßnahmen rechtlich umsetzbar sind. Auch muss sich der Unternehmer bereits in diesem Stadium bewusst sein, dass er die Arbeitnehmervertretungen bei Restrukturierungsmaßnahmen umfassend beteiligen muss. Es bestehen Unterrichtungs-, Beratungs- und Verhandlungspflichten und zahlreiche Einzelmaßnahmen bedürfen sogar der Zustimmung des Betriebsrats, bevor sie umgesetzt werden können. Diese arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen muss man bereits im Frühstadium der Planung im Blick haben, denn sie beeinflussen nicht unwesentlich die Ausgestaltung eines Sanierungskonzepts und die anschließenden Verhandlungen. Maßnahmen, die offensichtlich unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht um- bzw. durchsetzbar sind, sollten vermieden werden, da anderenfalls der Sanierungserfolg von vornherein gefährdet wäre.

I. Ausgangslage

Insbesondere in wirtschaftlich schwierigen Zeiten häufen sich Mitteilungen über Betriebsschließungen, Teilstilllegungen und Personalabbau. Auftragseinbrüche führen zu einem Wegfall von Beschäftigungsbedarfen und machen es häufig unausweichlich, die interne Unternehmensausrichtung zu überdenken und die Personalstruktur anzupassen. Veränderte Wettbewerbsbedingungen zwingen moderne Wirtschaftsunternehmen zu ständiger Marktanpassung, was sich zwangsläufig auf die Organisations- und Personalstrukturen auswirkt.[1] Doch auch fernab äußerer Faktoren kann es betriebswirtschaftlicher Notwendigkeit entsprechen, den Betrieb umzuorganisieren, beispielsweise wegen neuer Produktionsverfahren, Automatisierungen oder effizienterer Personaleinsatzmöglichkeiten. In Folge steigenden Kostendrucks hatte dabei insbesondere die Fremdvergabe ursprünglich eigener Aufgaben an externe Dienstleister oder Werkunternehmer („Outsourcing") in den vergangenen Jahren eine immer größere Bedeutung erlangt, um fixe Personalkosten durch flexible Einkaufskosten zu ersetzen. Dadurch versprachen sich viele Unternehmen eine Steigerung der Effizienz.

Werden Sanierungs- und Restrukturierungsmaßnahmen für notwendig erachtet, ist eine der ersten Fragen,

* Jan-Marcus Rossa ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Esche Schümann Commichau in Hamburg und dort in den Bereichen Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht tätig.

1 *Willemsen/Hohenstatt/Schweiber/Seibt,* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 4. Aufl. 2011, Rn. A 1.

die sich in arbeitsrechtlicher Hinsicht stellt, ob und in welchem Maße der Betriebsrat in die Planung dieser Maßnahmen einzubeziehen und an der Umsetzung zu beteiligen ist. Die meisten Restrukturierungsmaßnahmen sind Betriebsänderungen im Sinne des § 111 BetrVG. Hier besteht in der Praxis der größte Beratungsbedarf, wie nachfolgend dargelegt wird[2].

II. Die betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten des Arbeitsgebers bei Betriebsänderungen

§ 111 BetrVG verpflichtet den Arbeitgeber, einen in seinem Betrieb errichteten Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen umfassend zu unterrichten und mit ihm die geplanten Änderungen zu beraten, soweit die Maßnahmen wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können. Darüber hinaus hat er einen Interessenausgleich zu verhandeln und einen Sozialplan abzuschließen. Voraussetzung ist jedoch, dass die geplanten Sanierungsmaßnahmen eine Betriebsänderung darstellen.

1. Die Fallgruppen des § 111 S. 3 BetrVG

Das Gesetz nennt fünf Fallgruppen, die nachstehend kurz erläutert werden sollen. Streitig ist nach wie vor, ob die Aufzählung der Fallgruppen abschließend ist oder nicht[3]. Da der Gesetzgeber aber alle in der Praxis relevanten Fälle aufgezählt hat, ist dieser Streit in der Praxis ohne Bedeutung[4]. Liegt erkennbar einer der im Gesetz genannten Fallgruppen vor, dann unterstellt der Gesetzgeber, dass sie mit wesentlichen Nachteilen für die Belegschaft oder erheblichen Teilen derselben verbunden sein können[5].

a) Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen

Betriebsstilllegung bedeutet die Aufgabe des Betriebszwecks und die Auflösung der betriebsorganisatorischen Einheit sowie die Entlassung der Belegschaft aufgrund des ernsthaften und endgültigen Willensentschlusses des Arbeitgebers, den Betrieb nicht mehr fortführen zu wollen.

Soll nicht der ganze Betrieb sondern nur ein Betriebsteil im vorstehenden Sinne stillgelegt werden, weil zum Beispiel die Aufgaben einer Abteilung fremdvergeben werden, handelt es sich nur dann um eine Betriebsänderung, wenn der Betriebsteil wesentlich ist. Bei der Frage der Wesentlichkeit orientiert man sich grundsätzlich an den Schwellenwerten des § 17 I KSchG, sog. quantitative Betrachtung. Denkbar ist aber, dass in Ausnahmefällen ein Betriebsteil auch dann als wesentlich angesehen wird, wenn zwar der Schwellenwert nicht erreicht wird, der Betriebsteil aber für den Gesamtbetrieb eine „Schlüsselfunktion" hat. Die Frage, ob eine solche qualitative Bewertung möglich ist, hat das BAG allerdings bis heute ausdrücklich unentschieden gelassen[6].

Unter einer Betriebseinschränkung wird die Herabsetzung der Leistungsfähigkeit des Betriebes verstanden, wobei die Leistungsminderung auf einer Verringerung der sachlichen Betriebsmittel oder der Zahl der Arbeitnehmer beruhen kann[7].

b) Verlegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen

Mit Verlegung ist eine wesentliche Veränderung der örtlichen Lage des Betriebes/wesentlichen Betriebsteils gemeint. Ob eine räumliche Veränderung wesentlich ist, hängt insbesondere davon ab, ob die Verlegung spürbare Auswirkungen für die Arbeitnehmer/innen haben kann. Ein Wechsel auf die andere Straßenseite oder in das Nachbargebäude wird sicherlich nicht ausreichend sein. Eine Verlagerung um 4,3 Kilometer dagegen kann erheblich sein, wenn zum Beispiel die Verkehrsanbindung des neuen Standortes viel schlechter ist, als die des alten Standorts.

c) Zusammenschluss mit anderen Betrieben oder die Spaltung von Betrieben

Zusammenschluss bedeutet die Integration eines Betriebes in einen anderen Betrieb oder die Zusammenlegung von zwei Betrieben zu einem neuen Betrieb.

Die Betriebsspaltung ist das Gegenstück des Zusammenschlusses und bedeutet, dass aus einem Betrieb eine Organisationseinheit herausgenommen wird und als eigenständiger Betrieb fortgesetzt wird. Die Spaltung ist dadurch gekennzeichnet, dass aus einem Betrieb mehrere Betriebe geschaffen werden, also mindestens zwei neue Einheiten entstehen[8]. Der Begriff der Spaltung nach dem BetrVG ist nicht mit dem des Umwandlungsgesetzes gleichzusetzen, denn bei der betriebsverfassungsrechtlichen Spaltung kommt es allein auf die tatsächliche Spaltung der betrieblichen Organisation an.

Unklar ist lange Zeit gewesen, ob auch eine sog. Bagatellspaltung eine Betriebsänderung ist. Teilweise wird die

2 Auf eine Darstellung der Beteiligungsrechte des Wirtschaftsausschusses wird hier verzichtet, obgleich dieser gem. § 106 BetrVG Unterrichtungs- und Beratungsrechte hat.

3 Gegen abschließende Aufzählung insbesondere Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 111 Rn. 44; für eine abschließende Aufzählung u. a. *Annuß,* in: Richardi, BetrVG 13. Aufl. 2012, § 111 Rn. 41 ff.; beide m. w. N. zum aktuellen Meinungsstand.

4 So auch Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 111 Rn. 44.

5 Dies gilt wohl auch für die Spaltung, obgleich nach dem Wortlaut von der Spaltung kein erheblicher Teil der Belegschaft betroffen sein muss, vgl. BAG NZA 2008, 957 ff.; LAG Rheinland-Pfalz vom 10.09.2009 – 11 TaBV 13/09.

6 BAG NZA 2006, 932 ff.

7 Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 111 Rn. 71.

8 BAG NZA 2008, 957 ff.

Auffassung vertreten, dass es bei einer Abspaltung nicht darauf ankäme, ob es sich bei dem abgespaltenen Teil um einen wesentlichen oder erheblichen Teil handele[9]. Diese Ansicht scheint jedoch im Widerspruch zur Rechtsprechung des BAG zu stehen, das in seiner Entscheidung vom 18.03.2008 unter anderem auch ausgeführt hat, dass bei Spaltungen gem. § 111 Nr. 3 BetrVG die „Bagatellgrenze" zu beachten wäre[10]. Diese Auffassung wird bestätigt durch eine Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz vom 10.09.2009. Danach müsse auch bei einer Spaltung auf die Zahlengrenzen des § 17 I KSchG zurückgegriffen werden, wobei bei Unternehmen mit mehr als 600 Arbeitnehmern die Bagatellgrenze bei 5% der Belegschaft liege.[11]

d) Grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen

Betriebsänderungen dieser Art müssen grundlegend sein, d. h. sie müssen erhebliche Auswirkungen auf den Betriebsablauf haben.

Eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation liegt bei einer vollständigen oder weitgehenden Änderung des Betriebsaufbaus, der Gliederung des Betriebes oder seiner Zuständigkeiten vor. Grundlegende Änderungen des Betriebszwecks erfassen die arbeitstechnischen Zwecke, die der Betrieb verfolgt. Sie werden zum Beispiel angenommen, wenn sich das Unternehmen entschließt, bestimmte Arbeitsaufgaben nicht mehr im Unternehmen selbst wahrzunehmen, sondern durch externe Dienstleister durchführen zu lassen.

Betriebsanlagen sind alle Anlagen und Betriebsmittel, die dem arbeitstechnischen Produktions- und Dienstleistungsprozess dienen, also bei der Verfolgung des Betriebszwecks verwendet werden. Auch in diesem Fall muss der Grad der Änderung erheblich bzw. grundlegend sein.

e) Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren

Obgleich diese 5. Fallgruppe kaum von der vorstehenden Fallgruppe unterschieden werden kann, besteht der Unterschied darin, dass es bei der Einführung grundlegend anderer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren um die Gestaltung der Arbeit selbst geht. Eine Änderung der Arbeitsmethode wäre zum Beispiel die Einführung von Gruppenarbeit.

2. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Betriebsänderungen

Stellt man bei der Bewertung der Sanierungsmaßnahmen fest, dass diese die Voraussetzungen für eine, häufig sogar mehrere Fallgruppen einer Betriebsänderung erfüllen, dann hat der Arbeitgeber unterschiedliche Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu beachten. Zum einen muss er den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend über die geplanten Maßnahmen informieren. Anschließend müssen die geplanten Maßnahmen beraten werden, d. h., dass der Betriebsrat noch Einfluss auf die unternehmerische Entscheidung nehmen kann. Schließlich hat der Arbeitgeber zu versuchen, über die Betriebsänderungen einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat abzuschließen[12].

Da Betriebsänderungen regelmäßig wirtschaftliche Nachteile für Arbeitnehmer/innen mit sich bringen können, typischerweise der Verlust des Arbeitsplatzes und damit die Verschlechterung der Einkommensverhältnisse, muss der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat darüber hinaus einen Sozialplan abschließen, mit dem diese wirtschaftlichen Nachteile abgemildert oder ausgeglichen werden sollen.

a) Interessenausgleich

Mit dem Interessenausgleich vereinbaren Arbeitgeber und Betriebsrat das Ob und Wie der geplanten Betriebsänderung. Da es sich hier um den Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungen handelt, kann der Betriebsrat den Abschluss eines Interessenausgleichs nicht erzwingen. Er hat lediglich einen Verhandlungsanspruch. Um diesen Verhandlungsanspruch auch geltend machen zu können, ist es zunächst erforderlich, dass der Betriebsrat umfassend und unter Übergabe entsprechende Informationsunterlagen über die geplanten Maßnahmen unterrichtet wird. Bereits in diesem Stadium ist der Betriebsrat bei komplexeren Maßnahmen berechtigt, externe Sachverständige hinzuzuziehen, die das unternehmerische Konzept bewerten und ggf. auch Alternativlösungen entwickeln, um nachteilige Folgen für die Beschäftigten bereits durch die Gestaltung der Sanierungsmaßnahmen zu vermeiden. Das Recht des Betriebsrats, einen Sachverständigen hinzuzuziehen, ergibt sich allgemein aus § 80 III BetrVG, sofern die Beauftragung für die Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben erforderlich ist. Der Gesetzgeber unterstellt diese Erforderlichkeit bei größeren Unternehmen generell und räumt dem Betriebsrat in Unternehmen mit mehr als 300 Arbeitnehmern ohne weitere Prüfung der Erforderlichkeit den Anspruch auf einen Sachverständigen ein.

9 Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 111 Rn. 87.
10 So ausdrücklich BAG vom 18.03.2008 – 1 ABR 77/06, Rn. 17.
11 LAG Rheinland-Pfalz vom 10.09.2009 – 11 TaBV 13/09.
12 Vor Beginn der Unterrichtung und insbesondere vor Aufnahme der Verhandlungen über den Interessenausgleich muss auch geprüft werden, welches Gremium auf Seiten der Arbeitnehmer zuständig ist. Das hängt wesentlich vom Inhalt der betriebsändernden Maßnahmen ab. Beschränken sich die Auswirkungen auf einen Betrieb, ist der Betriebsrat zuständig. Sind mehrere Betriebe eines Unternehmens betroffen, wäre der Gesamtbetriebsrat zuständig. Ist eine Maßnahme unternehmensübergreifend, dann könnte auch der Konzernbetriebsrat zuständig sein.

Der Verhandlungsanspruch des Betriebsrats wird nur befriedigt, wenn der Arbeitgeber zuerst auf betrieblicher Ebene in Verhandlungen mit dem Betriebsrat eintritt, um einen Interessenausgleich abzuschließen. Gelingt dies nicht, kann der Präsident des Landesarbeitsamtes zur Vermittlung angerufen werden. Ist auch dies erfolglos oder erfolgt die Anrufung nicht, wird im Regelfall der Arbeitgeber die Einigungsstelle anrufen, da er ohne den ordnungsgemäßen Abschluss des Interessenausgleichsverfahrens mit der Umsetzung der betriebsändernden Maßnahmen nicht beginnen darf. Die Einigungsstelle darf aber nur auf eine Einigung hinwirken und kann diese nicht durch Spruch ersetzen, weil dies ein unzulässiger Eingriff in die Eigentumsrechte des Arbeitgebers wäre. Erst wenn in der Einigungsstelle die Verhandlungen über den Interessenausgleich gescheitert sind, was förmlich festzustellen ist, hat der Arbeitgeber den Verhandlungsanspruch des Betriebsrats erfüllt und darf mit der Umsetzung beginnen. Arbeitet er dieses Verfahren nicht ab und beginnt er mit der Umsetzung vor dem Abschluss des Interessenausgleichsverfahrens, entstehen zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer Nachteilsausgleichsansprüche gem. § 113 BetrVG. Arbeitnehmer, denen aufgrund der Betriebsänderung gekündigt wird, haben einen Abfindungsanspruch in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 KSchG. Sonstige wirtschaftliche Nachteile hat der Arbeitgeber für einen Zeitraum von 12 Monaten auszugleichen.

b) Sozialplan

Darüber hinaus muss zwischen den Betriebsparteien ein Sozialplan abgeschlossen werden, mit dem die wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der Betriebsänderung entstehen können, abgemildert oder ausgeglichen werden sollen. Der Abschluss des Sozialplans ist erzwingbar und kann von einer Einigungsstelle durch Spruch aufgestellt werden. Regelmäßig sehen Sozialpläne bei Entlassungen Abfindungen vor, aber auch Transfermaßnahmen, mit denen den Beschäftigten durch Qualifizierungen, Bewerbungstrainings etc. der Wechsel in eine Anschlussbeschäftigung erleichtert werden soll. Der Phantasie der Betriebspartner sind im Rahmen eines Sozialplans kaum Grenzen gesetzt, allerdings dürfen die Sozialplanleistungen zwei Obergrenzen nicht überschreiten.

Zum einen darf das Gesamtvolumen eines Sozialplans nicht den Fortbestand des Unternehmens oder die verbleibenden Arbeitsplätze gefährden.

Zum anderen, und das ist in den Verhandlungen mit dem Betriebsrat oder in der Einigungsstelle viel relevantere Grenze, darf der Sozialplan keine Leistungen vorsehen, die über einen Ausgleich bzw. einer Milderung der tatsächlichen wirtschaftlichen Nachteile hinausgehen. Eine Einigungsstelle würde nämlich nach der Rechtsprechung des BAG ihre Regelungskompetenz überschreiten, wenn sie Leistungen vorsieht, die über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die wirtschaftlichen Nachteile der Arbeitnehmer auszugleichen. Die Einigungsstelle darf deshalb keine Nachteile ausgleichen, die gar nicht entstanden sind und mit Sicherheit auch künftig nicht entstehen werden[13]. Das BAG hat in einer Entscheidung vom 24.08.2004 zur Obergrenze eines Sozialplans wie folgt ausgeführt[14]:

„Weil der Sozialplan einerseits in keinem Fall mehr als einen Ausgleich der mit der Betriebsänderung verbundenen Nachteile für die Arbeitnehmer bewirken soll, stellt der für den vollständigen Ausgleich dieser Nachteile benötigte Leistungsumfang den höchstmöglichen Sozialplanbedarf dar."

Weiter heißt es in dieser Entscheidung:

„Bei der Bemessung der den Arbeitnehmern entstehenden Nachteile darf die Einigungsstelle pauschale und typische Annahmen zugrunde legen. Deshalb konnte sie hinsichtlich der Aussichten der betroffenen Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt gem. § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG nach deren Alter differenzieren. Sie hat dementsprechend in § 2 Nr. 2 des Sozialplans vier Altersgruppen gebildet und diesen unterschiedliche Faktoren zur Berechnung vorgesehener Abfindungen zugeordnet. Die Abfindungen entsprechen dem Produkt aus der Dauer der Betriebszugehörigkeit, der Höhe der Monatsvergütung und einem „Multiplikator".

Trotz dieser Entscheidung dürfte es generell schwierig sein, den Wert eines Arbeitsverhältnisses zu beziffern. Was aber ist der Wert eines Arbeitsverhältnisses und wie hoch ist der wirtschaftliche Nachteil, wenn Beschäftigte aufgrund einer Betriebsänderung ihre Arbeitsverhältnisse verlieren. Anhaltspunkte ergeben sich sicherlich aus §§ 1 a, 9, 10 KSchG, § 113 BetrVG. Danach würde der Nachteil für den Verlust des Arbeitsplatzes mit einer Abfindung ausgeglichen werden, die 0,5 Bruttomonatsentgelte für jedes Jahr der Betriebszugehörigkeit beträgt. Das ist aber eine Größenordnung, die durchaus in Frage gestellt werden kann, je nachdem wie die Arbeitsmarktchancen sind. In der Praxis werden sich Betriebsräte im Normalfall auch nicht mit einer Abfindungsformel mit einem Faktor von 0,5 zufrieden geben und es ist dann eine Frage des Verhandlungsgeschicks und der Argumentation, auf welche Formel sich die Betriebsparteien am Ende einigen.

3. Weitere Beteiligungsrechte

Daneben bestehen weitere Beteiligungsrechte des Betriebsrats. Auf einige soll nur kurz eingegangen werden:

13 Vgl. BAG vom 06.05.2003 – 1 ABR 11/02, Rn. 50.
14 BAG vom 24.08.2004 – 1 ABR 23/03, NZA 2005, 302 ff.

a) Personalplanung

Gem. § 92 I 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über seine Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Jede Betriebsänderung setzt eine solche Personalplanung voraus, denn ohne Personalplanung können keine Entscheidungen über Personalbedarfe, über Kündigungen und Versetzungen getroffen werden, die regelmäßig bei der Umsetzung von Betriebsänderungen anstehen.

b) Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung

Kommt es im Zuge der Betriebsänderung zu Entlassungen, ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG zu beachten. Der Betriebsrat ist über die Kündigung vorab umfassend zu informieren, anderenfalls ist die Kündigung unwirksam.[15] Er hat die Möglichkeit, innerhalb einer Woche seine Bedenken zur beabsichtigten Kündigung gemäß § 102 II BetrVG zu äußern[16], der beabsichtigten Kündigung zuzustimmen[17], die Zustimmung gemäß § 102 III BetrVG zu verweigern oder die Wochenfrist verstreichen zu lassen, was als Zustimmungsfiktion gilt.[18] Widerspricht der Betriebsrat der Kündigung, kann der Arbeitgeber diese zwar trotzdem aussprechen, jedoch hat der betroffene Arbeitnehmer gemäß § 102 V BetrVG Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Kündigungsschutzprozesses.

Die ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung, insbesondere die vollständige und wahrheitsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats, ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Insofern muss die Anhörung sorgfältig vorbereitet werden, wobei im Hinblick auf die Kündigungsgründe auf einen Interessenausgleich verwiesen werden kann und häufig nur ergänzende Ausführungen erforderlich sind. Umfassend darzustellen ist die Sozialauswahl und das Fehlen freier Arbeitsplätze, auf denen der betreffende Arbeitnehmer weiter beschäftigt werden könnte. Gelingt es dem Arbeitgeber, im Interessenausgleich eine Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer zu vereinbaren, reduziert das die Prozessrisiken des Arbeitgebers erheblich, denn gem. § 1 V KSchG wird das dringende betriebliche Erfordernis für die betriebsbedingte Kündigung vermutet und die Sozialauswahl kann nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.

c) Zustimmung des Betriebsrats bei anderen personellen Einzelmaßnahmen

Kommt es im Zuge der Umsetzung des Restrukturierungsvorhabens zu Versetzungen, Einstellungen oder auch Umgruppierungen, hat der Betriebsrat gemäß § 99 BetrVG ebenfalls mitzubestimmen. Anders als bei der Kündigung dürfen solche personellen Maßnahmen grundsätzlich nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats umgesetzt werden. Verweigert der Betriebsrat nach Anhörung seine Zustimmung, ist der Arbeitgeber gezwungen, die Zustimmung durch arbeitsgerichtliche Entscheidung ersetzen zu lassen oder von der Maßnahme Abstand zu nehmen.[19]

Ausnahmsweise kann ohne Zustimmung des Betriebsrats eine solche personelle Maßnahme vorläufig gemäß § 100 BetrVG durchgeführt werden, sofern dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist.[20] Allerdings muss auch in diesem Fall das Arbeitsgericht angerufen werden, um zum einen festzustellen, dass die vorläufige Umsetzung der personellen Maßnahme auch ohne Zustimmung des Betriebsrats aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war, zum anderen um die Zustimmung zu ersetzen.[21]

d) Massenentlassungsanzeige

Schließlich ist die Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat bei Massenentlassungen gemäß § 17 II KSchG zu beachten. Der Arbeitgeber ist danach verpflichtet, mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige gegenüber der Agentur für Arbeit den Betriebsrat über die Gründe der geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden und entsprechend der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer, den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen, die Auswahlkriterien sowie die Abfindungsmodalitäten zu unterrichten. Diese Informationen erhält der Betriebsrat in der Regel im Zuge der Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen, so dass häufig im Interessenausgleich geregelt wird, dass der Betriebsrat mit Abschluss des Interessenausgleichs bestätigt, dass er ordnungsgemäß entsprechend § 17 II KSchG unterrichtet war und der Interessenausgleich seine abschließende Stellungnahme darstellt. Dies ist aber nicht ohne Risiko, wenn der Interessenausgleich und der Sozialplan nicht alle Informationen enthalten, über die der Betriebsrat schriftlich zu unterrichten ist. Es empfiehlt sich daher, dem Betriebsrat generell den Entwurf der Massenentlassungsanzeige, die bei der Arbeitsagentur erstattet werden soll,

15 Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 102 Rn. 1.
16 Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 102 Rn. 64.
17 *Bachner,* in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, BetrVG 13. Aufl. 2012, § 102 Rn. 187.
18 *Bachner,* in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, BetrVG 13. Aufl. 2012, § 102 Rn. 188.
19 *Willemsen/Hohenstatt/Schweiber/Seibt,* Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 4. Aufl. 2011, Rn. C 330.
20 Zum dringenden Erfordernis, siehe *Löwisch/Kaiser,* BetrVG 6. Aufl. 2010, § 100 Rn. 2.
21 Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 100 Rn. 11a.

vollständig ausgefüllt und unterschrieben auszuhändigen. Mit der oben erwähnten Erklärung im Interessenausgleich würde dann nur sichergestellt werden, dass die 2-Wochenfrist zur Stellungnahme nicht ablaufen muss.

III. Fazit

Die zahlreichen, zum Teil sehr komplexen Beteiligungsrechte der Betriebsräte bei Restrukturierungsprojekten machen es im Regelfall erforderlich, dass sowohl Arbeitgeber als auch Betriebsräte frühzeitig Berater heranziehen, die sie sowohl in betriebswirtschaftlichen als auch in rechtlichen Fragen beraten. Da alle Beteiligungsrechte des Betriebsrats voraussetzen, dass der Arbeitgeber der anderen Betriebspartei die für die Ausübung der Beteiligungsrechte erforderlichen Informationen und Unterlagen umfassend und vollständig zur Verfügung stellt, ist es sinnvoll, dass der Arbeitgeber von Anfang an den Betriebsrat vollständig und umfassend informiert. Solange der Betriebsrat nämlich geltend machen kann, nicht ordnungsgemäß informiert worden zu sein, kann er z. B. beim Interessenausgleichsverfahren die Aufnahme von Beratungen und Verhandlungen verweigern und bis zur vollständigen Unterrichtung könnte das Verfahren auch nicht durch die Anrufung der Einigungsstelle beschleunigt werden.

Das gilt entsprechend für die Anhörungsfristen bei Kündigungen, Versetzungen, Ein- und Umgruppierungen. Diese werden erst mit der vollständigen Unterrichtung in Gang gesetzt. Das zeigt, dass eine solide Vorbereitung der Planung sowie die Erstellung guter und umfassender Informationsunterlagen eine Grundvoraussetzung dafür sind, dass die Beteiligungsrechte zügig abgearbeitet werden können. Nichts ist dagegen schädlicher für den Verhandlungsprozess, als der Verdacht des Betriebsrats, der Arbeitgeber würde Informationen zurückhalten. Gute und vor allem zügige Verhandlungsergebnisse lassen sich nur erzielen, wenn zwischen den Parteien eine vertrauensvolle Zusammenarbeit tatsächlich möglich ist.

Oliver Stegmann*

Ist es zulässig, jemanden als „rechtsradikal" zu bezeichnen?

Es gibt presserechtliche Auseinandersetzungen, bei denen man sich fragt, warum sie erst vom Bundesverfassungsgericht zutreffend entschieden werden. Der nachfolgende Fall ist sicherlich zu dieser Kategorie zu zählen.

Ein Rechtsanwalt hatte auf seiner Kanzlei-Homepage einen Text mit der Überschrift „Die schleichende Revolution der Kosmokraten" veröffentlicht. Darin stellte er die These auf, dass es bis heute „zumeist die superreichen Familien Englands, Frankreichs und Hollands – größtenteils khasarische, also nicht-semitische Juden" seien, die das Wirtschaftsgeschehen in der Welt bestimmten. In einem weiteren Beitrag vertrat der Rechtsanwalt die Auffassung, das Grundgesetz habe einen „transitorischen Charakter" und sei lediglich ein ordnungsrechtliches Instrumentarium der Siegermächte.

Mit diesen Behauptungen setzte sich ein anderer Rechtsanwalt im Internet kritisch auseinander und schrieb: Sein Kollege liefere „einen seiner typischen rechtsextremen originellen Beiträge zur Besatzerrepublik BRD, die endlich durch einen bioregionalistisch organisierten Volksstaat zu ersetzen sei". Wer meine, „die Welt werde im Grunde von einer Gruppe khasarischer Juden beherrscht, welche im Verborgenen die Strippen ziehen", müsse es sich gefallen lassen, rechtsradikal genannt zu werden.

Der so Kritisierte ließ sich nicht lange bitten und klagte auf Unterlassung dieser Äußerungen – zunächst mit Erfolg. Denn das Landgericht Würzburg[1] und das Oberlandesgericht Bamberg[2] gaben dem Kläger Recht.

Das LG zog als Grundlage für das Verbot § 823 BGB i. V. m. § 1004 I 2 BGB analog heran. Die Bezeichnung des Klägers als „rechtsradikal" stelle einen widerrechtlichen Eingriff in dessen gemäß Art. 2 I und Art. 1 I GG geschütztes allgemeines Persönlichkeitsrecht dar. Dieser Eingriff wäre dem LG zufolge vom Kläger nur dann hinzunehmen gewesen, wenn sich die Behauptung als „zutreffend" hätte beweisen lassen oder unter das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 I GG

* Dr. Oliver Stegmann ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Esche Schümann Commichau in Hamburg und dort in den Bereichen Gewerblicher Rechtsschutz (Marken- und Wettbewerbsrecht, Patentrecht), Presserecht, Urheber- und Verlagsrecht und Vertragsrecht tätig. Der Artikel ist die überarbeitete Fassung eines Beitrags des Autors für die Zeitschrift Drehscheibe (http://www.drehscheibe.org/beitrag-zum-presserecht-dinge-beim-namen-nennen.html).

1 LG Würzburg vom 19.05.2010 – 21 O 179/10.

2 OLG Bamberg vom 25.10.2010 – 4 U 109/10.

gefallen wäre. Beides sei jedoch nicht der Fall, so das LG. Auf dem Weg zu diesem Befund analysierte das Gericht zunächst den Begriff „Rechtsextremismus" und kam zu dem Ergebnis, dass der Kläger nicht als „rechtsradikal" bezeichnet werden dürfe, weil aus seiner Äußerung nicht hervorgehe, dass er sich selbst einer überlegenen Gruppe von Menschen zuordne und er die von ihm erwähnten „superreichen Familien" als minderwertige Gruppe ansehe. Auch die Bewertung der Beiträge des Klägers durch den Beklagten als „rechtsradikal" unterfiel nach dem Dafürhalten des LG nicht dem Schutz des Rechts auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 I GG. Die vom Beklagten genannten Anknüpfungspunkte – also die Äußerung des Rechtsanwalts auf seiner Kanzlei-Homepage – seien insoweit nicht ausreichend gewesen.

Das OLG ordnete die kritischen Äußerungen des Rechtsanwalts über seinen Kollegen zwar anders als das LG als Meinungsäußerungen ein, sah in ihnen jedoch eine unzulässige Schmähkritik. Die durch den Beklagten vorgenommene Bewertung sei einem Beweis zwar nicht zugänglich. Es handle sich bei dieser Bewertung allerdings um Schmähkritik, weil der Beklagte den Kläger ohne jeden nachvollziehbaren Hintergrund aus völlig anderen Motiven als denen einer sachlichen Auseinandersetzung als „rechtsradikal" habe brandmarken wollen.

Beide Entscheidungen hatten vor dem BVerfG[3] keinen Bestand. Was hatten die Instanzgerichte übersehen?

Das BVerfG erachtete die Verfassungsbeschwerde als offensichtlich begründet gemäß § 93c I 1 BVerfGG, da die Urteile des LG und des OLG den beklagten Kritiker in seinem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung verletzten. Beide Instanzen verkannten dabei nach Auffassung des BVerfG Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit.

Das Urteil des LG war dem BVerfG zufolge fehlerhaft, weil es die Kritik, der Kläger sei „rechtsradikal", offenbar als erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung eingeordnet hatte. Da erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen nicht in den Schutzbereich des Art. 5 I GG fallen, war dieses Grundrecht durch das LG so verkürzt worden, dass die streitgegenständliche Äußerung ganz aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit herausfiel.

Hinsichtlich der Entscheidung des OLG bestätigte das BVerfG natürlich, dass es sich bei den angegriffenen Formulierungen um Meinungsäußerungen handelt. Um zu klären, ob eine Äußerung eine Tatsachenbehauptung ist oder ob es sich um ein Werturteil handelt, prüfen die Gerichte, ob es möglich ist, den Inhalt der Äußerung als wahr oder unwahr zu beweisen. Falls ja, handelt es sich um eine Tatsachenbehauptung. Ist diese Beweisführung hingegen nicht möglich, weil die Äußerung durch ein Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist, dann liegt eine Meinungsäußerung vor. Den Fehler des OLG sah das BVerfG dann allerdings darin, dass das Gericht die Äußerungen als Schmähkritik angesehen hatte und damit ebenfalls aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit herausfallen ließ. Der Einordnung der Meinungsäußerungen als Schmähkritik widersprach das BVerfG, denn eine Schmähkritik ist immer eine unsachliche Kritik. Der Bundesgerichtshof drückt es folgendermaßen aus: Bei der Schmähkritik steht *„nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung des Betroffenen im Vordergrund […], der jenseits polemischer und überspitzter Kritik herabgesetzt und gleichsam an den Pranger gestellt wird."* [4] Der Begriff „Schmähkritik" ist eng definiert und liegt gerade bei der Diskussion eines Themas, das die Öffentlichkeit wesentlich berührt, nur ausnahmsweise vor. So war das BVerfG in diesem Fall der Auffassung, dass alle angegriffenen Äußerungen einen Sachbezug hatten. Das BVerfG verwies den Fall daher zur erneuten Entscheidung an das LG zurück und gab dem Gericht gleich eine klare Empfehlung mit auf den Weg: Im Rahmen der erforderlichen Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit des meinungsfreudigen Kritikers und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Unterlassungsklägers werde das LG zu berücksichtigen haben, dass der Unterlassungskläger allenfalls in seiner Sozialsphäre betroffen sei, die Meinungsfreiheit des Kritikers hingegen in ihrem Kern. Zudem habe der Kritisierte seine Beiträge selbst öffentlich zur Diskussion gestellt. Dann müsse zur öffentlichen Meinungsbildung auch eine inhaltliche Diskussion möglich sein.

3 BVerfG vom 17.09.2012 – 1 BvR 2979/10 (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20120917_1bvr297910.html).

4 BGH vom 11.03.2008 – VI ZR 7/07 – *Gen-Milch*, Rn. 29.

Karin Friedrich-Büttner/Ulrich Kühle*

Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag – Unterschiede und Gemeinsamkeiten

Viele Menschen haben das Bedürfnis, ihre Rechtsnachfolge im Zusammenwirken und in Abstimmung mit anderen, nahestehenden Personen zu regeln. Zentrales Anliegen der Beteiligten ist dabei häufig, eine erbrechtliche Bindungswirkung herzustellen. Denn vielfach besteht die Bereitschaft, selbst eine bestimmte Person von Todes wegen zu bedenken nur aufgrund der Gewissheit, dass auch eine andere Person ein bestimmtes Verhalten zeigen oder eine bestimmte Verfügung von Todes wegen errichten wird. Nicht nur bei Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern, auch in nichtehelichen Lebensgemeinschaften sowie im Eltern-Kind-Verhältnis ist eine solche Interessenlage häufig anzutreffen. Als erbrechtliche Gestaltungsmittel stehen hier in erster Linie zwei Rechtsinstitute zur Verfügung: das gemeinschaftliche Testament und der Erbvertrag. Neben vielen Gemeinsamkeiten weisen das gemeinschaftliche Testament und der Erbvertrag aber auch erhebliche Unterschiede auf. Diese betreffen sowohl ihre Voraussetzungen als auch ihre Wirkungen. Der folgende Beitrag möchte die wichtigsten Punkte skizzenartig darstellen und eine erste Hilfestellung auf dem Weg zur optimalen gemeinsamen Nachfolgegestaltung bieten.

I. Persönliche Voraussetzungen

Ein gemeinschaftliches Testament kann ausschließlich gemeinsam von Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartnern errichtet werden, vgl. § 2265 BGB und § 10 IV 1 LPartG. Aus diesem Grunde wird es auch häufig als „Ehegattentestament" bezeichnet. Der Erbvertrag hingegen hat keine besonderen persönlichen Voraussetzungen. Er kann zwischen beliebigen Personen geschlossen werden; auch Ehegatten steht es frei, einen Erbvertrag zu schließen. Während an einem gemeinschaftlichen Testament notwendigerweise nur zwei Personen beteiligt sein können, kann ein Erbvertrag unter Umständen auch von mehr als zwei Personen gemeinsam abgeschlossen werden.[1]

II. Förmliche Voraussetzungen

Der Erbvertrag kann gemäß § 2276 I 1 BGB nur zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden. Ein privatschriftlich errichteter Erbvertrag ist nach § 125 S. 1 BGB unwirksam. Das gemeinschaftliche Testament kann dagegen auch privatschriftlich wirksam verfasst werden. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass ein Ehegatte den gemeinsamen letzten Willen handschriftlich nieder- und unterschreibt. Der andere Ehegatte muss das Testament dann lediglich ebenfalls unterschreiben, vgl. § 2267 S. 1 BGB. Auch das gemeinschaftliche Testament kann in notarieller Form errichtet werden.

III. Bindungswirkung bzw. Aufhebung

Sowohl durch den Erbvertrag als auch durch das gemeinschaftliche Testament kann bezüglich der Berufung von Erben und Vermächtnisnehmern sowie der Anordnung von Auflagen eine Bindungswirkung des betreffenden Erblassers eintreten. Voraussetzung hierfür ist, dass die betreffende Anordnung im Erbvertrag „vertragsmäßig" im Sinne des § 2278 BGB erfolgt bzw. im gemeinschaftlichen Testament „wechselbezüglich" gemäß § 2270 I BGB vorgenommen wird. Andere Anordnungen als die zuvor genannten, etwa die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, können gemäß § 2270 III BGB bzw. § 2278 II BGB nicht vertragsmäßig bzw. wechselbezüglich getroffen werden. Auf sie kann sich die Bindungswirkung deshalb nicht erstrecken. In der Bindungswirkung liegt der wesentliche Unterschied zu den Wirkungen eines „einfachen" einseitigen Testaments. Während dieses jederzeit durch ein neues Testament widerrufen werden kann, ist ein Widerruf bindender Verfügungen in Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament nur in eingeschränktem Maße möglich. Hinsichtlich des konkreten Umfangs der Bindungswirkung bestehen zwischen diesen Instituten jedoch durchaus Unterschiede.

1. Gemeinschaftliches Testament

Beim gemeinschaftlichen Testament besteht zu Lebzeiten beider Ehegatten noch keine echte Bindungswirkung. Beide Ehegatten können ihre eigenen, im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen vollständig gegenüber dem anderen Ehegatten widerrufen. Erforderlich dafür ist nach § 2271 I 1 BGB i. V. m. § 2296 II BGB allerdings, dass dem anderen Ehegatten die Widerrufserklärung in notariell beurkundeter Form zugeht; dieser soll die Möglichkeit zur Kenntnisnahme vom Widerruf erlangen, um hierauf reagieren zu können.[2] Sofern ein

* Karin Friedrich-Büttner ist Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, Fachanwältin für Familienrecht und Partnerin der Sozietät Esche Schümann Commichau in Hamburg und dort in den Bereichen Erb- und Familienrecht sowie Vermögensnachfolge tätig. Dr. Ulrich Kühle ist Rechtsanwalt und als Associate in dieser Sozietät in den Bereichen Erbrecht und Vermögensnachfolge tätig.

1 *Weidlich,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2274 Rn. 3.

2 Vgl. *Kössinger,* in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2011, § 14 Rn. 23.

Ehegatte die Einsetzung von Erben oder Vermächtnisnehmern auf diese Weise wirksam widerruft, sind wegen § 2270 I BGB häufig auch entsprechende Anordnungen des anderen Ehegatten automatisch unwirksam. Durch die Errichtung eines inhaltlich abweichenden einseitigen Testaments kann die Bindungswirkung indes nicht von einem Ehegatten allein überwunden werden. Jederzeit möglich ist jedoch die einvernehmliche Änderung oder Aufhebung des gemeinschaftlichen Testaments.[3]

Nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten kann der länger lebende Ehegatte die im gemeinschaftlichen Testament vorgenommene Berufung von Erben und Vermächtnisnehmern grundsätzlich nicht mehr widerrufen. Nun greift die Bindungswirkung. Nur wenn der länger lebende Ehegatte das Erbe oder Vermächtnis nach dem Erstversterbenden ausschlägt, kann er wieder ein wirksames neues Testament errichten, vgl. § 2271 II 1 HS 2 BGB. Er muss sich seine Testierfreiheit also förmlich erkaufen.

Die Ehegatten können allerdings einen Vorbehalt vorsehen, demzufolge der länger lebende seine Verfügung von Todes wegen nach dem Tode des Erstversterbenden – vollständig oder in bestimmten Grenzen – ändern darf, ohne ausschlagen zu müssen.[4]

2. Erbvertrag

Der Erbvertrag ist grundsätzlich bereits mit seinem Abschluss bindend.[5] Nach der Konzeption des Gesetzes kann sich eine Partei auch zu Lebzeiten der Vertragsparteien nur in ganz engen Ausnahmen von der Bindungswirkung befreien, vgl. §§ 2293 ff. BGB. Abweichende letztwillige Verfügungen sind nach § 2289 I BGB grundsätzlich unwirksam. Diese im Vergleich zum gemeinschaftlichen Testament stärkere Bindung gilt auch für die Zeit nach dem Tod der ersten Vertragspartei. Grundsätzlich kann die länger lebende Vertragspartei eines Erbvertrages die Freiheit zur wirksamen Errichtung eines neuen Testaments noch nicht einmal durch Ausschlagung dessen zurückerlangen, was ihm vom Erstversterbenden zugewandt wurde.

Diese strengen Regeln können jedoch durch die Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehaltes abgemildert werden. Sofern die Parteien von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, können Sie im Ergebnis eine Bindungswirkung herbeiführen, die derjenigen beim gemeinschaftlichen Testament entspricht.[6]

IV. Schutz gegen lebzeitige Verfügungen

Zu Lebzeiten eines Erblassers besteht für die in dessen letztwilliger Verfügung bedachte Person grundsätzlich kein Schutz dagegen, dass der Erblasser sein Vermögen an Dritte überträgt. Dies gilt im Grundsatz auch für Personen, die in einem gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag bedacht sind, vgl. §§ 2287, 2288 BGB.[7] Insoweit gelten jedoch auch Einschränkungen. Um der Gefahr einer Aushöhlung der Bindungswirkung zu begegnen, kann der sog. Vertragserbe gemäß § 2287 BGB unter gewissen Umständen die Herausgabe von solchen Werten verlangen, die der erbvertraglich gebundene Erblasser verschenkt hat. Ein solcher Herausgabeanspruch besteht jedoch erst ab dem Tod des Erblassers.

Gleiches gilt für den Begünstigten eines gemeinschaftlichen Testaments hinsichtlich solcher Schenkungen, die der länger lebende Ehegatte nach dem Tod des Erstversterbenden vorgenommen hat. Denn zu diesem Zeitpunkt bestand bereits eine Bindungswirkung des länger lebenden Ehegatten.[8]

V. Verbindung mit Erklärungen unter Lebenden

Ein Erbvertrag kann ohne große Probleme mit weiteren Rechtsgeschäften – insbesondere Eheverträgen – verbunden werden; dies ergibt sich schon aus § 34 II HS 2 BeurkG.[9] Zudem enthalten nicht wenige Erbverträge eine Verpflichtung zur Erbringung von Pflegeleistungen. Hier verpflichtet sich eine Vertragspartei – häufig ein Abkömmling – dazu, den Erblasser zu versorgen und erhält dafür die gesicherte Aussicht, diesen einmal zu beerben.

Die Verbindung eines gemeinschaftlichen Testaments mit weiteren Rechtsgeschäften zwischen den Ehegatten ist zwar theoretisch möglich, in der Praxis jedoch äußerst unüblich.

VI. Verwahrung und Kosten

Haben Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament privatschriftlich errichtet, können sie dieses entweder privat verwahren oder in die amtliche Verwahrung des Amtsgerichts geben. Bei einem notariell beurkundeten gemeinschaftlichen Testament ist die Verwahrung durch das Amtsgericht obligatorisch, § 34 I 4 BeurkG.

3 *Weidlich,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2271 Rn. 2.
4 *Kanzleiter,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2006, § 2271 Rn. 56 m. w. N.
5 Siehe dazu etwa *Kanzleiter,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2006, § 2271 Rn. 28; *Kössinger,* in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2011, § 14 Rn. 38.
6 *Kössinger,* in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2011, § 14 Rn. 38.
7 Diese Normen gelten unmittelbar nur für vertragsmäßige Verfügungen in Erbverträgen. Sie sind jedoch auf wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten nach Eintritt der Bindungswirkung entsprechend anzuwenden, vgl. etwa BGH NJW 1982, 43.
8 Zwar gilt auch § 2287 BGB unmittelbar nur für den Vertragserben beeinträchtigende Schenkungen. Die Norm wird jedoch im Rahmen des gemeinschaftlichen Testaments entsprechend auf solche Schenkungen angewendet, die der länger lebende Ehegatte nach Eintritt der Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen vornimmt.
9 *Musielak,* in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2010, Vor § 2274 Rn. 19.

Der vor einem Notar zu errichtende Erbvertrag kann ebenfalls in die amtliche Verwahrung des Amtsgerichts gebracht werden. Daneben besteht die Möglichkeit der Verwahrung durch den Notar.[10] Eine private Verwahrung des Originals ist ausgeschlossen.

Die notarielle Beurkundung löst Notargebühren aus. Deren Höhe bestimmt sich nach dem Wert des Vermögens der Beteiligten.[11] Da ein Erbvertrag zwingend der notariellen Beurkundung bedarf, sind diese Kosten hier nicht zu vermeiden.

Errichten Ehegatten ihr gemeinschaftliches Testament privatschriftlich, können sie die Beurkundungskosten einsparen. Kosten in ähnlicher Höhe entstehen dann jedoch regelmäßig nach dem Erbfall. Denn ohne die Existenz eines notariell beurkundeten Testaments ist die Beantragung eines Erbscheines jedenfalls dann unumgänglich, wenn sich im Nachlass Immobilien oder Bankguthaben befinden.[12] Die Gesamtkosten des Erbscheines entsprechen denen der notariellen Beurkundung.

VII. Fazit

Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag sind die Mittel der Wahl, um zwischen verschiedenen Personen eine erbrechtliche Bindungswirkung herzustellen. Da beide Institute ungeachtet vieler Gemeinsamkeiten jedoch auch deutliche Unterschiede aufweisen, bedarf es einer fundierten Beratung, um im Einzelfall die maßgeschneiderte und damit optimale Lösung für alle Beteiligten zu finden.

10 Vgl. § 34 II, III BeurkG.

11 Maßgeblich für die Berechnung der Notargebühren sind anstelle der bislang geltenden KostO seit dem 01.08.2013 die Normen des GNotKG, die hier nicht im Einzelnen dargestellt werden können. Verfügen beide Ehegatten zusammen über ein Vermögen in Höhe von 500.000 €, löst die notarielle Beurkundung eines Erbvertrages oder eines gemeinschaftlichen Testaments danach beispielsweise Notarkosten in Höhe von 1.870 € aus. Hinzu kommen Auslagen des Notars, Verwahrkosten und Mehrwertsteuer.

12 Siehe hierzu etwa *Seiler,* in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 1. Aufl. 2011, § 2353 Rn. 1 und 8.

Daniel Valdini*

Die Vereinbarkeit der Hilfsmittelverfügung für die Zweite Juristische Staatsprüfung mit dem europäischen Beihilfenrecht

In allen Bundesländern sind im schriftlichen Teil des Zweiten Juristischen Staatsexamens nur Gesetzessammlungen und Kommentare eines einzigen deutschen Verlagshauses als Hilfsmittel zugelassen. Diese Hilfsmittelbeschränkungen führen zu einem erheblichen Wettbewerbsvorteil für dieses Unternehmen. Der Beitrag setzt sich daher mit der Frage auseinander, inwieweit die Hilfsmittelverfügungen im Zweiten Juristischen Staatsexamen mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar sind. Dabei wird auch analysiert, ob die bisherige Rechtsprechung des EuGH, der in ähnlichen Konstellationen das Vorliegen einer Beihilfe regelmäßig verneint, der Annahme einer Beihilfe im vorliegenden Fall entgegensteht. Zuletzt zeigt der Beitrag auch einen Lösungsansatz für diese wettbewerbsrechtlich bedenkliche Situation auf.

I. Einleitung

Bei der Anfertigung der Prüfungsarbeiten im Zweiten juristischen Staatsexamen sind im Gegensatz zur Ersten Juristischen Staatsprüfung Handkommentare als Hilfsmittel zugelassen. Diese Hilfsmittel sind grundsätzlich von den Prüflingen mitzubringen, es besteht jedoch keine Pflicht, Hilfsmittel zu verwenden. Welche Hilfsmittel im Einzelnen erlaubt sind wird in dreizehn[1] im Wesentlichen gleichlautenden Hilfsmittelverfügungen[2], die von den jeweiligen Landesjustizprüfungsämtern erlassen werden, festgelegt. Aufmerksamkeit erregt dabei vor allem eine allen Hilfsmittelverfügungen gemeinsame und im Kern identische Bestimmung: Egal ob Gesetzessammlung oder Handkommentar – zugelassen werden nur Printerzeugnisse einer einzigen deutschen Verlagsgruppe.[3] Diese Einschränkung führt zu einem Wettbewerbsvorteil für diese Verlagsgruppe, denn zumindest in Bezug auf einen Teilabschnitt der juristischen Ausbildung muss keinerlei Wettbewerb mit anderen Verlagen befürchtet wer-

* Dr. iur., Wirtschaftsjurist (Universität Bayreuth). Der Verfasser ist Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg. Der Beitrag basiert auf einem Kolloquiumsvortrag an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

1 Berlin und Brandenburg sowie Schleswig-Holstein, Bremen und Hamburg haben jeweils ein gemeinsames Justizprüfungsamt errichtet und demgemäß auch eine gemeinsame Hilfsmittelverordnung.

2 Teilweise auch Hilfsmittelverordnung, Hilfsmittelbekanntmachung, Verwaltungsvorschrift (BW) oder schlicht Weisung (NRW) genannt.

3 Vgl. beispielsweise Nr. II. A. und B. VerwHilfsmittel BW oder Nr. I. Hilfsmittelbekanntmachung ZJS Bayern.

den. Mittelbar zieht diese Regelung auch weitere Effekte nach sich. So dürfte sich die Regelung nicht nur auf den Bestand der entsprechenden Gesetzessammlungen und Kommentare in Bibliotheken – vor allem in Ausbildungsbibliotheken wie Universitäts- und Gerichtsbibliotheken – auswirken, sondern es ist auch nicht auszuschließen, dass das Konsumverhalten der Prüflinge selbst schon lange vor der eigentlichen Prüfung beeinflusst wird (z. B. frühzeitiger Kauf der Gesetzessammlungen und der dazugehörigen Nachlieferungen).

Angesichts dieser bedenklichen Effekte ist es nicht überraschend, dass die Hilfsmittelverfügungen und die ihnen zugrundeliegenden Ermächtigungsgrundlagen in den Fokus der Rechtsprechung gerieten.[4] Unbeantwortet blieb dabei aber bislang die Frage, ob diese bundesweit einheitlich lautende Regelung auch mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar ist. Art. 107 I AEUV erklärt nämlich mitgliedstaatliche Beihilfen, die ein einzelnes Unternehmen begünstigen, grundsätzlich für verboten. Man mag sich kurz fragen, warum gerade das europäische Beihilfenrecht diesen rein deutschen Sachverhalt überhaupt erfassen sollte. Dies liegt daran, dass die Beihilfevorschriften nur über eine vergleichsweise niedrige räumliche Anwendungsschwelle verfügen. So setzen sie nach Ansicht des EuGH lediglich voraus, dass die fragliche Maßnahme geeignet ist, den mitgliedstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.[5] Auch die Tatsache, dass die Hilfsmittelverfügungen nicht als Beihilfe bezweckt sein mögen, steht der Annahme einer Beihilfe nicht entgegen: Für das Vorliegen einer Beihilfe kommt es nicht auf Bezeichnung oder Zweck, sondern ausschließlich darauf an, ob die Maßnahme beihilfegleiche Wirkung entfaltet.[6]

II. Die Bewertung der Hilfsmittelverordnungen am Maßstab des Art. 107 I AEUV

1. Festlegung des Prüfungsmaßstabs - Das Verhältnis des Beihilfenrechts zu den Grundfreiheiten

Wie schon in der Einleitung angedeutet, lässt sich die Bestimmung, dass nur Gesetzessammlungen und Kommentare einer einzigen Verlagsgruppe zugelassen werden, unterschiedlich einordnen. Zum einen wird durch die Regelung einem bestimmten Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil verschafft. Zum anderen könnte man hierin aber auch eine Beschränkung im Sinne der Dassonville-Rechtsprechung[7] sehen, so dass man u. U. die Grundfreiheiten neben[8] Art. 107 AEUV als Prüfungsmaßstab heranziehen könnte. Überschneidungen im Anwendungsbereich beider Rechtsinstitute sind nicht ungewöhnlich.[9] Mit Blick auf das in Art. 108 AEUV gesondert geregelte Beihilfeverwaltungsfahren[10] (sog. Notifizierungsverfahren) ist eine parallele Prüfung beider Rechtsinstitute jedoch abzulehnen.[11] Das Notifizierungsverfahren dient dazu, die Prüfung, Koordinierung und Begrenzung staatlicher Beihilfen durch die Kommission organisatorisch abzusichern.[12] Es wäre jedoch obsolet und die verfahrensrechtliche Stellung der Kommission im Rahmen des Notifizierungsverfahrens würde negiert werden, wenn man eine gerichtliche Überprüfung potentieller Beihilfen auf Grundlage der unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten anstreben könnte. Denn im Gegensatz zu den Beihilfevorschriften genießen die Grundfreiheiten Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht. Dies hätte gegebenenfalls zur Folge, dass die fragliche staatliche Maßnahme ohne Weiteres unangewendet bleiben müsste, da die Grundfreiheiten gerade kein vergleichbares primärrechtliches Verwaltungsverfahren wie das Beihilfenrecht vorsehen. Da sich das Beihilfenverfahrensrecht und das materielle Beihilfenrecht in Art. 107 AEUV aber auch nicht voneinander trennen lassen, spricht dies insgesamt für ein Spezialitätsverhältnis zugunsten der Beihilfevorschriften. Für ein Vorrang des Beihilfenrechtsregimes sprechen neben diesem eher formalen Argument aber auch die in Art. 107 II, III AEUV abschließend[13] geregelten beihilferechtlichen Ausnahmetatbestände: Sie greifen grundsätzlich nur bei wirtschafts-, sozial- oder regionalpolitisch gerechtfertigten Beihilfen ein.[14] Dahingegen können Eingriffe in die Grundfreiheiten auch mit dem durch die Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung[15] begründeten, sehr

4 BVerwG NVwZ 2012, 1416.

5 Damit genügt es, wenn zukünftige Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel möglich sind, vgl. EuGH vom 17.09.1980, 730/79, Slg. 1980, 2671 Rn. 11 – *Philip Morris*; *Khan,* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV Rn. 16. Die EU-Grundfreiheiten erfassen zwar auch potentielle Auswirkungen, vgl. die Nachweise bei *Becker,* in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 34 AEUV Rn. 20. Dies soll dann jedoch nicht gelten, wenn die beschränkenden Wirkungen „zu ungewiss und indirekt" erscheinen, vgl. EuGH vom 14.07.1994, Rs. C-379/92 – *Peralta*. Diese Rechtsprechung wurde soweit ersichtlich aber noch nicht auf die Art. 107 ff. AEUV übertragen.

6 Vgl. EuGH vom 13.06.2002, Rs. C-382/99, Slg. 2002, I-5163 Rn. 61 – *Niederlande/Kommission*; *Khan,* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV Rn. 8 m. w. N.

7 EuGH vom 11.07.1974, 8/74, Slg. 1974, 837, Rn. 5 – *Dassonville*.

8 Instruktiv zum Verhältnis von Grundfreiheiten und Beihilfenrecht, *Bär-Bouyssière,* in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 15 m. w. N.; vgl. auch *Koenig/Kühling,* in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 87 EGV Rn. 17 ff.

9 Ausführlich *Mestmäcker/Schweitzer,* Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 43 Rn. 21 m. w. N.; vgl. auch *Frenz,* Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 8.

10 Vgl. insoweit auch die Beihilfe-Verfahrensordnung 659/1999 ABl. 1999 Nr. L 83/1.

11 So auch die h. M., vgl. *Mestmäcker/Schweitzer,* Europ. Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 42 Rn. 22; *Khan,* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV Rn. 5; *Bär-Bouyssière,* in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 15.

12 Vgl. *von Wallenberg/Schütte,* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 50. Aufl. 2013, Art. 108 AEUV Rn. 1.

13 Vgl. *Frenz,* Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 716.

14 Vgl. *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1070 ff.); *Frenz,* Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 716 ff.; *Streinz,* Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 1023.

15 EuGH vom 20.02.1979, 120/78, Slg. 1979, 649 Rn. 8 – *Cassis de Dijon*.

weiten Ausnahmetatbestand der „zwingenden Erfordernisse" gerechtfertigt werden. Eine parallele Anwendung würde insoweit also entweder die Gefahr von Widersprüchen im Rahmen der Rechtfertigung oder aber einer nicht gewollten, über den Wortlaut der Vorschriften hinausgehenden Ausdehnung der besonderen beihilferechtlichen Ausnahmetatbestände bergen. Eine derartige Konvergenz zwischen Grundfreiheiten und Beihilferechtsvorschriften ist aufgrund der verschiedenen Ansätze beider Rechtsinstitute – die einen stellen einen Schutznorm-, die anderen einen Verbotsnormkomplex dar – abzulehnen. Die Artt. 107 ff. AEUV sind also vorrangig anzuwenden.

2. Prüfungsumfang

Mitgliedstaatliche Beihilfen unterliegen nach Art. 107 I AEUV keinem absoluten, sondern einem präventiven Verbot mit Genehmigungsvorbehalt,[16] wobei eine Genehmigung – wie erläutert – grundsätzlich nur für besondere wirtschafts-, sozial- oder regionalpolitisch gerechtfertigte Beihilfen in Frage kommt. Die Hilfsmittelverfügungen sind jedoch weder wirtschafts-, sozial- noch regionalpolitisch motiviert. Sie basieren allein auf dem Gedanken, dass die zulässigen Hilfsmittel einheitlich geregelt werden müssen, um die Vergleichbarkeit der Prüfungsleistungen zu gewährleisten. Somit scheidet vorliegend eine Ausnahme aufgrund einer der in Art. 107 II, III AEUV abschließend geregelten Ausnahmetatbestände aus.

Im Folgenden ist daher nur zu prüfen, ob die staatliche Einräumung einer partiellen Monopolstellung durch die entsprechenden Regelungen in den Hilfsmittelverfügungen insgesamt eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 I AEUV darstellen.

3. Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen

Aus dem Wortlaut des Art. 107 I AEUV leiten Rechtsprechung und Kommission gemeinhin fünf Tatbestandsmerkmale ab, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit von einer Beihilfe im Sinne der Vorschrift gesprochen werden kann: Eine Maßnahme stellt eine Beihilfe dar, wenn *staatliche* Mittel eingesetzt werden (5.), um ein *bestimmtes* Unternehmen oder einen *bestimmten* Produktionszweig (1.) zu *begünstigen* (4.) und hierdurch eine *Wettbewerbsverfälschung* droht (2.), die den *zwischenstaatlichen Handel in der EU zu beeinträchtigen vermag* (3.).[17] Sollten die Regelungen in den Hilfsmittelverordnungen diese Voraussetzungen erfüllen, so läge ein Verstoß gegen das Beihilfeverbot vor. Etwaige Konkurrenten könnten sich dann zwar nicht unmittelbar hierauf berufen, denn insoweit bedarf es grundsätzlich erst einer konstitutiv wirkenden Kommissionsentscheidung. Gegebenenfalls könnte sich ein Wettbewerber aber gegen eine Positiventscheidung der Kommission mit der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 IV AEUV wehren.[18]

a) Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität)

Selektiv ist eine Maßnahme dann, wenn sie – negativ formuliert – nicht der gesamten Wirtschaft, sondern nur einem Unternehmen oder Produktionszweig zugutekommt.[19] Derzeit werden in allen Hilfsmittelverfügungen nur bestimmte Printerzeugnisse aus zwei Verlagshäusern, die jedoch zur selben Verlagsgruppe und damit zu einem Unternehmen im Sinne des Art. 107 I AEUV[20] gehören, als Hilfsmittel zugelassen. Selektivität i. S. d. Art. 107 I AEUV liegt damit vor.

b) Wettbewerbsverfälschung

Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn tatsächlich oder potentiell in ein bestehendes oder möglicherweise noch entstehendes Wettbewerbsverhältnis eingegriffen wird.[21] Das ist nach Ansicht des Gerichtshofs der Fall, wenn ein Unternehmen in seiner Position gegenüber Wettbewerbern dadurch gestärkt wird, dass es einen wirtschaftlichen Vorteil erhält, den es unter marktkonformen Voraussetzungen nicht erhalten hätte.[22]Die unentgeltliche Einräumung einer gesicherten Wettbewerbsposition greift nicht nur in den Wettbewerb ein, sondern ist einem freien und fairen Wettbewerb grundsätzlich fremd und damit marktunüblich. Schon aus diesem Grunde ist eine Wettbewerbsverfälschung zu bejahen.[23]Ferner ist anzumerken, dass an das Merkmal der Wettbewerbsverzerrung regelmäßig recht geringe Anforderungen gestellt werden.[24]

c) Beeinträchtigung des mitgliedstaatlichen Handels

Darüberhinaus muss die Maßnahme auch geeignet sein, den mitgliedstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.[25] Durch die Regelung in den Hilfsmittelverfügungen und die damit einhergehende Stärkung der Wettbewerbsposi-

16 *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1065).

17 Zu den einzelnen Merkmalen, *Mestmäcker/Schweitzer,* Europ. Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 43 Rn. 1 ff.; *Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV Rn. 10 ff.

18 Weiterführend *Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV Rn. 8.

19 Vgl. *Mederer,* in: von der Groeben/Schwarze, EGV, 6. Aufl. 2004, Art. 87 EGV Rn. 36 ff; *Seidel,* in: Börner/Neundörfer, Recht und Praxis der Beihilfen, 62.

20 Zum Unternehmensbegriff, vgl. *Koenig/Kühling,* in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 87 EGV Rn. 48 ff.

21 Vgl. *Bär-Bouyssière,* in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 53; *Koenig/Kühling,* NJW 2000, 1065 (1069).

22 EuGH vom 17.09.1980, 730/79, Slg. 1980, 2671 Rn. 11 – *Philip Morris*; EuGH vom 21.03.1990, Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-959 Rn. 40 – *Belgien/Kommission*.

23 Sollte das Bruttosubventionsäquivalent, d. h. der geldwerte Vorteil, der der Verlagsgruppe durch die Maßnahme zufließt, einen Betrag von 200.000 € in einem Zeitraum von drei Steuerjahren nicht übersteigen, so wäre grundsätzlich der Anwendungsbereich der De-minimis-VO eröffnet, vgl. Art. 2. II De-minimis-VO. In diesem Fall läge schon keine (spürbare) Wettbewerbsverzerrung vor. Hierbei handelt es sich jedoch um eine Tatfrage, die an dieser Stelle nicht beantwortet werden kann.

24 Vgl. *Frenz,* Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 668 ff.

25 Vgl bereits oben Fn. 5.

tion des adressierten Verlages auf dem deutschen Markt kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass andere europäische Verlage abgeschreckt werden, eine Zweitniederlassung in Deutschland zu errichten, um auf dem deutschen Markt für rechtswissenschaftliche Printerzeugnisse Fuß zu fassen. Auch eine zukünftige Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit ist nicht per se ausgeschlossen. Zudem sehen Kommission und Rechtsprechung eine Handelsbeeinträchtigung regelmäßig nur bei rein lokalen Sachverhalten (z. B. Beihilfe an ein regionales Freizeitbad[26]) als ausgeschlossen an.[27] Wenn es sich aber um Maßnahmen handelt, die im Gleichklang auf Landesebene ergriffen werden und sich faktisch auf das gesamte Bundesgebiet Deutschlands auswirken, kann grundsätzlich nicht von einem rein lokalen Sachverhalt gesprochen werden.[28] Eine mögliche Beeinträchtigung des mitgliedstaatlichen Handels ist somit gegeben.

d) Begünstigung

Unter einer Begünstigung ist die Gewährung eines wie auch immer gearteten wirtschaftlichen Vorteils zu verstehen, wobei es nicht auf die Zwecksetzung der Gewährung ankommt.[29] Damit sind auch solche Beihilfen erfasst, die oberflächlich besehen nicht als Beihilfen gedacht waren, denen jedoch eine beihilfegleiche Wirkung zukommt.[30] Eine solche beihilfegleiche Wirkung könnte man durchaus in dem durch die Verfügung abgesicherten Gewinn zugunsten der genannten Verlagsgruppe erblicken. Denn die Regelung sichert der Verlagsgruppe einen wirtschaftlichen Vorteil, indem ihr risikolos höhere Gewinne zugesichert werden, als ohne das Bestehen der Regelung.[31] Sichert der Staat einem Unternehmen eine Wettbewerbsposition zu, so begünstigt dies das Unternehmen in gleicher Weise wie direkte staatliche Zahlungen.[32] Möchte ein Staat seine hoheitliche Rechtssetzungsbefugnis zugunsten eines Unternehmens beihilfefrei ausüben, so ist er gezwungen eine Ausgestaltung zu wählen, die entweder das Merkmal der Staatlichkeit oder der Selektivität nicht erfüllt. Am Merkmal der Begünstigung gibt es jedoch grundsätzlich kein Vorbeikommen.

e) Staatlichkeit der Mittel

Das Merkmal „staatlich oder aus staatlichen Mitteln" erfasst nicht nur Maßnahmen der Mitgliedstaaten selbst, sondern aller juristischer Personen des öffentlichen Rechts.[33] Folglich sind auch die in den einzelnen Bundesländern erlassenen Hilfsmittelverfügungen vom Beihilfenrecht erfasst. Da die in Rede stehenden Regelungen alle dieselbe Zwecksetzung verfolgen und bundesweit dieselbe Verlagsgruppe begünstigen, können sie aus europarechtlicher Sicht Deutschland als Mitgliedstaat und Adressat der Beihilfevorschriften insgesamt zugerechnet werden, denn ein Mitgliedstaat darf sich grundsätzlich nicht auf seine innerstaatlichen föderalen Besonderheiten bei der Beihilfengewährung zurückziehen. Andernfalls würden vor allem Mitgliedstaaten mit stark ausgeprägter föderaler Ordnung profitieren, denn sie könnten nahezu jede Beihilfe föderal aufspalten und so künstlich stets jenseits des De-minimis-Schwellenwerts bleiben. Außerdem ist Deutschland auch aufgrund des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue, der aus Art. 4 III AEUV folgt, dazu verpflichtet, die Bundesländer dazu anzuhalten, dass diese keine primärrechtswidrigen Regelungen erlassen.[34]

Eine Übertragung staatlicher Mittel liegt vor, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: Die Maßnahme muss den Fiskus tatsächlich oder potentiell belasten[35] und sie muss dem Staat zuzurechnen sein[36]. Eine Belastung ist grundsätzlich zu bejahen, wenn die Maßnahme zu Lasten des staatlichen Haushalts im weitesten Sinne führt, d. h. es genügt wenn der Haushalt einer dem Mitgliedstaat zurechenbaren Körperschaft oder Einrichtung unmittelbar belastet wird.[37] Ferner liegt nach Ansicht der Rechtsprechung keine staatliche Mittelübertragung vor, wenn der Staat auf Grundlage eines Gesetzes private Dritte (Unternehmen, Verbraucher) zum unmittelbaren Mitteltransfer an ein bestimmtes Unternehmen oder bestimmte Produktionszweige verpflichtet.[38] Denn in diesem Fall wird nicht der Staatshaushalt, sondern es werden private Haushalte belastet. Für die Zurechenbarkeit der Maßnahme ist wiederum vor allem der Grad des konkreten staatlichen Einflusses bei der Mittelvergabe von großer Bedeutung:[39] Übt der Staat eine beherrschende Rolle bei der Mittelvergabe aus, so spricht vieles für eine staatliche Maßnahme.[40]

26 KOM N 258/00 vom 12.01.2001, 46 – *Beihilfe Freizeitbad Dorsten*.
27 *Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 87 EGV Rn. 27 m. w. N.
28 Insoweit könnte man wohl auch eine Prüfung des vorliegenden Sachverhalts anhand des Art. 101 AEUV in Betracht ziehen.
29 Vgl. bereits oben Fn. 6 sowie *Niemeyer,* EuZW 1993, 273 ff.
30 Vgl. *Koenig/Kühling,* in: NJW 2000, 1065 (1066).
31 Ähnlich auch EuGH vom 13.03.2001, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 Rn. 54 – *PreussenElektra*.
32 So auch *Frenz,* Handbuch Europarecht, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 566.
33 Vgl. *von Wallenberg,* in: Grabitz/Hilf, EGV, 40. Aufl. 2009, Art. 87 EGV Rn. 38; *Khan,* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 107 AEUV Rn. 12.
34 Vgl. EuGH vom 16.11.1977, 13/77, Slg. 1977, 2115 (2145 f.) Rn. 30 ff. – *INNO/ATAB*; allgemein zum Grundsatz der Gemeinschaftstreue *Hatje,* in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 4 AEUV Rn. 21; *v. Bogdandy,* in: Grabitz/Hilf, EGV, 40. Aufl. 2009, Art. 10 EGV Rn. 6.
35 Vgl. EuGH vom 30.11.1993, Rs. C-189/91, Slg. 1993, I-6185 – *Kirsammer-Hack*.
36 Vgl. EuGH vom 16. 5. 2002, Rs. C-482/99 – *Stardust Marine*; dazu *Lübbig,* WM 2002, 1828.
37 Vgl. EuGH, Vb. Rs. 72/91 und 73/91, Slg. 1993, I-887, Rn. 19 – *Sloman Neptun*; *Bartosch,* NVwZ 2001, 643 ff.
38 Vgl. EuGH Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 57 ff. – *Preussen-Elektra*; *Koenig/Kühling,* ZUM 2001, 537 (540); *Kühne,* JZ 2001, 759 ff.
39 Vgl. EuGH vom 16.05.2002, Rs. C-482/99 – *Stardust Marine*; *Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 87 EGV Rn. 20.
40 Vgl. EuGH vom 20.09.2007 – Rs. T-136/05, Rn. 140 ff – *Salvat père & fils u. a./Kommission*.

In Bezug auf die oben festgestellte Begünstigung erscheint die Annahme eines staatlichen Mittelflusses zunächst fragwürdig. Stellt man nämlich auf den Erwerb der Hilfsmittel durch die Referendare und dem hiermit einhergehenden höheren Gewinn ab, so könnte man annehmen, dass hier das Merkmal der „Staatlichkeit" nicht gegeben ist, denn es werden lediglich private Haushalte belastet. Allein die Steuerung des Mitteltransfers Privater durch staatliche Regelungen konstituiert noch keinen ausreichenden Zurechnungszusammenhang.[41]Gleichwohl ist die Situation hier durch einige Besonderheiten geprägt, die es zumindest fragwürdig erscheinen lassen, ob man ohne Weiteres diese bisherige Rechtsprechung heranziehen kann. Berücksichtigt werden muss, dass Rechtsreferendare wohl eine Sonderstellung zum Staat einnehmen. Sie befinden sich regelmäßig in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis (sog. Vorbereitungsdienst). Zum Teil werden Referendare sogar zu Beamten auf Probe ernannt.[42] Für den Vorbereitungsdienst gelten die Regelungen des Bundesbeamtengesetzes (BBG) oder der Landesbeamtengesetze in entsprechender Anwendung.[43] Demzufolge unterliegen die Referendare der Weisung ihrer staatlichen Dienststellen. Sie können auch disziplinarrechtlich gemaßregelt werden und das insbesondere dann, wenn sie unentschuldigt vom Dienst fernbleiben, vgl. § 96 BBG. Dienstpflicht ist es aber gerade auch am Zweiten Juristischen Staatsexamen teilzunehmen, andernfalls drohen erhebliche Konsequenzen. Und nur zu diesem Zweck, d. h. zur Vorbereitung auf und zur Teilnahme an der Prüfung erwirbt der Rechtsreferendar die jeweiligen Hilfsmittel. Man muss sich angesichts dieses Zusammentreffens von staatlichem Subordinationsverhältnis und hoheitlich gesteuertem Mitteltransfer durch die Hilfsmittelverfügungen fragen, ob man nicht von einem beihilferechtlich signifikant beherrschenden Einfluss auf den nachgelagerten privaten Mitteltransfer sprechen muss. Schließlich kann auch nicht eingewendet werden, dass die Letztentscheidung über den Mitteltransfer dem Referendar selbst überlassen bleibt, da er Hilfsmittel verwenden darf, aber keinesfalls muss. Denn faktisch benützt jeder Prüfling alle in der Prüfung zugelassenen Hilfsmittel. Dieser mittelbare Zurechnungszusammenhang ist aber ausreichend. Denn die Wirksamkeit des Beihilfenrechts wäre gefährdet, wenn Mitgliedstaaten sich auf den freiwilligen Charakter bestimmter Regelungen berufen könnten, die tatsächlich und voraussehbar immer befolgt würden.

Mag das Abstellen auf das den Hilfsmittelverfügungen nachfolgende Marktgeschehen als „staatlich" sicherlich noch einige Fragen offenlassen, so ist das nicht der Fall, wenn man unmittelbar auf die Begünstigung in Form von Ausübung hoheitlicher Rechtssetzungsbefugnisse abstellt. Diese ist als unmittelbar staatlich zu qualifizieren. Jedoch ist fraglich, inwieweit mit der Ausübung von Rechtsetzungsbefugnissen im weiteren Sinne bereits staatliche Mittel übertragen werden und folglich eine finanzielle Einbuße vorliegt. Ohne die Belastung eines zumindest dem Staat zurechenbaren Haushalts wäre die Staatlichkeit nach allem bislang Gesagten abzulehnen.[44] Grundsätzlich dürfte der Begriff der staatlichen Mittel mit öffentlichen Geldern in jedweder Form gleichgesetzt werden können. Wenn ein Mitgliedstaat wie ein privater Wirtschaftsakteur Gelder zuweist, investiert oder mit diesen bürgt, setzt er unzweifelhaft staatliche Mittel ein. Wenn man von staatlichen Mitteln spricht, muss man sich aber auch vor Augen halten, dass der Staat über weit mehr „Mittel" als nur über öffentliche Gelder verfügt. Der Begriff der staatlichen Mittel ist adressatenadäquat und um die Effektivität des Beihilfenrechts zu sichern weit auszulegen.[45] Unter staatlichen Mitteln sind daher auch Hoheitsrechte, insbesondere die originäre legislative Tätigkeit des Staates bzw. die abgeleitete Rechtssetzung durch die Exekutive zu verstehen. Werden diese Mittel sodann zugunsten einzelner Unternehmen erbracht, so stellen auch sie geldwerte Leistungen dar.[46] Ist mit der Ausübung dieses Mittels aber das staatliche Handlungsrepertoire erschöpft, kann der Staat also nicht jederzeit und unbedingt sein Handeln revidieren, so liegt ein – zumindest zeitweises – Minus auf staatlicher Seite vor. Insoweit lässt sich durchaus von einer messbaren Einbuße auf der Seite des Staates sprechen. Dies trifft auch vorliegend zu, denn die Hilfsmittelverfügungen sind ab ihrem Inkrafttreten (bzw. ihrer Publikation) nicht ohne Weiteres jederzeit umkehrbar, da die Prüflinge auf die für ihre Prüfung geltende Hilfsmittelverordnung vertrauen und dieses Vertrauen nicht enttäuscht werden darf.[47] Schließlich tätigen sie im Vertrauen auf die Hilfsmittelverfügungen hohe Ausgaben und orientieren sich an ihnen bei der Prüfungsvorbereitung. Folglich können die staatlichen Justizprüfungsämter zumindest nicht vorbehaltlos (z. B. nicht ohne Übergangsregelungen) erneut von ihren Rechtsetzungsbefugnissen Gebrauch machen, denn auch

41 Vgl. EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 57 ff. – *Preussen-Elektra*.

42 Z. B. in Thüringen, vgl. § 33 X ThürJAPO.

43 Vgl. z. B. § 37 I HmbJAG.

44 Vgl. bereits oben Fn. 34.

45 Zur weiten Auslegung des Beihilfenbegriffs, vgl. *Cremer,* in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 87 EGV Rn. 9; vgl. auch *Sinnaeve,* EuZW 1996, 569 (570).

46 Insoweit reicht wohl der Hinweis auf die Unsummen, die jährlich für Lobbyarbeit von Unternehmen und Unternehmensverbänden ausgegeben werden aus, um zu unterstreichen, dass gesetzliche Regelungen grundsätzlich Geldwert haben können. Denn aufgrund dieser mittelbaren Zahlungen wäre es fast schon absurd zu behaupten, gesetzliche Regelungen und die damit verbundenen Chancen hätten keinen Geldwert für die Wirtschaft.

47 Diese aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Erwägungen können auch dann herangezogen werden, wenn man davon ausgehen möchte, die Hilfsmittelverfügungen seien nur bloße Verwaltungsvorschriften, denn der Grundsatz des Vertrauensschutzes gilt grundsätzlich auch für die Binnenorganisation der Verwaltung. Dies muss erst recht dann gelten, wenn die jeweiligen Verwaltungsvorschriften – wie hier – immense Außenwirkung aufweisen. Vgl. zum Ganzen *Grzeszick,* in: Maunz/Dürig, GG, 68. Aufl. 2013, Art. 20 GG Rn. 69 ff.

sie sind an das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot und den Grundsatz des Vertrauensschutzes gebunden.[48] In der gesetzlichen Absicherung eines bestimmten zusätzlichen Gewinns lässt sich selbst und unmittelbar ein staatlicher Mittelabfluss sehen.

III. Tatbestandsbezogener Lösungsansatz – Vermeidung von Selektivität

Mithin können die Hilfsmittelverfügungen derzeit als Beihilfe im Sinne des Art. 107 I AEUV bewertet werden. Es stellt sich somit die Frage, welche Möglichkeiten bestehen, um die Hilfsmittelverfügungen beihilfefrei auszugestalten. Neben der wohl unumgänglichen Begünstigung, die die Hilfsmittelverfügungen mit sich bringen, verbleibt allein die Möglichkeit, sie für andere Unternehmen zu öffnen, d. h. ihren selektiven Charakter zu beseitigen. Denkbar wäre es beispielsweise neben den schon zugelassenen Hilfsmitteln auch vergleichbare Hilfsmittel anderer Verlage zuzulassen. Rechtssicherheit könnte dabei durch Listenbildung – etwa durch entsprechende Anhänge zu den Hilfsmittelverordnungen – gewonnen werden. Die Vergleichbarkeit der Prüfungsleistungen wäre hierdurch auch nicht wesentlich eingeschränkt.[49] Der Einwand, die Vergleichbarkeit der Prüfungsleistungen wäre nur durch Beschränkung auf jeweils ein einziges Hilfsmittel zu erreichen, greift nämlich nicht. Denn auch in anderen Prüfungen werden regelmäßig nicht nur ein einzelnes, sondern unterschiedliche, wenn auch vergleichbare Hilfsmittel zugelassen.[50]

IV. Fazit

Eine eindeutige beihilfenrechtliche Beurteilung der Hilfsmittelverfügungen ist angesichts der vielen offenen Fragen schwierig. Dennoch scheidet die Annahme einer Beihilfe nicht von vorneherein aus. Die Rechtsprechung des EuGH bietet zahlreiche Ansatzpunkte, vorliegend eine Beihilfe anzunehmen.[51] Schließlich hat sich der EuGH auch noch nicht mit der grundsätzlichen Frage auseinandergesetzt, ob schon in einem Rechtsetzungsakt selbst ein staatlicher Mittelfluss gesehen werden kann. Beihilfefrei wären die Hilfsmittelverfügungen jedoch wohl dann, wenn sie neben den bisherigen Hilfsmitteln auch vergleichbare Hilfsmittel anderer Verlage zuließen.

48 Dazu *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 68. Aufl. 2013, Art. 20 GG Rn. 95 ff.

49 Würde man insoweit etwas anderes behaupten wollen, so müsste man sich der – angesichts vergleichsweise langer Ausbildungszeiten – traurigen Frage stellen, ob am Ende nicht das geschulte Judiz der Prüflinge darüber entscheidet, wer gute und wer schlechte Leistungen abliefert, sondern ausschließlich das richtige Hilfsmittel.

50 Z. B. in der Steuerberaterprüfung, in welcher Gesetzessammlungen beliebiger Verlage zugelassen werden, sofern diese nur bestimmte Mindestanforderungen erfüllen. Vgl. dazu z. B. http://www.steuerberaterpruefung-suedbayern.de/download/328-2011_anlage_hilfsmittelerlass2012.pdf.

51 So wies die PreussenElektra-Entscheidung einige Besonderheiten auf, die mitberücksichtigt werden müssen. Damals stand nämlich ein umweltpolitisches Gesetz in Rede, das teilweise der Umsetzung europäischen Richtlinienrechts diente. Außerdem legte das besagte Gesetz „rein" privaten Wirtschaftsakteuren eine Abnahmepflicht zu Mindestpreisen auf. Vorliegend übt der Staat jedoch nicht nur legislativ auf das Handeln Privater Einfluss aus, sondern er steht diesen auch in einem hoheitlichen Subordinationsverhältnis gegenüber.

Ann-Kristin Becker/Christian Steger*

Kinderarbeit als Vertragsmangel im UN-Kaufrecht und Zeugenaussage als Beweismittel im Schiedsverfahren

Willem C. Vis Moot Kurz-Memo

Der vorliegende Aufsatz soll anhand ausgewählter Probleme der Fallkonstellation des 20. Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot (Vis Moot)[1] darstellen, wie Argumente von den Teilnehmern in einem Schriftsatz parteibezogen für Kläger und Beklagte präsentiert werden könnten.

Zunächst wird kurz der Sachverhalt zusammengefasst (I.) und die ausgewählten Rechtsfragen (II.) sowie das anwendbare Recht (III.) vorgestellt. Im Anschluss wer-

* Ann-Kristin Becker studiert an der Universität Hamburg; Christian Steger ist wiss. Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und Doktorand der Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law. Die Autoren betreuten, zusammen mit stud. jur. Justus Langelittig, das 20. Willem C. Vis Moot Team der Universität Hamburg. Sie haben in den vergangenen Jahren selbst an diesem Wettbewerb teilgenommen.

1 Das Finale des 20. Vis Moots wurde vom 22. bis 28. März 2013 in Wien ausgetragen; Moot Courts sind (z. B.) als studentischer Wettbewerb organisierte simulierte Gerichts- oder Schiedsverfahrensverhandlungen, bei denen die Teilnehmer in die Rolle der Parteianwälte in einem fiktiven Fall schlüpfen; weitere Informationen unter: http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html (11.07.2013).

den Argumente für die Kläger- und Beklagtenseite so präsentiert, wie diese in einem Vis Moot Schriftsatz vorgebracht werden könnten (IV.). Zum Abschluss wird der Vis Moot, an dem die Universität Hamburg seit 2007/08 erfolgreich teilnimmt, vorgestellt und die Teilnahmemöglichkeit für Studierende aufgezeigt (IV.).

I. Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Parteien streiten sich in einem Schiedsverfahren[2]. Das Schiedsverfahren findet in dem Land Danubia[3] statt. Die Schiedsvereinbarung der Parteien bestimmt die Regeln des CEAC[4] für anwendbar. *Mediterraneo Exquisite Supply Co.* ist die Klägerin im Schiedsverfahren, *Equatoriana Clothing Manufacturing Ltd.* ist die beklagte Partei. Die Klägerin handelt mit Kleidung und ist in den Konzern *Oceania Plus Enterprises* eingebunden. Die Beklagte produziert und verkauft Kleidung. Das Land, aus dem die Klägerin kommt, unterstützt sehr hohe ethische Wertvorstellungen, insbesondere die Abschaffung von Kinderarbeit. Die Klägerin ist eine Vorreiterin bei der Bekämpfung unethischer Arbeitsbedingungen.

Die Klägerin bestellte 100.000 Poloshirts für das hauseigene Modelabel bei der Beklagten. Da die Beklagte keine regelmäßige Zulieferin war, hätte die Klägerin nach unternehmensinternen Regeln eine Anhörung der Zulieferin (Audit) durchführen sollen, um die Einhaltung des Konzerncodex zu prüfen. Ein wichtiges Element des Konzerncodex ist die Einhaltung der ethischen Produktionsstandards. Vor vier Jahren wurde die Produktion der Beklagten in einem Audit geprüft. Damals bestand der Verdacht, die Beklagte beschäftige in einer Fabrik Kinderarbeiter. Obwohl der Beklagten die Beschäftigung von Kindern nicht nachgewiesen werden konnte, entließ sie den zuständigen Fabrikmanager. Aufgrund der Dringlichkeit der aktuellen Bestellung – ein anderer Zulieferer war gerade ausgefallen und die Sommermode wurde für den bevorstehenden Sommer dringend benötigt – führte die Klägerin diesmal kein weiteres Audit durch.

Die Poloshirts wurden geliefert[5] und der Verkauf begann, begleitet von einer großen Werbekampagne. Wenige Tage später wurden Zeitungsberichte, gefolgt von einer TV-Reportage, veröffentlicht, die Kinderarbeit anprangerten. Dabei geriet auch eine Fabrik in den Fokus, in der Kinder im angeblichen Alter von 8 Jahren arbeitend gezeigt wurden. Dabei soll es sich, so die Berichterstattung, um eine Fabrik der Beklagten gehandelt haben. Ob dies zutrifft, wie alt die Personen tatsächlich waren und wann die Aufnahmen erstellt wurden, ist unbekannt.

Die Öffentlichkeit reagierte prompt und protestierte gegen das Modelabel der Klägerin. Die Verkaufszahlen fielen rapide. Die Klägerin kündigte daraufhin den Vertrag und forderte die Beklagte u. a. auf, den gesamten Kaufpreis zurückzuzahlen. Im Schiedsverfahren begehrt die Klägerin nun Ersatz des entstandenen Schadens und Rückzahlung des Kaufpreises.[6]

Ob die Beklagte tatsächlich Kinder für sich arbeiten ließ, kann nicht nachgewiesen werden. Die Parteien einigten sich aber für die Durchführung des Schiedsverfahrens darauf, dass die gelieferten Poloshirts selbst nicht von Kindern produziert wurden, die Beklagte aber in mindestens einer anderen Fabrik Kinder für sich hat arbeiten lassen.

Der Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten enthält eine Klausel, wonach „sich alle Zulieferer in ihrem Geschäftsbetrieb an die höchsten ethischen Standards halten müssen".[7] Dabei handelte es sich um eine Standardklausel aus den Verträgen der Beklagten. Im Original lautet die Klausel:

„12. POLICY It is expected that all suppliers to Oceania Plus Enterprises or one of its subsidiaries will adhere to the policy of Oceania Plus Enterprises that they will conform to the highest ethical standards in the conduct of their business."

Neben der Auslegung dieser Klausel stellt sich die Frage ob und wie eine schriftliche Zeugenaussage im Schiedsverfahren zu verwerten ist. Die Zeugenaussage betrifft eine mögliche Vertragsänderung des Liefertermins.[8] Der Zeuge, Mr. Short, arbeitete zum Zeitpunkt der umstrittenen Vertragsänderung für die Beklagte und führte mit einem Mitarbeiter der Klägerin, Mr. Long, ein Telefonat, welches Mr. Short protokollierte und eine Zeugenaussage niederschrieb. Auch Mr. Long fertigte ein Protokoll des Telefonats an. Später wechselte Mr. Short das Unternehmen und arbeitete fortan für einen Konkurrenten der Beklagten. Auf die Aufforderung des Schiedsgerichts, mündlich vor dem Schiedsgericht auszusagen, teilte Mr. Short mit, dass sein neuer Arbeitgeber ihm dies untersage und er nicht für eine Aussage erscheinen werde. Weder die Klägerin noch die Beklagte haben bis-

2 *Blackaby* et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, 2009, Rn. 1.01.

3 Alle Länder, Städte und Parteien im Wettbewerb sind fiktiv – so kann gewährleistet werden, dass niemand einen Vorteil aus einer bekannten Rechtsordnung zieht.

4 China European Arbitration Centre.

5 Tatsächlich wurden die Poloshirts später geliefert, als im Vertrag vorgesehen. Ob dies eine Vertragsverletzung darstellt und welche Rechte daraus erwachsen, wird hier ausgeblendet. Im vollständigen Vis Moot Fall wäre dieser Aspekt zu argumentieren.

6 Zu den Parteianträgen siehe: 20. Vis Moot Problem, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/moot20.pdf (11.07.2013), S. 11.

7 20. Vis Moot Problem, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/moot20.pdf (11.07.2013), S. 12.

8 Probleme zur Lieferverzögerung und Vertragsänderung werden hier nicht bearbeitet, s. Fn. 5.

her ernsthaft versucht, Mr. Short zu überreden oder beispielsweise das Einverständnis des Arbeitgebers persönlich zu erfragen. Daher bleibt für die Beklagte nur die Möglichkeit, sich auf die schriftliche Aussage zu beziehen. Die Klägerin beantragt aber, gerade jene schriftliche Zeugenaussage als Beweismittel auszuschließen, da eine mündliche Verifizierung nicht möglich ist. Über den Inhalt des Telefonats besteht weitgehend Einigkeit. Streitig ist allerdings eine zentrale Aussage zur Änderung bzw. Anpassung des Lieferdatums.

Das Schiedsverfahren wurde ordnungsgemäß eingeleitet. Nun bereiten die Parteien Schriftsätze für die erste mündliche Verhandlung vor.

II. Das anwendbare Recht

Für das Schiedsverfahren haben die Parteien sich auf die CEAC-Regeln[9] geeinigt. Mit Wahl des Schiedsortes in Vindabona, Danubia findet daneben das UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (2006)[10] Anwendung. Als materielles Recht haben die Parteien das UN-Kaufrecht (CISG) gewählt.

III. Aufgeworfene Rechtsfragen

In dem Sachverhalt stellen sich dem Schiedsgericht u. a. folgende Rechtsfragen[11]:

Auf materiell-rechtlicher Ebene stellt sich die Frage, ob die Benutzung von Kinderarbeit in einem Produktionsbetrieb eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt, welche die Klägerin zur Aufhebung des Vertrags und Rückforderung des Kaufpreises berechtigen würde. Besonders zu problematisieren ist hierbei, dass die Kinderarbeit nicht direkt mit der Produktion der Polo-Shirts in Verbindung stand.

Der Themenkomplex um Arbeitsbedingungen in der Kleidungsindustrie konnte aktueller nicht sein. Im Frühjahr geriet u. a. das Modelabel Zara unter Verdacht, ihre Ware mit Hilfe von Kinderarbeit zu produzieren.[12]

Prozessrechtlich befasst sich der Fall mit der Frage, inwieweit eine schriftliche Zeugenaussage im Prozess ohne die Vernehmung des Zeugen verwendet werden darf oder ob dem prozessrechtliche Grundsätze und spezielle Regelungen im anwendbaren Recht entgegenstehen.

IV. Schriftsatzargumente

Folgend sollen beispielhaft Argumente aus den Schriftsätzen der Klägerin („CLAIMANT“) und der Beklagten („RESPONDENT“) so dargestellt werden, wie dies auch in einem Vis Moot Schriftsatz erfolgen könnte.[13]

MEMORANDUM FOR CLAIMANT

(…)

1. Die Poloshirts entsprachen nicht der vertraglich vereinbarten Qualität

CLAIMANT wird im Folgenden darlegen, dass die von RESPONDENT gelieferten 100.000 Poloshirts nicht der vertraglich vereinbarten Qualität entsprachen, was CLAIMANT zur Aufhebung des Vertrages berechtigte. RESPONDENT beschäftigte Kinderarbeiter in den Fabriken und lieferte an CLAIMANT 100.000 Poloshirts, die mit diesem unethischen Umstand „befleckt“ sind. CLAIMANT beantragt daher beim Schiedsgericht festzustellen, dass CLAIMANT durch die wirksame Aufhebung des Vertrags ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 550.000 $ zusteht.

Die gelieferten Poloshirts entsprachen nicht der vertraglich vereinbarten Qualität, was sowohl nach Klausel 12 des Vertrages als auch nach Art. 35 (1) CISG zu einem Vertragsbruch führt. Zunächst wird CLAIMANT darlegen, dass die Policy-Klausel durch den Begriff „highest ethical standards“ die Nutzung von Kinderarbeit ausschließt (a). Anschließend wird CLAIMANT erörtern, dass die Policy-Klausel durch die Formulierung „in the conduct of their business“ eine Erstreckung dieser ethischen Pflicht auf RESPONDENTS gesamten Betrieb vorsieht (b). Zuletzt wird CLAIMANT beweisen, dass die Benutzung von Kinderarbeit innerhalb einer der Betriebsabläufe ebenfalls einen Vertragsbruch nach Art. 35 (1) CISG darstellt (c).

a) Der Begriff „highest ethical standards“ schließt die Nutzung von Kinderarbeit aus

Der Begriff „highest ethical standards“ ist nicht mit der Beschäftigung von Kindern zu vereinbaren.

Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut. Ethische Standards beschreiben das Abwenden und Vermeiden solcher Handlungen, die anderen Menschen oder der Um-

9 Verfügbar unter: http://www.ceac-arbitration.com/fileadmin/assets/docs/english/ceac_rules.pdf (11.07.2013).
10 Im Folgenden „Model Law“; verfügbar unter: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html (11.07.2013).
11 Die beiden Rechtsfragen wurden beispielhaft ausgewählt. Eine Übersicht alle Rechtsfragen findet sich im 20. Vis Moot Problem, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/moot20.pdf (11.07.2013), S. 49 f.
12 Lucy Osborne, High-street fashion store Zara accused of using slave labour at factories in Argentina, http://www.dailymail.co.uk/news/article-2303358/High-street-fashion-store-Zara-investigation-use-slave-labour-factories-Argentina.html (11.07.2013).
13 Vollständige Schriftsätze können hier nicht entworfen werden. Im Vis Moot können die Teams Schriftsätze mit einem Umfang von 35 Seiten (exkl. Literatur- und Rechtsprechungsverzeichnis) einreichen; Gewinnerschriftsätze einsehbar auf http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/awards20.html (11.07.2013).

welt Schaden zufügen.[14] Laut UNICEF[15] ist Kinderarbeit genau dazu geeignet: nämlich den Kindern physisch und psychisch Schaden zuzufügen. Nun sollte das Schiedsgericht zusätzlich bedenken, dass im vorliegenden Fall erschwerend hinzukommt, dass mit einer hohen Wahrscheinlichkeit die Kinder nicht älter als 8 Jahre alt waren. In einem solch frühen Entwicklungsstadium ist daher von einer erhöhten Beeinträchtigung der Gesundheit auszugehen. Dies ist nicht mit ethischen Standards zu vereinbaren und erst recht nicht mit den Höchsten.

Folglich schließt der vertraglich vereinbarte Begriff der „highest ethical standards" die Nutzung von Kinderarbeit aus.

b) Die Policy-Klausel sieht eine Erstreckung der ethischen Pflicht auf den gesamten Betrieb vor

RESPONDENT versucht der Haftung dadurch zu entgehen, dass er sich auf die Produktion der Poloshirts beruft, in welcher es keine Kinderarbeit gab. Die Policy-Klausel, auf welche sich die Parteien geeinigt haben, fordert aber bewusst eine Einhaltung der Standards im gesamten Geschäftsbetrieb von RESPONDENT.

Dies wird anhand der Formulierung „conduct of their business" verdeutlicht. Die Parteien wählten eine weite und so sich auf alles erstreckende Formulierung, um die Poloshirts vor jeglicher negativen Einwirkung zu schützen. Hätten sich die Parteien mit der Einhaltung der Standards innerhalb der Poloshirt-Produktion bereits zufrieden gegeben, hätten sie die Klausel anders formuliert (beispielsweise „in the production of the contractual goods"). Vorausschauend und wissentlich, dass es bei einem sensiblen Markt wie dem der Bekleidungsindustrie schnell zu einem Problem aufgrund der Produktionsmethoden und der dadurch entstehenden Publicity kommen kann, wählten die Parteien eine weite Klausel. Aus objektiver Empfängersicht konnte diese nur dahingehend verstanden werden, dass es RESPONDENT verboten war, Kinderarbeit in dem gesamten Betrieb zu nutzen.

Die Policy-Klausel sieht im Ergebnis daher eine Erstreckung der ethischen Pflicht auf den gesamten Betrieb von RESPONDENT vor.

c) Jedenfalls liegt ein Vertragsbruch nach Art. 35 (1) CISG vor

Unabhängig vom vorliegenden Bruch der Klausel 12 des Vertrags hat RESPONDENT auch einen Vertragsbruch nach Art. 35 (1) CISG begangen. Nach Art. 35 (1) CISG hat der Verkäufer die Ware in der Qualität zu liefern, die den Anforderungen des Vertrags entspricht.

Das Merkmal der Qualität umfasst dabei nicht lediglich den Zustand des Materials und die Verarbeitung, sondern ist vielmehr auch auf die Produktionsbedingungen zu erstrecken.[16]

Das Qualitätsmerkmal zur Produktionsbedingung ist damit im Einklang mit der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu verstehen und kann auch die Einhaltung höchster ethischer Standards – wie beispielsweise das Verbot von Kinderarbeit – umfassen.[17]

Der Begriff der Qualität umfasst gerade in der Bekleidungsindustrie die Methoden, mit denen innerhalb eines Betriebs gearbeitet wird. Ein erhöhter Preis bei Fair-Trade-Produkten ist oftmals nur dadurch zu rechtfertigen, dass der Käufer sich bezüglich der Seriosität und Methoden des Verkäufers zu hundert Prozent sicher sein kann. Dabei ist es für den Käufer nur schwer nachvollziehbar, welche Methoden genau vom Verkäufer angewandt wurden. Der Käufer vertraut dabei alleine auf das Label, das diesem die ethischen Standards versichert. Umso sensibler ist die Reaktion und umso geschädigter das Vertrauen, sollte der Name des Verkäufers durch Vorwürfe der Kinderarbeit „befleckt" werden. Gerade in der Bekleidungsindustrie ist daher der Begriff der Qualität nach Art. 35 (1) CISG auch auf mögliche ethische Standards im gesamten Betrieb zu erstrecken.

Auch die Poloshirts von CLAIMANT standen mit ihrem Label „Yes Casual" für Qualität und die Beachtung der „highest ethical standards". Eine solche Zuwiderhandlung, wie die des RESPONDENT stellt daher einen Vertragsbruch nach Art. 35 (1) CISG dar.

(…)

2. Die schriftliche Zeugenaussage von Mr. Short darf nicht berücksichtigt werden

CLAIMANT wird nun darlegen, dass sowohl die CEAC-Regeln als auch die IBA-Regeln ein Kreuzverhör von Mr. Short vorsehen (a). Zudem hatte Mr. Short keinen wichtigen Grund i. S. d. Art. 4.7 IBA-Regeln, der sein Fehlen entschuldigen würde (b). Sollte ein Kreuzverhör nicht möglich sein, ist die schriftliche Aussage nicht zu berücksichtigen, da dies andernfalls gegen fundamentale Prozessprinzipien verstoßen würde und die Existenz des Schiedsspruchs gefährdet wäre (c).

14 „avoid activities […] that do harm to people or the environment", Oxford Dictionary Online, http://oxforddictionaries.com/definition/english/ethical (11.07.2013).

15 UNICEF, Child labour, http://www.unicef.org/protection/57929_58009.html (11.07.2013).

16 *Kröll,* in: *Kröll et al.,* UN-Convention on the International Sales of Goods, 2011, Art. 35, Rn. 25.

17 *Schwenzer,* in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum einheitl. UN-Kaufrecht, 5. Aufl. 2008, Art. 35, Rn. 9; auch *Schwenzer/Leisinger,* Ethical Values and International Sales Contracts, in: Cranston et al., Commercial Law Challenges in the 21st Century, 2008, 249 (267).

a) Die CEAC-Regeln und die IBA-Regeln sehen ein Kreuzverhör von Mr. Short vor

CLAIMANT hat sowohl im Rahmen der CEAC-Regeln als auch im Rahmen der IBA-Regeln[18] die Möglichkeit, Mr. Short im Kreuzverhör zu befragen.

Nach Art. 27 (2) CEAC-Regeln können Zeugenaussagen grundsätzlich schriftlich und vom Zeugen unterschrieben eingereicht werden können. Allerdings ergibt sich aus Art. 17 (2) CEAC-Regeln, dass immer dann ein Kreuzverhör durchzuführen ist, wenn dies von einer Partei beantragt wurde. Eine ergebnisgleiche Regelung findet sich in Art. 8.1 IBA-Regeln.

Zudem gehört die Möglichkeit, einen Zeugen im Kreuzverhör zu befragen, zu den wichtigsten prozessualen Mitteln, dessen Glaubwürdigkeit zu testen.[19] Um die Beweiskraft zu bestimmen, ist ein Kreuzverhör daher notwendig.[20] Vorliegend hat CLAIMANT ein Kreuzverhör von Mr. Short beantragt. Diesem Antrag wurde nicht entsprochen.

b) Das Fehlen von Mr. Short kann nicht entschuldigt werden

Mr. Short kann sein Fehlen zudem nicht durch einen wichtigen Grund im Sinne des Art. 4.7 IBA-Regeln entschuldigen. Mithin ist seine schriftliche Aussage nicht als Beweismittel heranzuziehen.

Vorliegend gibt Mr. Short an, von seinem neuen Arbeitgeber die Anweisung erhalten zu haben, nicht als Zeuge zur Verhandlung zu erscheinen.[21] Begründet wird dies mit einer internen Regelung, wonach der neue Arbeitgeber nicht in fremde Verfahren involviert werden möchte. Dies begründet bereits für sich gesehen keinen wichtigen Grund. Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn ein objektives Hindernis vorliegt. Schiedsgerichte haben folgende Gründe als wichtig qualifiziert: schwere Krankheit, Tod, unzumutbare Reisestrecken und andere unvorhersehbare Ereignisse.[22] Hier ist zunächst bereits nicht klar, ob und wie tatsächlich eine Anweisung erteilt wurde. Zudem sind die Konsequenzen seines Zuwiderhandelns unbekannt. Für Mr. Short bestand vorliegend kein objektiv unüberwindbares Hindernis. Die möglichen wirtschaftlichen Interessen eines Unternehmens, nicht in fremde Verfahren involviert zu sein, können jedenfalls nicht einen wichtigen Grund darstellen.

Demnach hatte Mr. Short keinen wichtigen Grund gem. Art. 4.7 IBA-Regeln, der sein Fehlen entschuldigen würde. Auch liegen hier keine derart außergewöhnlichen Umstände vor, die eine abweichende Betrachtung erfordern würden. Seine schriftliche Aussage ist daher gem. Art. 4.7 IBA-Regeln nicht zu berücksichtigen.

c) Eine Berücksichtigung der schriftlichen Aussage von Mr. Short verstößt gegen fundamentale Prozessprinzipien und gefährdet die Existenz des Schiedsspruchs

Der Grundsatz der prozessualen Gleichbehandlung muss gewährleistet werden. Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Prozessgrundsatz, der sich nicht zuletzt auch in Art. 18 Model Law wiederspiegelt. Anzumerken ist, dass RESPONDENTS Recht, Mr. Long als Zeugen von CLAIMANT zu verhören, zu keiner Zeit in Frage gestellt wurde. Ein Kreuzverhör von Mr. Long liegt allein im Ermessen von RESPONDENT. Die schriftliche Aussage von Mr. Long kann darüber hinaus weiter berücksichtigt werden.

Für CLAIMANT hingegen stellt sich die Sachlage völlig anders dar. Obgleich CLAIMANT ein Kreuzverhör beantragt hat[23], konnte CLAIMANT Mr. Short nicht befragen. Damit werden die Parteien ungleich behandelt. Dies kann allein dadurch behoben werden, dass die schriftliche Aussage von Mr. Short ausgeschlossen wird.

Sollte das Schiedsgericht die Zeugenaussage entgegen des Ausschlussantrags von CLAIMANT berücksichtigen, könnte dieser Verstoß gegen die fundamentalen Prozessprinzipien zu einer Aufhebung des Schiedsspruchs führen, Art. 34 (2) (b) (ii) Model Law und würde die spätere Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs gefährden, Art. V (2) (b) NYC[24].

MEMORANDUM FOR RESPONDENT

(…)

1. Erfüllung durch vertragsgemäße Poloshirts

Entgegen der von CLAIMANT dargelegten Position, wird RESPONDENT dem Schiedsgericht im Folgenden verdeutlichen, dass RESPONDENT den Vertrag zwischen den Parteien durch Lieferung der Poloshirts erfüllt hat. Etwaige Ansprüche aufgrund eines angeblichen Vertragsbruchs sind daher abzulehnen. Die Policy-Klausel im Vertrag stellt keine Verbindlichkeit dar (a). Selbst wenn das Schiedsgericht diesbezüglich zu einem anderen Ergebnis kommen sollte, verlangt die Policy-Klausel ihrer Natur nach eine enge Auslegung (b). Zuletzt erfüll-

18 IBA Rules on the Taking of Evidence.
19 z. B. *United States v. Salerno,* 505 U.S. 317 (Supreme Court 1992); *Born,* International Commercial Arbitration, 2009, S. 1841 m. w. N. dort Fn. 528.
20 *Blackaby* et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, 2009, Rn. 6.136.
21 Vis Moot Problem, S. 48 Nr. 4.
22 *O'Malley,* Rules of evidence in international arbitration, an annotated guide, 2012, S. 103, Rn. 4.56.
23 20. Vis Moot Problem, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/moot20.pdf (11.07.2013), S. 48, Nr. 4.
24 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958.

te die Lieferung auch die Voraussetzungen des Art. 35 (1) CISG (c).

a) Die Policy-Klausel stellt keine Verbindlichkeit dar

In seiner Argumentation setzt CLAIMANT voraus, dass es sich bei der Policy-Klausel um eine Verbindlichkeit handelt. Anhand einer Interpretation der Klausel, lässt sich CLAIMANTS Argumentation allerdings nicht vertreten. CLAIMANT scheint zu übersehen, dass sich die Policy-Klausel in ihrem Wortlaut erheblich von den anderen Vertragsklauseln unterscheidet. Während die anderen Klauseln von *„require"* und *„will"* sprechen, bediente sich CLAIMANT bei der Formulierung der Policy-Klausel lediglich des schwächeren Wortlauts *„it is expected"*. Aus objektiver Empfängersicht kann hierbei nicht von dem Ausdruck einer Verbindlichkeit gesprochen werden.

Sollte das Schiedsgericht hier Unklarheiten in der Formulierung erkennen, ist darauf aus Sicht von RESPONDENT die contra-proferentem-Regel anzuwenden. Die Klausel ist dementsprechend zu Lasten von CLAIMANT auszulegen. Im Ergebnis stellte die Klausel 12 des Vertrags also keine Vertragspflicht dar.

b) Jedenfalls verlangt die Policy-Klausel ihrer Natur nach eine enge Auslegung

Sollte das Schiedsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass die Policy-Klausel eine Verbindlichkeit darstellt, verlangt diese Klausel schon ihrer Natur nach eine enge Auslegung.

Entscheidend war für die Parteien die Abwicklung ihrer Vertragsbeziehung über 100.000 Poloshirts. Auf weitere Produkte erstreckte sich der Vertrag nicht. Es ist daher nur angemessen davon auszugehen, dass sich auch die einzelnen Klauseln im Vertrag ausschließlich auf diese Produktion erstrecken.

Eine weite Auslegung von solchen Standard-Klauseln würde dazu führen, dass alleine dieses Vertragsverhältnis alle weiteren Vertragsverhältnisse mit Drittunternehmen einschränken würde, in denen sich RESPONDENT zum Zeitpunkt der Vertragsbeziehung zu CLAIMANT befand. Eine solche Handhabung ist in der Wirtschaftsindustrie und insbesondere in der Kleidungsbranche nicht üblich. So nehmen beispielsweise Betriebe wie JCPenney und Talbots lediglich Klauseln bezogen auf das konkrete Vertragsverhältnis auf, in dem sie sich gerade befinden.[25] Ein erfahrener Modeunternehmer wie CLAIMANT muss gewusst haben, dass sich ethische Klauseln üblicherweise auf die Vertragsbeziehung allein erstrecken.

Folglich war RESPONDENT verpflichtet 100.000 Poloshirts frei von Kinderarbeit an CLAIMANT zu liefern, was RESPONDENT tat. Ein Vertragsbruch liegt somit nicht vor.

c) Auch nach Art. 35 (1) CISG stellte die Lieferung der Poloshirts keinen Vertragsbruch dar

CLAIMANT trägt weiterhin vor, die Lieferung der 100.000 Poloshirts, deren Produktion frei von Kinderarbeit erfolgte, würde einen Verstoß gegen Art. 35 (1) CISG bedeuten. Dies ist jedoch unzutreffend.

Zu beachten ist, dass sich die physischen Eigenschaften, also die Qualität des Vertragsgegenstandes, allein nach der Vereinbarung der Parteien richten.[26] Hier haben die Parteien sich auf die Lieferung von 100.000 Poloshirts wie in Anlage I zum Vertrag beschrieben geeinigt. RESPONDENT hat Poloshirts geliefert, die nach Stückzahl und Qualität den Voraussetzungen des Vertrags entsprachen.

Ein Verstoß gegen Art. 35 (1) CISG ist daher nicht gegeben.

(…)

2. Einziges Beweismittel von RESPONDENT darf nicht ausgeschlossen werden

RESPONDENT wird dem Schiedsgericht glaubhaft darlegen, dass die schriftliche Aussage von Mr. Short im Rahmen der CEAC-Regeln ein taugliches Beweismittel darstellt (a) und Mr. Short hilfsweise einen wichtigen Grund i. S. d. Art. 4.7 IBA-Regeln hatte (b). Weiterhin droht bei Ausschluss der Zeugenaussage ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, welcher die Existenz des Schiedsspruchs gefährdet (c). Hilfsweise wird RESPONDENT beantragen, der Aussage einen angemessenen Beweiswert zuzusprechen (d).

a) Die schriftliche Aussage von Mr. Short ist ein taugliches Beweismittel

Entgegen des Vortrags von CLAIMANT stellt bereits die schriftliche Aussage von Mr. Short ein taugliches Beweismittel dar. Gemäß Art. 27 (2) CEAC-Regeln können Aussagen eines Zeugen in Schriftform und vom Zeugen unterschrieben beigebracht werden.

Abweichungen zu Art. 27 (2) CEAC-Regeln sind entweder zwischen den Parteien zu vereinbaren oder explizit vom Schiedsgericht zu treffen. In Ermangelung einer solchen Abweichung können Zeugenaussagen hier auch schriftlich beigebracht werden. Im vorliegenden Fall erfüllt die schriftliche Aussage von Mr. Short diese Voraussetzungen. Damit ist sie ein taugliches Beweismittel und als solches zu berücksichtigen.

25 *Rosen/Jaffe/Perez-Lopez,* The Apparel Industry and Codes of Conduct: A Solution to the International Child Labor Problem, S. 62.

26 *Magnus,* in: Staudinger, Kommentar zum Wiener UN-Kaufrecht, 2013, Art. 35, Rn. 13.

b) Mr. Short hatte einen wichtigen Grund und es liegen außergewöhnliche Umstände vor, Art. 4.7 IBA-Regeln

CLAIMANT argumentiert hier, dass ein wichtiger Grund dann vorläge, wenn der Zeuge verstirbt, eine schwere Krankheit erleidet oder unzumutbare Reisebedingungen vorliegen. Entscheidend sind weniger die Beispiele als vielmehr der objektive Standard für einen wichtigen Grund i. S. d. Art. 4.7 IBA-Regeln. Ein solcher wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn objektive Gründe vorliegen, die nicht in der Kontrollsphäre des Zeugen liegen.[27]

Vorliegend wurde Mr. Short von seinem Arbeitgeber angewiesen, nicht zu der Verhandlung zu erscheinen. Der Grund für sein Fehlen liegt also in der Anweisung seines Arbeitgebers und damit außerhalb der Kontrollsphäre von Mr. Short.

Entgegen der Position von CLAIMANT liegen hier zudem außergewöhnliche Umstände i. S. d. Art. 4.7 IBA-Regeln vor. Dabei ist besonders zu berücksichtigen, dass die schriftliche Aussage von Mr. Short das einzige Beweismittel ist, mit dem RESPONDENT – auch objektiv – die eigene Position unterstützen kann. Als die Zeugenaussage im August 2011 von Mr. Short geschrieben wurde, war nicht absehbar, dass Mr. Short später nicht mehr als Zeuge zur Verfügung stehen würde. Dies lag außerhalb eines üblichen Geschehensverlaufs und auch außerhalb des Einflussbereichs von RESPONDENT. Dies begründet hier einen außergewöhnlichen Umstand, wonach die schriftliche Zeugenaussage auch nach den IBA Regeln zu verwerten ist.

c) Ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtliches Gehörs gefährdet die Existenz des Schiedsspruchs

Bei der schriftlichen Zeugenaussage von Mr. Short handelt es sich um RESPONDENTS einziges Beweisstück. Ein Ausschluss dieses Beweisstücks würde RESPONDENT die Möglichkeit entziehen, rechtlich gehört zu werden und wäre als Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs unzulässig.

Sollte die schriftliche Zeugenaussage unter Missachtung des Umstandes, dass dies RESPONDENTS einziges Beweismittel darstellt, nicht berücksichtigt werden, wäre der Schiedsspruch anfechtbar, Art. 34 (2) (b) (ii) Model Law und die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs gemäß Art. V (2) (b) NYC gefährdet.

d) Hilfsweise angemessener Beweiswert

Sollte das Schiedsgericht in Erwägung ziehen, den Beweiswert der schriftlichen Aussage mangels Anwesenheit von Mr. Short in Frage zu stellen, ist es RESPONDENTS Position, dass das Schiedsgericht nicht nur zwischen „ja oder nein", also „hundert oder null" entscheiden kann. Vielmehr steht es im Ermessen des Schiedsgerichts, der schriftlichen Aussage – allerdings nur hilfsweise – einen angemessenen Beweiswert zuzusprechen.

(…)

V. Der Willem C. Vis Moot – Team(s) der Universität Hamburg

Der Vis Moot bietet den Studierenden eine einzigartige Studien-, Team- und Lebenserfahrung.

Die Teilnahme beginnt für die Studierenden meist im Sommer eines Jahres mit ersten Vorbereitungstreffen. Neben fachlichen Einführungen und Workshops werden in dieser Zeit auch Partnerkanzleien und Unternehmen gesucht, die das Team inhaltlich und finanziell unterstützen.

Anfang Oktober beginnt mit der Veröffentlichung des Sachverhalts die Schriftsatzphase. Für die Studierenden ist ungewohnt, dass der Sachverhalt nicht zusammengefasst vorgegeben wird. Vielmehr müssen die relevanten Fakten aus einer Unterlagensammlung bestehend aus E-Mails, Briefen, Zeugenaussagen, Interviews und Zeitungsberichten herausgearbeitet werden. Zunächst wird der Klägerschriftsatz geschrieben. Anfang Dezember wird dieser Schriftsatz eingereicht und die Teams erhalten einen Klägerschriftsatz einer anderen Universität. Auf dieser Grundlage wird dann der Beklagtenschriftsatz erstellt, der im Januar eingereicht wird.

Anschließend beginnt die mündliche Phase. Regelmäßige Probeverhandlungen, auch mit anderen Universitäten und bei verschiedenen Kanzleien, bereiten die Studierenden auf die Finalrunden vor, die kurz vor Ostern in Wien stattfinden. Für diese Finalrunden treffen sich alle Teams für eine Woche in Wien. Auf die ca. 4.000 Studierenden, Coaches, Alumni, Anwälte und Professoren warten dort, neben den Verhandlungen, zahlreiche Veranstaltungen.

Das Team der Universität Hamburg hat in der Vorbereitung die einzigartige Möglichkeit, die Bibliothek des Max-Planck-Instituts für internationales und ausländisches Privatrecht zu nutzen.

Für die erfolgreiche Teilnahme am Vis Moot wird die effektive Teilnahmezeit auf den Freischuss angerechnet. Die Universität Hamburg belohnt die Teilnahme am Vis Moot zudem mit Leistungsnachweisen.[28]

27 *Zuberbühler,* in: Zuberbühler et al., IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, 2012, S. 103.

28 Die Teilnehmer erhalten einen Soft-Skill-Schein und einen Fremdsprachenschein Englisch; ob daneben auch ein Seminarschein erworben werden kann, ist individuell zu klären.

Die Teilnahme fördert vor allem Fähigkeiten in den Bereichen Teamwork, anwaltliches Arbeiten, Rhetorik und (Fach-) Englisch. Insbesondere die Fähigkeit, vor Fachpublikum frei zu sprechen wird auf einzigartige Weise erlernt und führt bei ehemaligen „Mooties" regelmäßig zu einer erheblich gesteigerten Souveränität in mündlichen Prüfungssituationen. Zudem knüpfen die Teilnehmer Kontakte zu internationalen Großkanzleien, was vielfach zu Angeboten von Praktika und Referendariatsplätzen geführt hat.

Durch die persönlichen Kontakte zu Praktikern, Professoren und Studierenden aus aller Welt eröffnen sich für jeden Teilnehmer neue Horizonte. Nicht ohne Grund fahren jedes Frühjahr viele ehemalige „Mooties" zum Wettbewerb nach Wien, um dort die einzigartige Atmosphäre zu genießen und Freunde wiederzutreffen.[29]

Seit 2007/08 nimmt jedes Jahr ein Team der Universität Hamburg am Vis Moot teil. Das Team wird dabei jährlich von Coaches unterstützt, die alle bereits am Wettbewerb teilgenommen haben und so schon umfangreiche Erfahrungen sammeln konnten. Daneben steht der Vis Moot Court Alumni UHH e. V. zur Seite. Das Team wird von Herrn Prof. Dr. Bork und Herrn Prof. Dr. Brödermann, LL.M. betreut.

An der Universität Hamburg kann sich jeder Studierende der Fakultät für Rechtswissenschaft um einen Platz im Team bewerben. Vorkenntnisse im UN-Kaufrecht oder internationalen Schiedsrecht sind nicht erforderlich. Ein Grundinteresse an der Arbeit in einem internationalen Kontext ist eine notwendige Voraussetzung. Die Hamburger Teams bestehen traditionell aus Studierenden unterschiedlicher Semester. Eine Teilnahme ist regelmäßig ab dem 2. Semester möglich.

Interessierte finden Informationen zum Wettbewerb und zu den Teams der Universität Hamburg unter „www.uhh-vismoot.de". Dort können sich Interessierte auch informieren, wie man an dem Wettbewerb teilnehmen kann. Voraussichtlich im Mai/Juni 2014 wird das Team für die Teilnahme am 22. Vis Moot zusammengestellt werden.

29 Hierzu *Shaughnessy* et al., Three Perspectives on the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, in: *Kröll* et al., International Arbitration and International Commercial Law, Synergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten, 2011, 731 f.

Lukas Rohwoldt*

Klausur im Staatsorganisationsrecht

Die Klausur behandelt klassische Probleme des Staatsorganisationsrechts. Es werden Fragen zu den Prinzipien des Grundgesetzes, den Aufgaben der Parteien und dem grundlegenden Aufbau der Verfahrensarten gestellt. Außerdem ist das Gesetzgebungsverfahren in seinen einzelnen Verfahrensstufen Gegenstand der Prüfung.

Aufgabenstellung

1. Erläutern Sie das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, indem Sie den Zusammenhang zwischen Volkssouveränität, Legitimation, Wahlen und Mehrheitsprinzip herstellen.

2. Stellen Sie die Funktion von Parteien und ihre verfassungsrechtliche Stellung dar. Gehen Sie insbesondere auf die Regelungsgehalte des Art. 21 GG ein.

3. Vergleichen Sie die Zulässigkeitsvoraussetzungen und Entscheidungswirkungen eines Organstreitverfahrens mit denen einer abstrakten Normenkontrolle. Erklären Sie dabei auch Gemeinsamkeiten und Unterschiede.

4. Nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts muss das Wahlrecht reformiert werden. Daher verabschiedet die Bundesregierung den Gesetzesentwurf zur Änderung des Wahlgesetzes und leitet ihn dem Bundestag zu. Dieser beschließt nach ordnungsgemäßer Beratung das Gesetz mit den Stimmen der Regierungsfraktionen. Der Bundesrat erhebt keinen Einspruch. Nach der Gegenzeichnung wird das Gesetz dem Bundespräsidenten zur Ausfertigung zugeleitet. In den Reihen des Bundesrates gibt es großen Unmut. Einige Mitglieder meinen, der Bundesrat sei nicht hinreichend beteiligt worden. Der Bundespräsident/die Bundespräsidentin und die

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2012/2013 als Abschlussklausur zur Vorlesung „Staatsorganisationsrecht" von Jun.-Prof. Dr. Arne Pilniok an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „sehr gut" bewertet.

Bundesregierung stellen sich auf den Standpunkt, dass kleinere Verfahrensverstöße, wenn es sie überhaupt gegeben haben sollte, unbeachtlich seien und nichts an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes änderten. Sie sind Referendar im Bundespräsidialamt und werden darum gebeten, in einem Gutachten zu prüfen, ob das Gesetz formell verfassungsmäßig zustande gekommen ist.

Lösung

Aufgabe 1

Das Demokratieprinzip ist im Grundgesetz in Art. 20 I GG normiert, seine Ausprägungen finden sich aber auch an vielen anderen Stellen.

Die Volkssouveränität ist im Grundgesetz (GG) in Art. 20 II 1 ausdrücklich festgelegt und bezeichnet den Grundsatz, dass das Volk selbst der Herrscher ist und die Staatsgewalt inne hat. Hierbei ist besonders Art. 20 II 2 GG zu beachten, der die Volkssouveränität direkt mit dem Erfordernis der Legitimität versieht.

Da das Volk als Souverän die Staatsgewalt durch Wahlen, Abstimmungen und besondere Organe der drei Gewalten (Legislative, Exekutive und Judikative) ausübt, müssen diese Organe entsprechend legitimiert sein. Die in Art. 20 II 2 Var. 2 GG angesprochenen Abstimmungen sind nur Ausnahmefälle und haben auf Bundesebene kaum Bedeutung. Die Wahlen sind das Mittel des Volkssouveräns die Bundesorgane zu legitimieren. Die Wahlen zum deutschen Bundestag, geregelt in Art. 38 GG, legitimieren die Abgeordneten/-innen, das Volk zu vertreten (Art. 38 I 2 1. HS). Der Bundestag hat unter anderem auch die Funktion seine Legitimation weiterzugeben.

Der Bundestag ist das einzige der fünf Verfassungsorgane, das direkt vom Volk gewählt wird und somit unmittelbar legitimiert ist.

Der Bundestag legitimiert zunächst durch die Wahl des Kanzlers/der Kanzlerin (Art. 63 GG) die Regierung, die dieser dann gemäß Art. 64 I GG durch Auswahl der Minister, die der Bundespräsident/die Bundespräsidentin ebenso wie den gewählten Kanzler/die gewählte Kanzlerin ernennt, bildet.

Die Minister/-innen wiederum leiten ihre Ministerien und sind deren Beamten/-innen gegenüber weisungsbefugt. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, welches die Verwaltung an die Gesetze bindet.

Ein Parlamentsgesetz kann Verwaltungshandeln direkt legitimieren oder eine Ermächtigung der Regierung zum Erlass einer Rechtsverordnung gemäß Art. 80 I GG darstellen.

Somit wählt also das Volk den Bundestag und legitimiert diesen. Der Bundestag legitimiert den Kanzler/die Kanzlerin und dieser bestimmt die Minister, die die Ministerien leiten. Dieses ununterbrochene Legitimationsgerüst umfasst alle Verfassungsorgane.

Auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG), der Bundesrat und der Bundespräsident/die Bundespräsidentin sind Teil dieses Geflechtes, wobei hier die Wahl der Länderparlamente ebenfalls wichtig ist.

Das BVerfG wird vom Bundestag und Bundesrat gem. Art. 94 I 2 GG gewählt, der Bundespräsident/ die Bundespräsidentin gem. Art. 54 I, III GG von der Bundesversammlung, die aus Mitgliedern des Bundestages und Vertretern/-innen, die von den Länderregierungen entsandt werden, gebildet wird.

Die Länderregierungen stellen ebenfalls gem. Art. 51 I 1 GG die Mitglieder des Bundesrates.

Die Länderregierungen sind durch die Parlamente der Länder legitimiert.

Somit ist letztendlich alle Staatsmacht auf das Volk zurückzuleiten. Das Mehrheitsprinzip als letzter Teil, ist ausdrücklich in Art. 42 II, 52 III 1, 54 VI, 63 II 1 GG usw. genannt. Es ist ein zentraler Teil des Demokratieprinzips und bestimmt, dass alle Entscheidungen der Mehrheit der Stimmen bedürfen. Der Gedanke ist, dass die Zustimmung der Mehrheit sicherstellt, dass möglichst viele oder zumindest die Mehrheit der Interessen vertreten sind.

Da alle Entscheidungen und Wahlen unterschiedlichen Ausprägungen des Mehrheitsprinzips folgen, ist dieses höchst bedeutend.

Aufgabe 2

Die Parteien sind im System des Grundgesetzes die wichtigsten Verbindungen zwischen Gesellschaft und Staat.

Parteien sind grundsätzlich Vereine, die der politischen Willensbildung im Volke dienen. Sie sollen die Interessen der Bürger/-innen bündeln und zum Staat vermitteln. Dies wird durch Einflussnahme und Interessenvertretung, vor allem aber durch die Teilnahme an Wahlen gewährleistet. Die Rechte der Parteien sind im Grundgesetz vor allem in Art. 21 GG zu finden. Art. 21 GG wird

auch als „Parteienverfassung" bezeichnet und bestimmt die Aufgaben und in erster Linie Rechte der Parteien.

Bereits genannt habe ich die in Art. 21 I 1 GG normierte Aufgabe der Teilnahme an der politischen Willensbildung.

Noch herauszustellen ist hier, dass die Parteien kein Monopol der Willensbildung haben, sondern auch Verbände und Medien beteiligt sind.

Absatz 1 des Artikels 21 GG nennt in Satz 2 das Recht auf freie Gründung von Parteien. Im Unterschied zu Vereinen ist hier auch kein Staatsakt notwendig oder erlaubt.

Satz 3 nennt den Öffentlichkeitsgrundsatz, der die Parteien verpflichtet ihre innere Ordnung demokratisch zu gestalten. Daher müssen höhere Ämter per Mehrheitswahl auf Zeit besetzt werden, die Willensbildung muss von unten nach oben erfolgen und der Parteitag muss wichtige Dinge beschließen.

Satz nennt die Öffentlichkeit, Parteien müssen ihre Finanzen offenlegen.

Absatz I normiert vor allem den verfassungsrechtlichen Status. Nur Parteien, die gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung (Art. 20 GG) oder den Bestand der Bundesrepublik arbeiten, können verboten werden. Dies kann nur das BVerfG entscheiden (Art. 21 II 2 GG).

Somit haben Parteien einen geschützten Spezialstatus. Wichtig ist dies vor allem, wenn Ungleichbehandlungen vorliegen. Aus Art. 21 I GG wird abgeleitet, dass alle Parteien gleich oder abgestuft nach Erfolg gleich zu behandeln sind.

Aufgabe 3

Zunächst ist das Organstreitverfahren in Art. 93 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG und die abstrakte Normenkontrolle in Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG geregelt.

Zulässigkeitsvoraussetzungen sind zunächst im Organstreit: Die Beteiligtenfähigkeit beider Teile, ein gültiger Antragsgegenstand, eine Antragsberechtigung und die Einhaltung der Vorschriften zu Form und Frist. Ebenfalls ist natürlich immer zu prüfen, ob eine Zuständigkeit des BVerfG überhaupt gegeben ist.

Nun werden die einzelnen Punkte kurz erläutert und Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausgetellt. Beteiligtenfähig ist laut § 63 BVerfGG im Organstreit jedes Bundesorgan (außer dem BVerfG selbst natürlich) und die Organteile die in den Geschäftsordnungen oder dem Grundgesetz einzelne Rechte haben. Wichtig ist hier, dass streitig ist, ob § 63 BVerfGG Art. 93 I 1 GG zulässig einengt.

Unterschiede zur abstrakten Normenkontrolle liegen zum einen darin, dass der Organstreit kontradiktorisch ist und somit Antragsteller/-in und Antragsgegner/-in hat. Zum anderen sind bei der abstrakten Normenkontrolle nur der Bundestag (mit mind. ¼ der Stimmen), die Bundesregierung oder eine Landesregierung antragsberechtigt (§ 76 I BVerfGG).

Antragsgegenstand muss beim Organstreit ein rechtserhebliches Handeln oder Unterlassen sein, das die Rechte des Organs verletzt oder unmittelbar gefährdet (§ 64 I BVerfGG), während bei der abstrakten Normenkontrolle jedes materielle Gesetz auf seine Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht geprüft werden kann.

Antragsbefugnis beim Organstreit liegt vor, wenn der Antragsteller/ die Antragstellerin glaubt, vom Antragsgegner/ von der Antragsgegnerin in seinen/ihren Rechten verletzt worden zu sein.

Bei der abstrakten Normenkontrolle hingegen muss die Überzeugung vorliegen, dass eine Rechtsnorm mit höherrangigem Recht unvereinbar ist (§ 76 I Nr. 1,2 BVerfGG). Gemeinsam ist beiden, dass sich die Form nach § 23 BVerfGG richtet.

Bei den Fristen gilt, dass es für die abstrakte Normenkontrolle keine Frist gibt und dass beim Organstreit gem. § 64 III BVerfGG spätestens sechs Monate nach bekannt werden der Maßnahme oder Unterlassung der Antrag gestellt werden muss.

Zu den Folgen: § 67 BVerfGG schreibt vor, dass das BVerfG feststellt, dass eine Maßnahme oder Unterlassung verfassungswidrig ist oder nicht. Es ergeht ein Feststellungsurteil.

Bei der abstrakten Normenkontrolle muss nach §§ 78 ff. BVerfGG differenziert werden.

Grundsatz ist nach § 78 BVerfGG die Nichtigerklärung der Norm. Gesetze können auch für vorübergehend unanwendbar erklärt und der Gesetzgeber zur Neuregelung verpflichtet werden.

Aufgabe 4: Formelle Verfassungsmäßigkeit

Zuständigkeit des Bundes ist nach Art. 38 III GG gegeben.

I. Vorverfahren

1. Gesetzesinitiative

Es müsste eine gültige Gesetzesinitiative gegeben haben. Gem. Art. 76 GG sind der Bundestag, die Bundesregierung und der Bundesrat befugt, Gesetzesinitiativen einzubringen. Hier ist die Initiative von der Regierung eingebracht worden, gem. Art. 76 I Var. 1GG. Somit ist die Initiative gültig.

2. Weiterleitung an Bundesrat

Das Gesetz müsste dem Bundesrat zugeleitet worden sein.

Ein Gesetzentwurf der Regierung ist gem. Art. 76 II 1 GG an den Bundesrat zu übersenden. Der Bundesrat wurde aber übergangen und der Entwurf ging direkt in den Bundestag. Somit wurde gegen Art. 76 II Var. 1 GG verstoßen.

3. Erheblichkeit

Fraglich ist, ob dieser Verstoß die Verfassungsmäßigkeit beeinflusst.

Art. 76 I 1 GG stellt lediglich eine Ordnungsvorschrift dar, die den Gesetzgebungsvorgang durch vorzeitige Beteiligung des Bundesrates erleichtern soll. Es soll vor allem allzu vielen Einsprüchen des Bundesrates vorgebeugt werden.

Der Verstoß gegen Art. 76 I 1 GG führt somit nicht zur formellen Verfassungswidrigkeit.

II. Hauptverfahren

Fraglich ist, ob das Gesetz wirksam vom Bundestag beschlossen und vom Bundesrat nicht abgelehnt wurde.

1. Beschluss des Bundestages

Fraglich ist, ob der Bundestag das Gesetz wirksam beschlossen hat. Art. 77 I GG i. V. m. Art. 42 II 1 GG sieht eine einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen vor.

Der Sachverhalt lässt keine begründeten Zweifel für einen Verstoß zu.

Das Gesetz wurde also beschlossen.

2. Beteiligung des Bundestages

Der Bundestag hatte hier ein Einspruchsrecht gem. Art. 77 III GG von dem er keinen Gebrauch gemacht hat. Fraglich ist ob dies ausreichend ist.

Der Bundesrat hat laut Art. 77 III GG das Recht, nach Anrufung des Vermittlungsausschusses (Art. 77 II GG) Einspruch einzulegen.

Der Bundesrat hat den Vermittlungsausschuss nicht angerufen und hat den Beschluss des Bundestages somit faktisch bestätigt. Dem Bundesrat wurden angemessene Beteiligungsmöglichkeiten gegeben, die er aber nicht genutzt hat.

Folglich wurde der Bundesrat ausreichend beteiligt.

3. Zwischenergebnis

Das Gesetz ist wirksam beschlossen.

III. Ausfertigung und Gegenzeichnung.

Das Gesetz wurde gem. Art. 82 I GG ausgefertigt und gegengezeichnet.

IV. Ergebnis

Die Beschwerde des Bundesrates ist unbegründet, die Bundesregierung hat zwar gegen eine Verfahrensvorschrift des GG verstoßen, diese steht aber aufgrund nachträglicher, hinreichender, wenn auch nicht genutzter Beteiligungschancen des Bundesrates, der Verfassungsmäßigkeit nicht entgegen.

Das Gesetz ist formell verfassungsgemäß. Der Verstoß gegen Art. 76 II 1 GG wurde geheilt.

Sebastian Lilje*

Klausur im Wirtschaftsverwaltungsrecht: Aufhebung der Gaststättenerlaubnis

In der folgenden Klausur geht es um die Rücknahme bzw. den Widerruf einer Gaststättenerlaubnis. Prüfungsschwerpunkte sind dabei einerseits die Differenzierung zwischen den Rechtsgrundlagen des § 15 I GastG und § 15 II GastG. Zum anderen waren die von der Behörde genannten Argumente in der Hinsicht abzuwägen, ob sie jeweils für sich allein oder/und in der Gesamtschau tatsächlich eine Unzuverlässigkeit des Betroffenen gemäß § 4 I Nr. 1 GastG begründen.

Sachverhalt

Der Gastwirt G betreibt die Gaststätte „Hell's Bells". Die erforderliche Erlaubnis wurde ihm vor 10 Jahren von der zuständigen Behörde ordnungsgemäß erteilt. Bei den Stammgästen des G handelt es sich fast ausnahmslos um überzeugte Anhänger des Fußball Clubs S. Pauli. Auch der G ist seit Jahren begeisterter Fan des FC St. Pauli und fühlt sich nicht zuletzt auch aus diesem Grund seinen Stammgästen tief verbunden. Die Gaststätte des G befindet sich unweit der Imtech Arena. Daher kommen nach Heimspielen des Hamburger Sportvereins (HSV) immer wieder Gruppen von HSV Fans an der Gaststätte des G vorbei.

An diesem Tag findet sich regelmäßig eine fester Kern der Stammgäste zu einer zuvor abgesprochenen Uhrzeit in der Gaststätte des G ein. Von diesen Gästen werden zunächst stets erhebliche Mengen Alkohol konsumiert. Allerdings ist das Trinkverhalten noch als Genusstrinken einzuordnen. Gleichwohl wirkt sich der steigende Blutalkoholgehalt auch auf die Aggressionsbereitschaft der Gäste aus. Insbesondere an Spieltagen, an denen die Mannschaft des HSV als Sieger hervorgeht, kommt es wiederholt zu Konfliktsituationen zwischen den Gästen des G und den am „Hell's Bells" vorbeiziehenden Fangruppen.

Regelmäßig fühlen sich die Gäste des G ohne erkennbaren Anlass von den Fans des HSV provoziert und pöbeln lautstark gegen den HSV aus dem Schankraum heraus. Kommt es zu Gegenreaktionen seitens der HSV Fans, dann verlassen die Gäste des G die Gaststätte und suchen die körperliche Auseinandersetzung. Da die Gäste des G zumeist zahlenmäßig unterlegen sind, bewaffnen sie sich wiederholt mit Billardkös, die zu einem Billardtisch im „Hell's Bells" gehören. Zudem setzen sie die gläsernen Pfandflaschen, in denen der G seinen Gästen Bier serviert, als Schlaginstrumente und gelegentlich als Wurfgeschosse gegen die HSV Fans ein. Anschließend kehren die Gäste in den Schankraum zurück und konsumieren weiter Getränke.

Nachdem es bei diesen Auseinandersetzungen mehrfach zu Körperverletzungen und Sachbeschädigungen kam und verschiedene Stammgäste des G deshalb strafrechtlich belangt wurden, erlangt die zuständige Behörde Kenntnis von den Zuständen im „Hell's Bells". Sie konfrontiert G schriftlich mit den Vorkommnissen. Dieser stellt sich auf den Standpunkt, dass ihn das Verhalten seiner Gäste außerhalb seiner Gaststätte überhaupt nichts anginge. Um sie müsse sich angesichts des Gewaltmonopols des Staats doch die Polizei und nicht er kümmern. Außerdem handele es sich um seine umsatzstärksten Gäste, ohne die er wirtschaftlich nicht bestehen könne. Er würde daher nicht einmal im Traum daran denken, sich in deren Angelegenheiten einzumischen. Zudem führt er zutreffend aus, dass er selbst nie an strafrechtlich relevanten Handlungen vor oder in seiner Gaststätte beteiligt gewesen sei.

Die Behörde befürchtet, dass sich die Zustände im „Hell's Bells" wegen der gleichgültigen Haltung des G nicht bessern oder gar verschlimmern könnten. Nach weiteren Zwischenfällen und einer erneuten Anhörung des G widerruft sie die für den Betrieb des „Hell's Bells" erforderliche Gaststättenerlaubnis. Die Behörde begründet dies gegenüber dem G schriftlich damit, dass G die persönliche Eignung zu der Führung einer Gaststätte fehle. Es wäre seine Aufgabe gewesen, die Gewaltexzesse bereits im Keim zu ersticken. Dafür hätte er Hausverbote aussprechen, Türsteher einsetzen oder die Hilfe der Polizei erbitten können. Darüber hinaus habe die Behörde herausgefunden, dass G vor elf Jahren wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte anlässlich einer Demonstration gegen Atomkraft verurteilt worden sei. Ferner wisse man vom Ordnungsamt, dass der G überdurchschnittlich oft Bußgelder wegen Falschparkens entrichten müsse. Auch habe er seit der Aufnahme seines Gaststättenbetriebes bereits fünfmal erfolglos gegen Steuerbescheide Einspruch eingelegt. In einer Gesamtbetrachtung lasse sich die mangelnde Eignung des G deutlich erkennen. Wer Widerstand gegen Vollzugsbeamte

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2012/2013 zur Vorlesung „Wirtschaftsverwaltungsrecht" von Prof. Dr. Stefan Oeter an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „gut" bewertet.

leiste, nur widerwillig Steuern zahle, sich zudem nicht an die Straßenverkehrsordnung halte und seine Gäste nicht im Griff habe, der sei wohl auch in Zukunft nicht fähig, die Gesetze zu befolgen.

G sieht sich seiner Lebensgrundlage beraubt. Ohne Genehmigung könne er seine Gaststätte nicht weiterbetreiben. Ihn treffe keine Verantwortung für die Handlungen seiner Gäste. Außerdem könne man doch von seiner Verurteilung nach der Demo vor elf Jahren nicht noch heute auf seine Geeignetheit als Gastwirt schließen. Auch gelegentliches Falschparken oder Steuerstreitigkeiten hätten mit seinem Beruf nichts zu tun. G hält den Widerruf der Gaststättenerlaubnis für rechtswidrig. Sein frist- und formgerecht eingelegter Widerspruch bleibt erfolglos.

Prüfen Sie im Rahmen eines umfassenden Gutachtens die Erfolgsaussichten der form- und fristgerecht eingereichten Klage des G vor dem zuständigen Verwaltungsgericht.

Gutachten

Die Klage des G hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Zunächst müssten die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung kann sich die Eröffnung des Rechtswegs nur aus § 40 I 1 VwGO ergeben.

Voraussetzung ist demnach das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die rechtsentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Nach der modifizierten Subjektstheorie ist dies der Fall, wenn sie ausschließlich einen Hoheitsträger berechtigen und verpflichten. G und die Behörde streiten um die Rechtmäßigkeit des Widerrufs einer Gaststättenerlaubnis. Streitentscheidende Norm hierfür ist § 15 I, II GastG. Diese berechtigt ausschließlich die zuständige Behörde zum Widerruf einer Gaststättenerlaubnis und ist folglich dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

Die Streitigkeit ist mithin als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.

Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist sie auch nicht verfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

Somit ist der Verwalungsrechtsweg gemäß § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers (§ 88 VwGO). G begehrt die Aufhebung des Widerrufs seiner Gaststättenerlaubnis.

Der Widerruf ist eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls mit Außenwirkung und damit ein Verwaltungsakt gemäß § 35 S. 1 HmbVwVfG.

Statthafte Klageart ist somit die Anfechtungsklage gemäß § 42 I Alt. 1 VwGO.

III. Klagebefugnis

Weiterhin müssten G gemäß § 42 II VwGO klagebefugt sein.

Dies ist der Fall, wenn er geltend machen kann, möglicherweise durch den Widerruf seiner Gaststättenerlaubnis in seinen Rechten verletzt worden zu sein.

Als Adressat eines belastenden Verwaltungsakts ist er jedenfalls in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) verletzt (Adressatentheorie). Des Weiteren kommt eine Verletzung seiner Gewerbefreiheit aus § 1 GewO i. V. m. §§ 2 I, 4 I GastG sowie seiner Berufsfreiheit (Art. 12 GG) in Betracht.

G ist somit klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Das gemäß § 68 I VwGO i. V. m. § 6 AusfGVwGO[1] erforderliche Vorverfahren hat G erfolglos durchgeführt.

V. Klagegegner

In Hamburg gilt das Rechtsträgerprinzip gemäß § 78 Nr. 1 VwGO. Richtiger Klagegegner ist damit die FHH[2].

VI. Partei- und Prozessfähigkeit

Die FHH ist gemäß § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO parteifähig. Im Prozess muss sie sich gemäß § 62 III VwGO vertreten lassen.

Die Partei- und Prozessfähigkeit der G ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Var. 1, 62 I Nr. 1 VwGO.

1 Ausführungsgesetz zur VwGO.
2 Freie und Hansestadt Hamburg.

VII. Zwischenergebnis

Damit liegen die Sachentscheidungsvoraussetzungen vor. Die Klage ist folglich zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist gemäß § 113 I 1 VwGO begründet, wenn der Widerruf der Gaststättenerlaubnis der G rechtswidrig war und diesen in seinen Rechten verletzt.

I. Rechtmäßigkeit des Widerrufs

Der Widerruf erfolgte rechtmäßig, wenn er sich auf eine Ermächtigungsgrundlage stützt und formell und materiell rechtmäßig erfolgte.

1. Ermächtigungsgrundlage

Hinsichtlich der Rechtsgrundlage für den Widerruf ist eine Abgrnzung von § 15 I GastG (regelt die Rücknahme der Erlaubnis) und § 15 II GastG erforderlich. § 15 I GastG ist einschlägig, wenn die Behörde sich auf die Versagungsgründe nach § 4 I Nr. 1 GastG stützt, die bereits zum Zeitpunkt der Erlaubniserteilung vorlagen. § 15 II GastG ist heranzuziehen, wenn diese Gründe nachträglich eintreten.

Hinsichtlich der von der Behörde aufgeführten Versagungsgründe liegt lediglich die Verurteilung wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte zeitlich vor der Erteilung der Erlaubnis. Schwerpunktmäßig stützt die Behörde sich auf die Gewaltexzesse im „Hell's Bells", das Falschparken des G und dessen Steuerstreitigkeiten, also Umstände, die nach Erlaubniserteilung eingetreten sind.

Rechtsgrundlage für die Rücknahme bzw. den Widerruf der Erlaubnis kann demnach sowohl § 15 I GastG als auch § 15 II GastG sein.

2. Formelle Rechtsmäßigkeit

Ausweislich des Sachverhalts hat die zuständige Behörde gehandelt.

Die gemäß § 28 I HmbVwVfG erforderliche Anhörung wurde sogar mehrmals durchgeführt.

Die Behörde hat den Widerruf schriftlich begründet und damit die Form des § 39 I HmbVwVfG gewahrt.

Der Widerruf bzw. die Rücknahme der Erlaubnis war folglich formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der Frage der materiellen Rechtmäßigkeit ist zwischen § 15 I und § 15 II GastG zu differenzieren.

Gemeinsame Voraussetzung ist, dass in der Person des G Versagungsgründe nach § 4 I Nr. 1 GastG vorliegen. Danach ist die Gaststättenerlaubnis zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Hinsichtlich dieser Zuverlässigkeitsprognose stellen § 15 I und § 15 II GastG jedoch auf unterschiedliche Zeitpunkte ab.

a) § 15 I GastG

Im Rahmen von § 15 I GastG sind nur die Umstände zum Zeitpunkt der Erlaubniserteilung maßgeblich.

Somit kann sich die Unzuverlässigkeit des G einzig aus der Verurteilung wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) ergeben.

Unzuverlässig ist, wer nach seinem Handeln nicht die Gewähr dafür bietet, sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben zu können. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung durch die Verwaltung im Hinblick auf Art. 19 IV GG und den Grundsatz der Gewaltenteilung voll gerichtlich überprüfbar ist.

§ 4 I 1 Nr. 1 GastG enthält Regelbeispiele dafür, wann jemand unzuverlässig ist. Diese sind jedoch nicht abschließend („insbesondere"), die Unzuverlässigkeitsprognose kann auch auf andere Tatsachen gestützt werden.

Die Regelung einer Straftat mag zwar ein Indiz für die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden sein, doch muss diese einen gewissen Sachzusammenhang zum Gewerbe des Gewerbetreibenden stehen.

G hat sich im Rahmen einer Demonstration gegen Atomkraft nach § 113 StGB strafbar gemacht. Ein Zusammenhang zum Betrieb einer Gaststätte besteht insofern nicht. Auch ist die Straftat nicht als derart schwerwiegend einzustufen, dass man auf einen Sachzusammenhang verzichten könnte.

Die Verurteilung vermag die Unzuverlässigkeit der G damit nicht zu begründen. Weitere Umstände können in die Prognose i. R. d. § 4 I 1 Nr. 1 GastG nicht eingestellt werden. Eine Rücknahme der Gaststättenerlaubnis gemäß § 15 I GastG war demnach nicht materiell rechtmäßig.

b) § 15 II GastG

Ein Widerruf gemäß § 15 II GastG erlaubt es hingegen, die Unzuverlässigkeitsprognose auf Tatsachen nach dem Zeitpunkt der Erlaubnis zu stützen.

Die Gründe, die die Behörde für die Unzuverlässigkeit des G anführt, erfüllen kein in § 4 I 1 Nr. 1 GastG genanntes

Regelbeispiel. Die Unzuverlässigkeit des G kann sich daher nur im Wege einer Gesamtbetrachtung ergeben.

aa) Steuerstreitigkeiten
Zunächst wird angeführt, G habe fünfmal erfolglos Einspruch gegen Steuerbescheide eingelegt. Hieraus lasse sich ableiten, dass er nicht gewillt sei, die Gesetze zu befolgen. Allerdings ist die Erhebung eines Einspruchs gegen einen Steuerbescheid (belastender Verwaltungsakt) das gute Recht des G.

Die Wahrnehmung seiner Rechte kann ihm nicht zur Last gelegt werden. Indem er das Gespräch mit der Finanzbehörde sucht und nicht einfach aufhört, Steuern zu zahlen, dokumentiert er gerade, dass er gewillt ist, die Gesetze zu befolgen. Dass seine Einsprüche erfolglos waren, findet seinen Grund in der abweichenden Rechtsauffassung des G, eine solche zu haben, ist jedoch nicht gesetzeswidrig.

Die Steuerstreitigkeiten lassen demnach nicht den Schluss auf die Unzuverlässigkeit des G zu.

bb) Bußgelder
Fraglich ist, wie es sich mit den Bußgeldern wegen Falschparkens verhält.

Hierbei fehlt jedoch, ähnlich wie bei der Verurteilung wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte, der Bezug zum Gewerbe des G. Allein hieraus kann auch keine ablehnende Haltung des G gegenüber der Rechtsordnung abgeleitet werden, handelt es sich doch um ein absolutes Bagatelldelikt, welcher oft vorsatzlos begangen wird.

Gelegentliches Falschparken ist zwar nicht unbedingt ein Kavaliersdelikt, ist aber kein Indiz für die Unzuverlässigkeit des G.

cc) Gewaltexzesse vor der Kneipe
Fraglich ist, wie es sich mit den Gewaltexzessen vor der Kneipe des G verhält.

Seine Gäste pöbeln aus dem Innern lautstark gegen HSV-Anhänger. Zeigen diese eine Gegenreaktion, bewaffnen sie sich mit Billardkös und Glasflaschen aus der Kneipe des G und suchen die gewalttätige Auseinandersetzung. Dabei kam es bereits mehrmals zu Körperverletzungen und Sachbeschädigungen.

Allerdings hat G selbst zu diesen Handlungen nie mitgewirkt. Es fragt sich daher, ob sich seine Unzuverlässigkeit auf das Verhalten seiner Gäste stützen lässt. Zu berücksichtigen ist insofern Sinn und Zweck des Gewerberechts, die von einem Gewerbebetrieb (hier einer Gaststätte) ausgehenden Gefahren für Arbeitnehmer und insbesondere die Allgemeinheit zu verhindern. Ist es dem Betriebsinhaber, der möglicherweise unmittelbar an der Schaffung der Gefahren nicht beteiligt ist, möglich, diese zu unterbinden, kann dies Grund dafür sein, ihn als unzuverlässig i. S. d. § 4 I 1 Nr. 1 GastG einzustufen.

G hat das Verhalten seiner Gäste zu jeder Zeit gebilligt. Zwar bringt er vor, die strafrechtlich relevanten Handlungen seien außerhalb seiner Gaststätte geschehen. Doch fanden sie in Form der Pöbeleien und des Alkoholkonsums dort ihren Ursprung und auch die Schlaginstrumente und Wurfgeschosse stammten aus seiner Kneipe. Ihm wäre es auch möglich und zumutbar gewesen, die Zwischenfälle zu unterbinden, beispielsweise durch das Aussprechen von Hausverboten, dem Einsatz von Türstehern oder der Benachrichtigung der Polizei. Zudem hätte er den Billardtisch (samt Billardkös) abbauen und die Glasflaschen durch Plastikbecher austauschen können.

Zwar wendet G ein, er könne sich in die Angelegenheiten seiner umsatzstärksten Gäste, ohne die er wirtschaftlich nicht bestehen könne, nicht einmischen. Aufgrund der Schwere der Delikte (u. a. §§ 223, 224 StGB) und der Tatsache, dass sich die Gäste wohl nicht alle umgehend eine andere Stammkneipe gesucht hätten, dringt er mit seinen Einwänden jedoch nicht durch. Das Unterlassen der Unterbindung strafbarer Handlungen durch G ist ein starkes Indiz für seine Unzuverlässigkeit.

Zudem hat er ausdrücklich betont, sich auch in Zukunft nicht in die Angelegenheiten seiner Gäste einzumischen.

dd) Gesamtbewertung
An die Zuverlässigkeitsprognose i. R. d. § 4 I 1 Nr. 1 GastG sind im Hinblick auf Art. 12 GG zwar strenge Anforderungen zu stellen. Das Unterlassen der Unterbindung strafbarer Handlungen sowie die besondere Beharrlichkeit des G lassen jedoch den Schluss darauf zu, dass er nicht in der Lage ist, seine Gaststätte künftig ordnungsgemäß zu betreiben.

c) Zwischenergebnis
Der Widerruf der Gaststättenerlaubnis des G war demnach materiell rechtmäßig, soweit er sich auf § 15 II GastG stützt.

4. Zwischenergebnis
Damit war der Widerruf rechtmäßig. Eine Verletzung der Rechte des G liegt folglich nicht vor. Seine Klage ist unbegründet.

C. Endergebnis
Die zulässige Klage des G ist unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

Christin Jüngel*

Klausur Strafrecht IV: Strafzumessungsrecht

Die Klausur zum Strafzumessungsrecht bestand aus drei Teilen. Teil A setzte sich aus neun Fragen zusammen, innerhalb derer bei den ersten vier Fragen nur eine Alternative und bei den restlichen fünf Fragen je zwei Alternativen zutreffend waren. Teil B bestand aus neun offenen Fragen und Teil C aus zwei kurzen Fallbearbeitungen.

Teil A

1. Welche der folgenden Aussagen zur Einstellung eines Strafverfahrens gem. § 153 StPO sind zutreffend?

⊗ Ein Strafverfahren kann eingestellt werden, auch ohne dass die Schuld abschließend geklärt werden muss.

○ Das öffentliche Interesse an der Anklageerhebung kann durch Auflagen und Weisungen befriedigt werden.

○ Die Einstellung des Verfahrens ist bei jeder Art von Delikt möglich. Es kommt allein auf die Geringfügigkeit der Schuld an.

○ Ist der Verletzte mit der Einstellung des Verfahrens nicht einverstanden, kann er gerichtlich die Klage erzwingen (Klageerzwingungsverfahren).

○ Keine der Aussagen ist richtig.

2. Welche der folgenden Aussagen zur Geldstrafe sind zutreffend?

○ Bezahlt an Stelle des Verurteilten ein anderer dessen Geldstrafe, so macht dieser sich einer Vollstreckungsvereitelung schuldig.

○ Kann der zu Geldstrafe Verurteilte die Geldstrafe nicht bezahlen, so kann er bereits bei der Urteilsverkündung einen Antrag auf Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe stellen.

⊗ Unter bestimmten Umständen kann auch dann eine Geldstrafe ausgeurteilt werden, wenn diese im einschlägigen Tatbestand gar nicht vorgesehen ist.

○ Eine Geldstrafe kommt bei einschlägig vorbestraften Beschuldigten nicht mehr in Betracht.

○ Keine der Aussagen ist richtig.

3. Welche der folgenden Aussagen zur Bemessung einer Geldstrafe sind zutreffend?

○ Der Verurteilte muss die Geldstrafe aus den Mitteln zahlen können, die ihm nach Abzug aller Verbindlichkeiten am Monatsende verbleiben.

○ Macht der Angeklagte keine Angaben zu seinen finanziellen Verhältnissen, kann das Gericht von der höchstmöglichen Tagessatzhöhe ausgehen.

⊗ Die Berechnung der Tagessatzhöhe basiert auf einem besonderen strafrechtlichen Nettobegriff.

○ Die Abzahlung von Krediten durch den Angeklagten wird bei der Bestimmung der Tagessatzhöhe nicht berücksichtigt. Dies gilt sowohl für Studienkredite als auch für Privatkredite.

○ Keine der Antworten ist richtig.

4. Welche der folgenden Aussagen zur Freiheitsstrafe ist zutreffend?

○ Ein Bewährungswiderruf ist nur möglich, wenn der Verurteilte während der Bewährungszeit eine weitere Straftat begeht.

○ Eine Freiheitsstrafe in Höhe von 2 Jahren und 2 Wochen kann ausnahmsweise noch zur Bewährung ausgesetzt werden.

⊗ Die kurze Freiheitsstrafe ist trotz entgegenstehender gesetzlicher Regelungen die am häufigsten ausgeurteilte Freiheitsstrafe.

○ Das Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe beträgt nach deutschem Strafrecht lebenslänglich.

○ Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe kann durch Zahlung einer nach Tagessätzen doppelt so hohen Geldstrafe abgewendet werden.

○ Keine der Aussagen ist richtig.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2012/2013 zur Vorlesung „Strafrecht IV“ von Dr. Katrin Brettfeld an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg gestellt wurde. Die Bearbeitung der Autorin wurde mit „sehr gut“ bewertet.

☒☐⊗○⊗○☒☐

5. Welche der folgenden Aussagen zur Strafempfindlichkeit sind zutreffend?

◯ Bei Ausländern wird generell eine erhöhte Strafempfindlichkeit angenommen.

◯ Eine erhöhte Strafempfindlichkeit spielt im Rahmen der Strafzumessung keine Rolle. Ihr kommt erst im Rahmen der Reststrafenaussetzung besondere Bedeutung zu.

⊗ Eine erhöhte Strafempfindlichkeit kann im Rahmen der Strafzumessung zu einer milderen Strafe führen.

⊗ Eine erhöhte Strafempfindlichkeit kann sich u. a. aus dem Alter oder einer schweren Erkrankung des Beschuldigten herleiten.

◯ Da die Strafempfindlichkeit im Katalog des § 46 II StGB nicht aufgeführt ist, darf sie im Rahmen der Strafzumessung auch nicht berücksichtigt werden.

6. Welche der folgenden Aussagen zur Bildung einer Gesamtstrafe sind zutreffend?

⊘ Besteht zwischen zwei Delikten Tateinheit, finden die Regeln zur Bildung einer Gesamtstrafe keine Anwendung.

⊗ Wurden mehrere Strafgesetze verletzt, ist zunächst für alle Taten jeweils eine Strafe zu bestimmen, aus denen anschließend die Gesamtstrafe zu bilden ist.

◯ Die maximale Höhe einer Gesamtgeldstrafe beträgt 360 Tagessätze.

◯ Eine Gesamtfreiheitsstrafe darf 15 Jahre nicht übersteigen.

◯ In ein und demselben Urteil dürfen nicht mehrere Gesamtstrafen nebeneinander ausgesprochen werden.

7. Welche der folgenden Aussagen zu gem. § 46 StGB strafschärfend bzw. strafmildernd zu berücksichtigenden Umständen sind zutreffend?

◯ Das menschliche Leben bedarf eines besonderen Schutzes. Die Missachtung dieses Rechtsgutes darf daher bei der Verurteilung wegen Totschlags strafschärfend berücksichtigt werden.

◯ Ist ein Angeklagter vorbestraft ist dies immer strafschärfend zu berücksichtigen.

◯ Als strafmildernde Umstände kommen im Rahmen der Strafzumessung nur tatbezogene Umstände in Betracht. Täterbezogene Umstände spielen erst bei der Frage der Strafaussetzung zur Bewährung eine Rolle.

⊗ Umstände, die bei der Strafzumessung bereits berücksichtigt wurden, dürfen auch bei der Frage der Strafaussetzung zur Bewährung erneut herangezogen werden.

⊗ Die Gewichtung und Abwägung der einzelnen Umstände liegt in der Verantwortung des Gerichtes. Es ist möglich, dass ein und derselbe Umstand in einem Fall als strafschärfend, in einem anderen Fall als strafmildernd angesehen werden kann.

8. Welche der folgenden Aussagen zur Bestimmung des gesetzlichen Strafrahmens sind zutreffend?

⊗ Liegen vertypte Milderungsgründe vor, kann an Stelle der Milderung nach § 49 StGB auch ein besonders schwerer Fall abgelehnt werden, sofern kein zwingendes Beispiel vorliegt.

◯ Auch wenn mehrere vertypte Milderungsgründe vorliegen, ist die Strafe nur einmal nach § 49 StGB zu mildern.

⊗ Das Vorliegen mehrerer vertypter Milderungsgründe kann zu einer mehrfachen Milderung nach § 49 StGB führen.

◯ Sind mehrere Strafgesetze verletzt, ergibt sich der Strafrahmen allein aus dem Gesetz, das das höherwertige Rechtsgut schützt.

◯ Sind mehrere Strafgesetzt verletzt, ergibt sich der Strafrahmen allein aus dem Gesetz, das die höhere Mindeststrafe androht.

9. Welche der folgenden Aussagen zur nachträglichen Gesamtstrafenbildung sind zutreffend?

⊗ Eine Voraussetzung der nachträglichen Gesamtstrafenbildung ist, dass die aktuelle Tat vor dem einzubeziehenden Urteil begangen wurde.

◯ Ist ein Teil des einzubeziehenden Urteils bereits vollstreckt, kann dieses Urteil insgesamt nicht mehr nachträglich einbezogen werden.

◯ Die nachträgliche Gesamtstrafenbildung außerhalb eines Verfahrens kann dann von der Staatsanwaltschaft vorgenommen werden, wenn es nur um die Zusammenführung zweier bereits rechtskräftiger Urteile geht.

◯ Die nachträgliche Gesamtstrafenbildung führt stets zu einer härteren Strafe, als diejenige, die im einzubeziehenden Urteil ausgesprochen wurde.

⊗ Die Zäsurwirkung eines Urteils bedeutet, dass Taten, die vor und nach einem Urteil liegen, nicht nachträglich zu einer Gesamtstrafe zusammengeführt werden dürfen.

Teil B

10. Worin liegen die Unterschiede zwischen positiver General- und positiver Spezialprävention?
Die Generalprävention dient der Einwirkung auf die Allgemeinheit.

! Dies dient dazu Vertrauen zu schaffen.

Die Spezialprävention hingegen dient der Einwirkung auf den Einzelnen (Täter).

! Sie verfolgt insbesondere das Ziel der Resozialisierung.

11. Legen Sie dar, weshalb die Verwarnung mit Strafvorbehalt nicht nur bei Fällen von Bagatellkriminalität oder bei Ersttätern Anwendung finden soll.

! Die Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. §§ 59 ff. StGB soll nicht nur bei Fällen von Bagatellkriminalität oder bei Ersttätern Anwendung finden, weil im Gesetz selbst solche Einschränkungen nicht vorgesehen sind. Gem. § 59 I StGB kann das Gericht, sofern jemand eine Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen verwirkt hat, verwarnen und die Verurteilung der Strafe vorbehalten. Die Geldstrafe kann allerdings auch gemildert werden. Daher ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt nach Beachtung aller Milderungsgründe theoretisch auch bei Verbrechen anwendbar.

12. Nehmen Sie zu dem folgenden Satz aus dem Urteil eines Landgerichtes Stellung: „Die Strafaussetzung zur Bewährung ist eine Rechtswohltat der Gemeinschaft, die sich der Angeklagte nicht verdient hat."
Die Strafaussetzung zur Bewährung ist keine Rechtswohltat, die der Angeklagte nicht verdient hat. Sie ist vielmehr Ausprägung der Spezialprävention. Der Angeklagte muss sich nicht dankbar zeigen. Jedem steht diese zu.

13. Bestimmen Sie Einsatzstrafe, Untergrenze und Obergrenze einer Gesamtstrafe aus den folgenden Einzelstrafen: 10 Monate Freiheitsstrafe mit Bewährung, 8 Jahre und 9 Jahre Freiheitsstrafe.
Einsatzstrafe: 9 Jahre
Untergrenze: 9 Jahre, 1 Monat
Obergrenze: 15 Jahre (§ 54 II 1 i. V. m. § 39 StGB)

14. Beschreiben Sie die Voraussetzungen, unter denen eine Freiheitsstrafe in Höhe von 1 Jahr und 8 Monaten zur Bewährung ausgesetzt werden kann.

! Für eine Aussetzung einer Freiheitsstrafe in Höhe von 1 Jahr und 8 Monaten sind gem. § 56 I, II, III StGB eine günstige Legalprognose und besondere Umstände bei der Gesamtwürdigung von Tat und Täter notwendig. Des Weiteren darf die Verteidigung der Rechtordnung die Vollstreckung der Strafe nicht gebieten. Eine günstige Legalprognose meint die Wahrscheinlichkeit straffreier Führung. Dies muss tatsachenbasiert sein. Der in dubio pro reo Grundsatz gilt nicht. Der Prognosezeitpunkt ist das Ende der Hauptverhandlung. Bei der Gesamtwürdigung sind unter anderem die Tatausführung, das Nachtatverhalten, die Selbstschädigung des Täters und eine lange, belastende Verfahrensdauer zu beachten.

15. Beschreiben Sie die Spielraumtheorie des BGH.
Die Spielraumtheorie besagt, dass in einem ersten Schritt der schon und noch schuldangemessene Strafrahmen festgelegt wird. In einem zweiten Schritt wird anhand präventiver Gesichtspunkte das konkrete Strafmaß bestimmt. Somit beschreibt sie das Prinzip des sinn- und maßvollen Strafens.

16. Beschreiben Sie den Unterschied zwischen der Strafzumessungslösung und der Vollstreckungslösung im Umgang mit einer konventionswidrigen Verfahrensdauer.
Früher wurde die Strafzumessungslösung bei einer konventionswidrigen Verfahrensdauer gewählt. Danach wurde der Angeklagte, der nach seiner Schuld zu einer dreijährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden wäre, zu einer z. B. zweieinhalbjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Heute wird die Vollstreckungslösung angewandt. Danach wird der Angeklagte auch zu drei Jahren verurteilt, ein halbes Jahr gilt jedoch aufgrund langer belastender Verfahrensdauer als vollstreckt.

17. Gem. § 46 I 2 StGB sind die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, zu berücksichtigen. Inwiefern findet dies bei der Strafzumessung zur Bewährung seinen Niederschlag?

! Eine Bewährung ist nur bei Strafen bis zu 2 Jahren möglich. Kurze Freiheitsstrafen, die gem. § 47 StGB unter 6 Monaten liegen, werden nur in Ausnahmefällen verhängt.

Denn bei diesen entfalten sich zumeist die negativen Auswirkungen einer Freiheitsstrafe, während die positiven Folgen oft ausbleiben. Durch die Bewährung sollen die negativen Auswirkungen vermieden werden. Hinzu kommt, dass der Täter durch die gesellschaftliche Reaktion auf die ausgeurteilte Strafe hinreichend belangt wird.

18. Legen Sie dar, weshalb die Anwendung sog. Straftaxen – vorgegebene Strafen für bestimmte Delikte – den Grundprinzipien der Strafzumessung widerspricht.
Die Strafzumessung berücksichtigt alle Einzelfallaspekte. Diese können bei Anwendung sog. Straftaxen keine Berücksichtigung finden. Oft werden für die Bestimmung der Straftaxen auch der Median und der Modalwert herangezogen. Diese unterscheiden jedoch in den seltensten Fällen die Delikte nach Versuch und Vollendung. Auch kann der Strafrahmen außerhalb dieser Werte liegen. Dann nützen diese nicht.

Teil C – Fall 1

Aufgabe

Nach den Feststellungen des Gerichts ist der 39-jährige T schuldig am Tod seiner Frau G. Diese hatte ihn durch Beschimpfungen seiner Person und seiner Familie so stark gereizt, dass er im Zorn zuschlug. G verstarb an diesem Schlag. Das Gericht bejahte nach Anhörung eines Sachverständigen zutreffend den Eventualvorsatz bzgl. der Tötungshandlung, Mordmerkmale wurden ausgeschlossen. Das Vorliegen einer verminderten Schuldfähigkeit wegen hochgradigen Affektes – hervorgerufen durch die Beschimpfungen der G – konnte der Sachverständige nicht völlig ausschließen.

Bestimmen Sie den für die Strafzumessung hier anzusetzenden Strafrahmen unter Berücksichtigung eventuell vorliegender Milderungsgründe. Begründen Sie Ihre Entscheidung.

Lösung

§§ 212 I, 21, 49 I StGB:
Strafrahmen § 212 I StGB: 5–15 Jahre

Aufgrund verminderter Schuldfähigkeit wird der Strafrahmen gem. § 21 StGB nach § 49 I StGB gemildert.

Strafrahmen §§ 212 I, 21, 49 I StGB: 2 Jahre bis 11 Jahre und 3 Monate (3/4 des Höchstmaßes)

§ 213 Alt. 1 StGB:
Minder schwerer Fall des Totschlags

Strafrahmen § 213 Alt. 1 StGB: 1–10 Jahre

Eine erneute Milderung nach §§ 21, 49 I StGB kommt aufgrund des Doppelverwertungsverbots nicht in Betracht. § 213 StGB beschreibt genau diese Affekthandlung.

Abwägung:
1–10 Jahre oder 2 Jahre bis 11 Jahre und 3 Monate

Es ist der für den Angeklagten günstigere Strafrahmen zu wählen. Das ist der Strafrahmen mit dem niedrigeren Mindestmaß. Dies ergibt sich aus dem Prinzip des sinn- und maßvollen Strafens. Der Strafrahmen ist also 1–10 Jahre gem. § 213 Alt. 1 StGB.

Teil C – Fall 2

Aufgabe

Der ledige und kinderlose A ist Asylbewerber. Er lebt in einer Aufnahmestelle für Asylbewerber, wo er unentgeltliche Unterkunft und Verpflegung sowie ein Taschengeld von 38 € im Monat erhält. Vom Amtsgericht wurde er wegen zweier Diebstähle von Audiogeräten bzw. Kosmetika im Gesamtwert von ca. 440 € zu einer Gesamtgeldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 5 € verurteilt. A legt Sprungrevision ein, mit der er u. a. eine Herabsetzung der Tagessatzhöhe auf 1,30 € anstrebt. Wie wird das Revisionsgericht entscheiden? Begründen Sie Ihre Entscheidung.

Lösung

Die Berechnung der Tagessatzhöhe beruht auf den wirtschaftlichen Verhältnissen des Angeklagten. Nach einer Auffassung sind die 38 € im Monat sowie die Unterkunft und Verpflegung in die Berechnung der Tagessatzhöhe mit einzubeziehen. Nach anderer Auffassung ist dies nicht möglich. Es sind nur die 38 € zu veranschlagen.

Für die erste Auffassung spricht, dass auch bei anderen finanziell benachteiligten Personen alle Gelder (wie Wohnungsgelder) berücksichtigt werden. Auch dort werden keine Einschränkungen gemacht. Dagegen spricht jedoch, dass dem A diese Gelder nur im Rahmen dieser Nutzung zustehen und auch lediglich Coupons o. ä. darstellen. Die Verpflegung kann er nicht zu Geld machen. Dies ist ihm auch nicht zumutbar. Er hat also lediglich 38 € im Monat zur freien Verfügung. Auch in Hinblick auf den Gesamtwert der gestohlenen Sachen ist zu berücksichtigen, dass die Tagessatzhöhe unverhältnismäßig wäre.

Demnach ist die Tagessatzhöhe herabzusetzen. Das Revisionsgericht wird A Recht geben und die Tagessatzhöhe herabsetzen.

Andreas Patett*

Sitzblockaden als strafbare Nötigung

Die Strafbarkeit von Sitzblockaden ist ein Thema, das sowohl in der Rechtswissenschaft als auch in der allgemeinen gesellschaftlichen Diskussion für Kontroversen sorgte und noch immer sorgt. Nach einer Hochphase dieser Methode in den 1980er-Jahren in den Auseinandersetzungen um die Fragen der Nachrüstung und der Verwendung der Atomkraft ebbte die Popularität dieses Protestmittels ab. Allerdings werden Sitzblockaden auch in diesem Jahrhundert noch angewendet, wie z.B. bei Protesten gegen den Irakkrieg 2003 und vor allem gegen Demonstrationen von Neonazis (hierzu D.).

In der juristischen Diskussion geht es um die Frage, ob Sitzblockaden als rechtswidrige Nötigungen mit Gewalt im Sinne des § 240 StGB einzustufen sind. Kontrovers diskutiert wurde und wird vor allem, ob § 240 StGB überhaupt verfassungsgemäß ist (hierzu A.), ob eine Sitzblockade unter den Gewaltbegriff des § 240 I StGB fällt (hierzu B.) und ob und wenn ja in welchen Fällen eine Sitzblockade als nicht verwerflich i.S.v. § 240 II StGB und somit als rechtmäßig einzustufen ist (hierzu C.).

Im Anschluss an die Ausführungen zu diesen Fragen werden einige rechtspolitische Überlegungen zur Frage einer möglichen expliziten Legalisierung von Sitzblockaden angestellt (unter E.) und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Thema „Sitzblockaden als Nötigung" in einem abschließenden Resümee kritisch gewürdigt (F.).

A. Verfassungsmäßigkeit des § 240 StGB

Die Verfassungsmäßigkeit des § 240 StGB war in der Vergangenheit umstritten, sowohl hinsichtlich der Gewaltalternative in Absatz 1 als auch hinsichtlich der Verwerflichkeitsklausel in Absatz 2.

I. Verfassungsmäßigkeit der Gewaltalternative

Teilweise wurde die Vereinbarkeit des Tatbestandsmerkmals der „Gewalt" mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG bezweifelt. Der Normadressat könne nicht erkennen, welches Verhalten der Begriff erfasse; für ihn bestünde die Gefahr, richterlicher Willkür ausgesetzt zu sein.[1] Die weite Auslegung des Gewaltbegriffes durch die Rechtsprechung belege die fehlende Bestimmtheit des Begriffes, weil sie eine direkte Folge der Unbestimmtheit sei.[2]

Dem wurde entgegengehalten, dass der Begriff der Gewalt der Umgangssprache entnommen wurde; er sei zwar auslegungsbedürftig, deswegen aber nicht automatisch unbestimmt.[3] Der Gesetzgeber beschreibe Tatbestände abstrakt-generell, um eine Vielzahl von Einzelfällen zu erfassen. Hierbei könne es zu unterschiedlichen Interpretationen kommen, was nicht gegen Art. 103 II GG verstoße. Andernfalls könne vom Gesetzgeber praktisch nichts mehr geregelt werden, da es zu allen Begriffen unterschiedliche Interpretationen geben könne.[4]

Letztere Auffassung, die auch in mehreren Entscheidungen vom BVerfG vertreten wurde,[5] ist überzeugend. Der Gesetzgeber hat mit dem Begriff der Gewalt keine Generalklausel eingeführt, sondern einen Begriff, dessen Inhalt durch Auslegung hinreichend erkennbar ist. In Abgrenzung vom Begriff der „Gewalttätigkeit" und durch teleologische Auslegung, welche ergibt, dass die Norm die Willensentschließung und Willensbetätigung schützen soll, ist erkennbar, dass auch geringe, aber nicht vollkommen unerhebliche Beeinträchtigungen anderer sanktioniert werden sollen.

§ 240 I StGB verstößt somit nicht gegen Art. 103 II GG.

II. Verfassungsmäßigkeit der Verwerflichkeitsklausel

Vereinzelt wurde auch vertreten, dass die Verwerflichkeitsklausel des § 240 II StGB gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 II GG verstoße. Für die vorzunehmende Bewertung anhand der Zweck-Mittel-Relation gebe es keinen gesetzlichen Maßstab, weswegen, in Verstoß gegen Art. 103 II GG, das Gericht keiner gesetzlichen Bindung unterliegen würde.[6] Für den Bürger sei nicht erkennbar,

* Stud. iur. an der Universität Hamburg und studentischer Mitarbeiter bei Prof. Dr. Ivo Appel am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umweltrecht und Rechtsphilosophie. Der Beitrag beruht auf einer mit „gut" bewerteten Seminararbeit, die der Verfasser im Wintersemester 2012/2013 in dem von Prof. Dr. Florian Jeßberger veranstalteten Seminar „So nah und doch so fern – Strafrecht und Strafprozessrecht im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich" verfasst hat.

1 *Calliess*, Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit, NJW 1985, 1506 (1509); *Wolter*, Verfassungskonforme Restriktion und Reform des Nötigungstatbestandes, NStZ 1986, 241 (246).

2 *Calliess*, NJW 1985, 1506 (1509); *ders.*, Sitzdemonstrationen und strafbare Nötigung in verfassungsrechtlicher Sicht, NStZ 1987, 209 (210).

3 *Kühl*, Sitzblockaden vor dem Bundesverfassungsgericht, StV 1987, 122 (125).

4 *Offenloch*, Geforderter Rechtsstaat, JZ 1986, 11 (13).

5 BVerfG NJW 2011, 3020; BVerfGE 104, 92 (101); BVerfGE 92, 1 (13 f.).

6 AG Hagen MDR 1985, 601 f.; *Bertuleit/Herkströter*, Nötigung durch

welches Verhalten verwerflich und somit verboten sei; dies entscheide das Gericht anstelle des Gesetzgebers.[7]

Dem wird von einigen Autoren entgegengehalten, dass § 240 II StGB ein Rechtfertigungsgrund sei und für diese Art. 103 II GG nicht gelte.[8] Zudem seien die möglichen Fälle, in denen die Willensfreiheit anderer beeinträchtigt ist, so unterschiedlich und zahlreich, dass ein Korrektiv wie § 240 II StGB, das notwendigerweise allgemein gehalten sein müsse, unverzichtbar sei.[9] Die Strafwürdigkeit hänge von den jeweiligen Umständen im Einzelfall ab, weswegen eine genauere Konkretisierung nicht möglich sei, was aber nicht gegen das Bestimmtheitsgebot verstoße; es sei allein maßgeblich, dass das Risiko der Bestrafung erkennbar ist, was vorliegend der Fall sei.[10] Diese Ansicht vertritt auch das BVerfG.[11]

Dem ist zuzustimmen. Da eine Vielzahl von unterschiedlichen Handlungen unter den § 240 I StGB subsumiert werden können, ist es notwendig, mittels eines Korrektivs, das nur allgemein gehalten sein kann, die sozialadäquaten Fälle herauszufiltern. Für Einhaltung des Bestimmtheitsgebots ist auf Adressatenseite zumindest notwendig, dass das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist.[12] Da die Verwerflichkeitsklausel aber lediglich einen zusätzlichen Rechtfertigungsgrund für § 240 I StGB darstellt und kein Teil des Tatbestands ist,[13] ist ein Bestrafungsrisiko stets erkennbar, von dieser kann nur ausnahmsweise gem. § 240 II StGB abgesehen werden. Die Maßstäbe, nach denen das Verwerflichkeitsurteil gefällt wird, sind zudem in einer langjährigen Rechtsprechung gesichert worden, welche die hinreichende Bestimmtheit sicherstellen kann.[14]

Auch § 240 II StGB ist somit mit Art. 103 II GG vereinbar.

B. Sitzblockaden als Gewalt i.S.v. § 240 I StGB

In Literatur und Rechtsprechung war und ist es umstritten, ob Sitzblockaden unter den Gewaltbegriff des § 240 I StGB fallen. Die Kontroverse bezieht sich auf die spezifische Konstellation bei Sitzblockaden, bei denen Menschen durch ihre bloße Anwesenheit, einen Weg versperren, um dadurch Fahrzeuge an der Durchfahrt zu hindern. In den entschiedenen Fällen ging es um Straßenbahnen, Militärtransporter oder LKW. Es wurde argumentiert, dass für solche Fahrzeuge die sitzenden Menschen kein körperliches Hindernis darstellen würden, sondern deren Fahrerin oder Fahrer nur „psychisch", nämlich aufgrund ihrer Tötungshemmung, gezwungen seien, anzuhalten, was aber zur Erfüllung des Nötigungstatbestandes nicht ausreiche.

I. Entwicklung des Gewaltbegriffs des § 240 I StGB bis zum ersten Sitzblockaden-Urteil des BGH

Unter Gewalt wurde vom Reichsgericht die Anwendung von körperlichem Zwang zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes verstanden.[15] Allerdings stellte schon das Reichsgericht an das Ausmaß der Anwendung von Körperkraft keine hohen Anforderungen, sondern stellte vor allem auf die vom Opfer empfundene Zwangswirkung ab (so z.B. beim Einsperren eines Menschen[16] oder der Abgabe von Schreckschüssen[17]). Diese Rechtsprechung wurde vom BGH fortgeführt, der entschied, dass die aufgewendete Körperkraft auch sehr gering sein könne und der Zwang, der auf den Körper des Opfers einwirke, entscheidend sei, weswegen er z.B. auch das Beibringen von Betäubungsmitteln[18], das vorsätzliche Verhindern des Überholtwerdens durch Blockade der Überholspur[19], die Abgabe von Warnschüssen[20] und das dichte Auffahren auf andere Autos, um diese zur Freigabe der Überholspur zu zwingen[21], als Nötigung durch Gewalt bewertete. Stets hatte er dabei jedoch eine physische Zwangswirkung beim Opfer für notwendig gehalten, wobei er auch psychosomatische Reaktionen bei den Opfern, wie Erregung des Nervensystems, ausreichen lies (s. hierzu C. III. 2. a))[22].

II. Psychischer Zwang als ausreichendes Nötigungsmittel?

Mit seinem ersten veröffentlichten Urteil zu Sitzblockaden, in dem es um eine Blockade einer Straßenbahn ging, gab der BGH 1969 auch diese Eingrenzung auf und entschied, dass auch ein psychisch vermittelter Zwang ausreichend sei für die Annahme von Gewalt (sog. Laepple-

Versammlung?, KJ 1987, 331 (334); *Calliess*, NJW 1985, 1506 (1510 f.).
7 AG Hagen MDR 1985, 601 f.; *Calliess*, NJW 1985, 1506 (1509 f.).
8 *Amelung*, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, JZ 1982, 617 (620); *Krey/Neidhardt*, BKA-Forschungsreihe: Was ist Gewalt? Bd. 1, 1986, Rn. 269; *Tröndle*, in: ders./Fischer, StGB, 49. Aufl. 1999, § 240 Rn. 22.
9 *Krey/Neidhardt*, BKA I, 1986, Rn. 269; *Träger/Altvater*, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2005, § 240 Rn. 74.
10 *Kühl*, StV 1987, 122 (126); *Offenloch*, JZ 1986, 11 (13); *Träger/Altvater*, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2005, § 240 Rn. 74.
11 BVerfGE 73, 206 (238 f.).
12 BVerfGE 73, 206 (235).
13 Überzeugende h.M., s. z.B. BGHSt 35, 270 (275 f.); RGSt 77, 350 (351 f.); *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 240 Rn. 17; *Träger/Altvater*, in: LK, § 240 Rn 68; *Tröndle*, in: ders./Fischer, § 240 Rn. 20.
14 BVerfGE 96, 68 (97 f.); BVerfGE 86, 288 (311); BVerfGE 45, 363 (371 f.).
15 RGSt 58, 98 (99); RGSt 56, 87 (88).
16 RGSt 73, 343 (344 f.); RGSt 27, 405 (406).
17 RGSt 66, 353 (355 f.); RGSt 60, 157 (158).
18 BGHSt 1, 145 (147 f.).
19 BGHSt 19, 263 (265); BGHSt 18, 389 (390 f.).
20 BGH GA 1962, 145.
21 BGHSt 19, 263 (265 f.).
22 BGH GA 1962, 145; BGHSt 19, 263 (266).

Urteil").[23] Im Folgenden soll untersucht werden, ob dies überzeugend ist.

1. Die Begründung des BGH

Der BGH stellte darauf ab, welches Gewicht der psychische Zwang habe. Der vom Angeklagten ausgeübte psychische Zwang auf den Fahrer der Straßenbahn sei unwiderstehlich gewesen, da dieser halten musste, wenn er keinen Totschlag begehen wolle.[24]

2. Zustimmung in der Literatur

Teilweise hat diese Sichtweise Unterstützung in der Literatur gefunden. Der BGH habe den Gewaltbegriff genauer und moderner gefasst, da der ursprüngliche, archaische Gewaltbegriff nicht in die moderne, westliche Welt passe, in der physische Gewalt ungewöhnlich geworden sei.[25] Die von einer Sitzblockade ausgehende psychische Gewalt sei nicht geringer zu bewerten als physische Gewalt durch das Bereiten eines Hindernisses und sie unberücksichtigt zu lassen sei mit Sinn und Zweck des § 240 I StGB nicht vereinbar.[26] Deswegen sei die Bereitung eines Hindernisses (Sitzblockade), durch dessen Überwindung sich das Nötigungsopfer strafbar macht, genauso strafwürdig wie die Errichtung eines physischen Hindernisses, weswegen durch den „vergeistigten" Gewaltbegriff absurde Ungleichbehandlungen vermieden würden.[27]

3. Ablehnung in der Literatur

Das Genügenlassen rein psychischer Zwangswirkungen für die Annahme von Gewalt wurde in der Literatur kritisiert, weil es nicht mehr mit dem allgemeinen Sprachgebrauch übereinstimme, was gegen das Analogieverbot aus Art. 103 II GG verstoße.[28] Auch ignoriere eine solche Interpretation die soziale Funktion des § 240 I StGB, der gerade das Verlassen der rein geistigen hin zu einer körperlichen Auseinandersetzung sanktionieren will.[29] Dem Begriff „Gewalt" wohne zudem eine aggressive Dynamik inne, die rein passive oder defensive Verhaltensweisen (wie Sitzblockaden) ausschließe.[30] Außerdem würden hierdurch die Grenzen zwischen Gewalt und Drohung mit einem empfindlichen Übel verwischt.[31] Auch wurde die Möglichkeit einer uferlosen Auslegung des § 240 I StGB befürchtet.[32] Mögliche Strafbarkeitslücken müssten vom Gesetzgeber beseitigt werden.[33]

4. Stellungnahme

Zur Beurteilung des „vergeistigten Gewaltbegriffs" des BGH können verschiedene Aspekte berücksichtigt werden.

a) Frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts

Von einigen Anhängern des vergeistigten Gewaltbegriffs wird vorgebracht, dass schon das Reichsgericht in der Vergangenheit in ähnlichen Fällen das Vorliegen von Gewalt bejaht hat, weswegen das Laepple-Urteil des BGH keine Auflösung des Gewaltbegriffs darstelle, sondern nur die Fortführung gefestigter Rechtsprechung.[34] Insbesondere wird sich auf das sog. Sargträger-Urteil des RG berufen, in dem es um eine Blockade durch mehrere Menschenreihen ging, die einen Leichenzug davon abhielten, einen Selbstmörder in geweihter Erde zu beerdigen.[35] Das Gericht hatte zwar das Vorliegen von Gewalt bejaht, allerdings ging es davon aus, dass die an der Blockade Teilnehmenden einen physischen Zwang ausgeübt hätten und hat explizit festgestellt, dass rein psychischer Zwang für die Bejahung von Gewalt nicht ausreiche.[36] Auch sind Fälle moderner Sitzblockaden nicht mit der Situation des Sargträger-Urteils vergleichbar, da bei diesem einzelnen Menschen eine Menschenmenge entgegenstand, die das Durchkommen körperlich unmöglich machte, für heutige Sitzblockaden aber kennzeichnend ist, dass die blockierten Fahrzeuge physisch in der Lage wären, die Blockade zu durchbrechen.

Ähnliches gilt für ein anderes Urteil des Reichsgerichts, in dem es Nötigung durch physischen Zwang in einem Fall bejaht hat, in dem mehrere Personen einem Fuhrwerk durch Entgegentreten den Weg versperrten, aber erneut feststellte, dass psychischer Zwang nicht ausreichend sei.[37]

Der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist also keine Bejahung eines psychischen Gewaltbegriffs zu entnehmen.

b) Spätere Rechtsprechung des BGH

Zweifel an der Richtigkeit des psychischen Gewaltbegriffs begründet auch die spätere BGH-Rechtsprechung. Nicht einmal drei Wochen nach dem Laepple-Urteil ent-

23 BGHSt 23, 46 (54).
24 Ebd.
25 *Bertuleit/Herkströter*, KJ 1987, 331 (343 ff.); *Roellecke*, Bio-Recht, NJW 1995, 1525 (1526); *Schroeder*, Sitzblockade keine Gewalt, JuS 1995, 875 (878).
26 *Martin*, Zur strafrechtlichen Beurteilung „passiver Gewalt" bei Demonstrationen, in: 25 Jahre BGH, 1975, S. 211 (219); *Zöller*, Der Gewaltbegriff des Nötigungstatbestandes, GA 2004, 147 (161).
27 *Schroeder*, JuS 1995, 875 (878).
28 LG Bonn StV 1985, 191 (192); *Krey*, Kritische Anmerkungen anläßlich des Sitzblockaden-Beschlusses des Ersten Senats vom 10. Januar 1995, JR 1995, 265 (268); *Scholz*, Sitzblockade und Verfassung, NStZ 1995, 417 (420).
29 *Krey/Neidhardt*, BKA I, 1986, Rn. 193.
30 *Magnus*, Der Gewaltbegriff der Nötigung (§ 240 StGB) im Lichte der neuesten BVerfG-Rechtsprechung, NStZ 2012, 538 (541); *Ott*, Anmerkung zu BGH 2 StR 171/69, NJW 1969, 2023.
31 LG Bonn StV 1985, 191 (192); *Krey*, JR 1995, 265 (268); *Magnus*, NStZ 2012, 538 (541).
32 LG Bonn StV 1985, 181 f.; *Krey/Neidhardt*, BKA I, 1986, Rn. 186 ff.
33 *Geilen*, Lebensgefährdende Drohung als Gewalt in § 251 StGB?, JZ 1970, 521 (529); *Krey*, JR 1995, 265 (268).
34 *Martin*, in: FS BGH-25, S. 211 (217 f.); *Starck*, Zur Verfassungsmäßigkeit des Nötigungsstraftatbestandes und zur verfassungsrechtlichen Bewertung von Strafurteilen gegen Teilnehmer an Sitzblockaden, JZ 1987, 145 (146 f.).
35 RGSt 45, 153 ff.
36 RGSt 45, 153 (155 ff.); ebenso RG HRR 1942, Nr. 193; RGSt 64, 113 (115 f.).
37 RG DJZ 1923, 371 ff.

schied der 4. Strafsenat des BGH in einem anderen Fall, dass für die Annahme von Gewalt Handlungen vorliegen müssten, die „als ein nicht nur seelischer, sondern auch körperlicher Zwang empfunden werden".[38]

Am 08.10.1981 entschied der BGH erneut, dass Gewalt nur vorliege, wenn eine Einwirkung vom Opfer „als ein nicht nur seelischer, sondern auch körperlicher Zwang empfunden" werde.[39]

Der BGH hat in keinem weiteren veröffentlichtem Urteil explizit das Vorliegen einer psychischen Zwangswirkung genügen lassen. Somit liegt der Verdacht nahe, dass der BGH mit dem Laepple-Urteil eine Ausnahmeentscheidung getroffen hat, um Sitzblockaden zu sanktionieren, und hierfür einmalig von seiner sonstigen Rechtsprechung abgewichen ist. Auch diese Inkonsequenz erhöht die Zweifel an dem psychischen Gewaltbegriff.

c) Verfassungsrechtliche Zweifel

Der vergeistigte Gewaltbegriff ist auch im Hinblick auf das Analogieverbot aus Art. 103 II GG zweifelhaft. Dieses ist verletzt, wenn eine strafbegründende Norm so angewendet wird, dass der mögliche Wortsinn überschritten ist.[40] Dass die Verursachung psychischen Zwangs nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als Gewalt angesehen wird, kann bezweifelt werden.[41] Hiergegen spricht auch, dass die in § 240 I StGB geforderte Gewalt gerade keine bloße Drohung darstellen soll. Es ist also zumindest zweifelhaft, ob ein Genügenlassen von psychischem Zwang bei Anwendung von § 240 I StGB mit dem Analogieverbot aus Art. 103 II GG vereinbar ist.

d) Einfachrechtliche Zweifel

Aber auch unter einfachgesetzlichen Gesichtspunkten ist der vergeistigte Gewaltbegriff zweifelhaft. Würde man psychischen Zwang ausreichen lassen, wenn dieser, wie vom BGH formuliert, von einigem Gewicht ist, dann wäre kaum abgrenzbar, welches Verhalten unter diesen Gewaltbegriff zu fassen ist, welches Gewicht also ausreichend wäre. Auch würde hierdurch die Abgrenzung von Gewalt in Form der vis compulsiva zur Drohung mit einem empfindlichen Übel erschwert, so dass diese nur noch dadurch unterscheidbar wären, dass die Drohung ein zukünftiges Übel in Aussicht stellt, während die Gewalt ein gegenwärtiges Übel darstellt. „Gewalt" und „empfindliches Übel" sollen aber nach der Systematik des StGB gerade nicht identisch sein, was daran erkennbar ist, dass z.B. in den §§ 81 I, 82 I, 105 I, 107 I, 113 I StGB ausdrücklich „Gewalt" und „Drohung mit Gewalt", in § 240 I StGB aber „Gewalt" und „Drohung mit einem empfindlichen Übel" sanktioniert ist.

Außerdem wäre, ließe man psychischen Zwang genügen, eine uferlose Anwendung des § 240 I StGB möglich, durch die man z.B. auch das bloße Erzeugen von moralischem Druck durch Einreden auf einen anderen sanktionieren könnte, was dem Zweck des § 240 StGB widersprechen würde, der zwar die freie Willensentschließung und Willensbetätigung schützen soll[42], allerdings nicht grenzenlos und gegen jedes Beeinflussungsmittel.[43] Auch im Hinblick auf Grundrechte (Art. 2 I, 5 I GG) wäre dies bedenklich.

f) Ergebnis

Somit ist die Annahme, auch psychischer Zwang genüge zur Erfüllung des Merkmals der Gewalt i.S.v. § 240 I StGB, nicht überzeugend und abzulehnen. Erforderlich für eine Nötigung ist also stets das Vorliegen körperlichen Zwangs.

III. Sitzblockade als körperlicher Zwang

Wenn man also annimmt, dass der Gewaltbegriff des § 240 I StGB eine körperliche Kraftentfaltung auf Täterseite und eine körperliche Zwangswirkung auf Opferseite voraussetzt, dann ist fraglich, ob eine Sitzblockade unter diesen Gewaltbegriff subsumierbar ist.

1. Körperliche Kraftentfaltung auf Täterseite

Von einigen Autoren wird davon ausgegangen, dass bei einer Nötigung nur die Zwangswirkung aufseiten des Opfers entscheidend sei, und deswegen eine körperliche Kraftentfaltung des Täters nicht erforderlich sei.[44] Folgt man dieser Auffassung, ergibt sich kein Problem dadurch, dass die einzige Handlung bei einer Sitzblockade im Hinsetzen besteht.

Aber selbst wenn man wie der BGH in ständiger Rechtsprechung[45] annimmt, dass auf eine Kraftentfaltung auf Täterseite nicht vollständig verzichtet werden kann, kann überzeugend angenommen werden, dass das Hinsetzen hierfür ausreichend ist. Schon das Reichsgericht hat sehr niedrige Anforderung für das Vorliegen einer körperlichen Kraftentfaltung gestellt; so hat es diese bejaht beim Einsperren eines anderen Menschen, für das nur das Umdrehen eines Schlüssels erforderlich war,[46] bei dem Betätigen des Abzugs einer Waffe[47] und, hier zumindest hinsichtlich der physischen Komponente auf Täterseite

38 BGHSt 23, 126 (127).
39 BGH NStZ 1982, 158 (159).
40 BVerfGE 73, 206 (242 f.); BVerfGE 71, 108 (115 f.).
41 S. z.B. *Mackensen*, Deutsches Wörterbuch, 10. Aufl. 1982: „*Gewaltakt*: Anwendung körperlichen Zwangs".
42 Ganz h.M., s. BVerfGE 92, 1 (13); RGSt 48, 346 (347); *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 240 Rn. 2; *Träger/Altvater*, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2005, § 240 Rn. 2.
43 So schon RGSt 64, 113 (116 f.).
44 *Krey/Neidhardt*, BKA I, 1986, Rn. 153.
45 BGH NStZ 2003, 89; BGHSt 41, 182 (185); BGH NStZ 1981, 218.
46 RGSt 73, 343 (344 f.); RGSt 27, 405 (406).
47 RGSt 66, 353 (355 f.); RGSt 60, 157 (158).

einschlägig, beim Versperren eines Weges durch sitzende oder stehende Menschen oder ein Fahrrad[48].

Diese Rechtsprechung wurde vom BGH fortgesetzt, der das Beibringen von Alkohol oder Betäubungsmitteln[49] und das vorsätzliche Verhindern des Überholtwerdens im Straßenverkehr durch Betätigung von Brems- und Gaspedal[50] als Gewalthandlungen einstufte. Somit ist es, gerade wenn man die Funktion des § 240 I StGB betrachtet, der die freie Willensentschließung und Willensbetätigung schützen soll, überzeugend, primär auf die Zwangswirkung aufseiten des Opfers abzustellen. Das Betreten der Straße und das Niederlassen an diesem Ort ist somit ausreichend, um der geforderten körperlichen Kraftentfaltung auf Täterseite zu genügen.[51]

2. Körperliche Zwangswirkung aufseiten des Opfers

Entscheidend ist somit, ob durch eine Sitzblockade gegen das Opfer physischer Zwang ausgeübt wird.

a) Ausreichen von psychosomatischen Auswirkungen

Das RG und der BGH haben in einigen Entscheidungen vertreten, dass auch das Hervorrufen von psychosomatischen Beschwerden, wie starke Nervenerregung, ausreichend sei für das Vorliegen körperlichen Zwangs, da hierdurch das gesamte körperliche Empfinden erheblich beeinflusst werde. Dies geschah in Entscheidungen zum Drängeln im Straßenverkehr[52] und zur Abgabe von Warn- oder Schreckschüssen und Bedrohung mit einer Waffe[53].

In einem Beschluss vom 29.03.2007 hat das Bundesverfassungsgericht sich dieser Ansicht in einem Fall zum Drängeln im Straßenverkehr unter Berufung auf die BGH-Rechtsprechung mit der Begründung angeschlossen, dass es durch dichtes Auffahren und Betätigen der Lichthupe beim Opfer zu physisch merkbaren Angstreaktionen komme, was ausreichend sei.[54]

Wenn man dieser Ansicht folgt, könnte man Sitzblockaden als physischen Zwang bewerten, da die Blockierten in eine Stresssituation geraten, wenn sie ihre Fahrt nicht fortsetzen können und mit Menschen konfrontiert sind, von denen sie nicht wissen, ob diese vielleicht auch direkte Gewalt gegen sie anwenden.

Allerdings ist dieses Verständnis von körperlich wirkendem Zwang zweifelhaft. So ist z.B. in der Abgabe von Warnschüssen vielmehr eine Drohung mit einem empfindlichen Übel zu sehen. Dieses Tatbestandsmerkmal würde weitgehend bedeutungslos werden, wenn man unter Gewaltauswirkungen auch Angstreaktionen des Opfers fassen würde. Die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben in den §§ 249, 252, 255 StGB würde vollkommen bedeutungslos, da man immer annehmen könnte, dass eine solche Drohung zu einer Angstreaktion führt, wodurch schon das Tatbestandsmerkmal der Gewalt erfüllt wäre.

Auch erscheint diese Konstruktion sehr gekünstelt und vom Ergebnis her gedacht, da in diesen Fällen die körperliche Wirkung eher einen Nebeneffekt darstellt und das zukünftige, angedrohte Übel im Vordergrund steht.

Deswegen ist es überzeugender, psychosomatische Wirkungen nicht für die Bewertung als körperlichen Zwang genügen zu lassen.

b) Sitzblockaden als physisches Hindernis

Zu unterscheiden sind Fälle, in denen mehrere Fahrzeuge, die hintereinander fahren, blockiert werden und solche, in denen lediglich ein Fahrzeug blockiert wird.

aa) Blockade mehrerer Fahrzeuge (sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung")

Nachdem das BVerfG in einem Urteil von 10.01.1995 festgestellt hatte, dass die bisherige Sitzblockaden-Rechtsprechung, die auf dem psychischen Gewaltbegriff basierte, gegen das Analogieverbot des Art. 103 II GG verstoße[55], entwickelte der BGH in einem Urteil nur wenige Monate später die sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung"[56]. Er ging davon aus, dass Sitzblockaden jedenfalls dann als Ausübung physischen Zwangs zu beurteilen seien, wenn hierbei durch ein erstes blockiertes Fahrzeug andere, dem ersten nachfolgenden Fahrzeuge physisch blockiert werden, da hierdurch für diese ein unüberwindbares Hindernis geschaffen werde. Diese Rechtsprechung wurde in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich aufgenommen.

Teilweise wurde dies als konsequent beurteilt, da der BGH das BVerfG „beim Wort genommen" habe, das nur gefordert habe, dass die Einwirkung nicht rein psychisch sein dürfe, was aber in diesen Fällen gerade nicht der Fall sei.[57]

48 RG HRR 1942, Nr. 193; RGSt 45, 153 (155 f.); RG DJZ 1923, 371.
49 BGH MDR 1994, 434 (für Gewalt i.S.v. § 250 I Nr. 2); BGHSt 1, 145 (147).
50 BGHSt 19, 263 (265 f.); BGHSt 18, 389 (391).
51 Ebenso *Brohm*, Demonstrationsfreiheit und Sitzblockaden, JZ 1985, 501 (504); *Fischer*, StGB, 60. Aufl., § 240 Rn. 16; *Scholz*, NStZ 1995, 417 (420).
52 BGHSt 19, 263 (266).
53 BGHSt 39, 133 (136); BGH GA 1962, 145; RGSt 66, 353 (355 f.).
54 BVerfG NJW 2007, 1669 (1670).
55 BVerfGE 91, 1.
56 BGHSt 41, 182 (185 f.).
57 OLG München NStZ-RR 1997, 174; OLG Zweibrücken NJW 1996, 866 (867); *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 240 Rn. 17; *Träger/Altvater*, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2005, § 240 Rn. 47.

Andere beurteilten diese Auslegung des BGH als fragwürdig, da sie Ergebnisse produziere, die erkennbar vom BVerfG nicht gewollt wurden und dazu führe, dass die Strafbarkeit von Sitzblockaden davon abhänge, wie viele Fahrzeuge auf der blockierten Straße fahren, was erst lange nach dem Niedersetzen feststehe, also weder vorhersehbar noch beeinflussbar sei.[58]

Die Entscheidung des BGH ist aber überzeugend, da sie, wie vom BVerfG gefordert, nicht auf rein psychische Zwangswirkungen, sondern auf einen physischen Zwang abstellt, der gegeben ist, wenn eine Straße durch Autos blockiert ist. Dass das BVerfG möglicherweise ein anderes Ergebnis angestrebt hat, ist irrelevant, da es nur einen Verstoß gegen das Analogieverbot gerügt hat und auch nur rügen darf, da die Auslegung der einfachen Gesetze wie § 240 StGB ausschließlich den ordentlichen Gerichten obliegt. Die vom BVerfG geforderte Begrenzung auf physischen Zwang wird eingehalten. Dies entspricht auch der Logik der Rechtsprechung des Reichsgerichts: Wenn eine Menschenkette für Menschen physischen Zwang bedeutet, dann bedeuten stehende Fahrzeuge für andere Fahrzeuge bzw. für deren Fahrerin oder Fahrer physischen Zwang. Dass hierdurch evtl. unterschiedliche, von der Anzahl der blockierten Fahrzeuge abhängige Ergebnisse entstehen, ist auch nicht notwendigerweise eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, da die Blockade einer vielgenutzten Straße eher strafwürdig sein kann als die Blockade eines einzelnen Lastwagens außerhalb des normalen Straßenverkehrs.

Sitzblockaden stellen somit physischen Zwang dar, wenn durch sie mehr als ein Fahrzeug blockiert wird.

bb) Blockade eines Fahrzeugs

Fraglich ist aber, ob nicht auch bei Blockade nur eines Fahrzeugs die an der Blockade Teilnehmenden durch das Bilden eines körperlichen Hindernisses Gewalt ausüben. Dies ist in der Literatur umstritten. Einige Autoren vertreten, dass man nicht von einem körperlichen Hindernis sprechen könne, da Fahrzeuge in der Regel ohne größere Probleme die Sitzblockade durchbrechen könnten, für die Annahme eines körperlichen Zwangs aber notwendig sei, dass ein Hindernis nicht oder nur mit nennenswerter Anstrengung überwunden werden könne.[59]

Andere gehen hingegen davon aus, dass eine Sitzblockade ein körperliches Hindernis sei, von dem auch körperliche Zwangswirkungen ausgehen. Ob dieses physische Hindernis durch das Blockadeopfer überwindbar sei (wie z.B. in Fällen von durch wenige Menschen blockierte LKW) oder nicht (z.B. in Fällen von durch viele Menschen blockierte Kleinwagen) ändere nur etwas an der Beurteilung, ob vis absoluta oder vis compulsiva vorliege, Gewalt liege in beiden Fällen vor.[60] Die Ansicht wurde auch in der Rechtsprechung vor dem Urteil des BVerfG vom 10.01.1995 teilweise vertreten,[61] ebenso gingen die Richter *Seidl*, *Söllner* und *Haas* in ihrem abweichenden Votum zu diesem Urteil hiervon aus.[62]

Dies erscheint überzeugend. In Abgrenzung von vis absoluta muss für das Vorliegen von Gewalt als vis compulsiva gerade keine physische Unüberwindbarkeit vorliegen, sondern es genügt, dass die Zwangswirkung über eine bloße Belästigung hinausgeht.[63] Dass dies bei einer Barrikade von mehreren menschlichen Körpern der Fall ist, kann angenommen werden, da diese ein massives, ca. 1 Meter hohes Hindernis bilden, das zu überfahren auch für einen LKW zumindest mehr als eine Belästigung darstellen sollte.

Ein Vergleich mit anderen Fällen bietet sich an: Der BGH und das OLG Naumburg nahmen Gewalt an, wenn ein einzelner Mensch auf der Motorhaube eines Autos lag bzw. gegen die Motorhaube eines LKW drückte.[64] In beiden Fällen dürfte die physische Beeinträchtigung nicht höher sein als durch eine Sitzblockade.

In einem Fall, in dem es um die Blockade von Baustellenfahrzeugen mittels Tapeziertischen ging, entschied das BVerfG, dass es nicht auf der Hand liege, dass eine solche Blockade gleichzusetzen sei mit Situationen, in denen nur psychischer Zwang angewendet wird, und deswegen das Urteil, das die Beschwerdeführerin wegen Nötigung durch physischen Zwang verurteilt hatte, nicht offensichtlich gegen das Urteil des BVerfG vom 10.01.1995 verstoße.[65] Für einen LKW würde ein Tapeziertisch aber kein größeres Hindernis als sitzende Menschen darstellen.

Somit ist es überzeugend, eine Sitzblockade als körperlichen Zwang einzustufen. Dass dieser nur mittelbar auf das Opfer einwirkt, ist irrelevant, solange dieses den Zwang als körperlichen empfindet.[66]

58 OLG Koblenz NJW 1996, 3351 (3352); *Magnus*, NStZ 2012, 538 (541 f.); *Sinn*, in: MüKo, StGB, 2. Aufl. 2012, § 240 Rn. 45; *Zöller*, GA 2004, 147 (155 f.).

59 *Roellecke*, NJW 1995, 1525 (1526); *Träger/Altvater*, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2005, § 240 Rn. 32.

60 *Brohm*, JZ 1985, 501 (504 f.); *Krey*, JR 1995, 265 (271); *Tröndle*, in: ders./Fischer, StGB, 49. Aufl. 1999, § 240 Rn. 5.

61 BGHSt 37, 350 (353); BayObLG NStZ 1990, 281; OLG Koblenz NJW 1988, 720; OLG Köln NJW 1983, 2206 (2207).

62 BVerfGE 91, 1 (21 f.).

63 *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, Vorbm. §§ 234 ff. Rn. 24; *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 240 Rn. 9 a; *Träger/Altvater*, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2005, § 240 Rn. 32.

64 BGH NStZ-RR 2002, 236; OLG Naumburg NStZ 1998, 623 f.

65 BVerfG NStZ-RR 2000, 297.

66 RGSt 64, 113 (116); *Krey/Neidhardt*, BKA I, 1986, Rn. 167 f.; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, 36. Aufl. 2012, Rn. 396.

3. Zwischenergebnis

Sowohl bei Blockade mehrerer als auch nur eines Fahrzeuges wird physischer Zwang auf die Nötigungsopfer ausgeübt.

IV. Ergebnis

Sitzblockaden sind somit Gewalt i.S.v. § 240 I StGB.

C. Verwerflichkeit von Sitzblockaden

Auch wenn man den Tatbestand des § 240 I StGB bejaht hat, indiziert dies nicht wie bei anderen Strafnormen auch die Rechtswidrigkeit. Diese muss gesondert festgestellt werden und liegt gem. § 240 II StGB vor, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. In einer Gesamtwürdigung aller Umstände muss das Mittel der Nötigung mit seinem Zweck in Relation gesetzt werden.[67] Abgestellt wird nicht auf moralische Maßstäbe, sondern auf eine Sozialwidrigkeit der Handlung.[68]

In Bezug auf Sitzblockaden ist teilweise umstritten, welche Aspekte bei dieser Bewertung berücksichtigt werden müssen.

I. Allgemein anerkannte Bewertungskriterien

Allgemein werden für die Beurteilung von Sitzblockaden als verwerflich i.S.v. § 240 II StGB Umfang, Intensität, Dauer und Auswirkung der Blockade und deren vorherige Bekanntgabe, Dringlichkeit des blockierten Transports und Vorhandensein von Ausweichmöglichkeiten als taugliche Bewertungskriterien angesehen.[69]

Diese Kriterien stellen überzeugend darauf ab, wie sehr das Nötigungsopfer in seiner Freiheit eingeschränkt ist, was der Funktion des § 240 StGB, die Willensentschließung und Willensbetätigung zu schützen, entspricht.

II. Berücksichtigung sog. Fernziele

Umstritten ist hingegen, ob und in welchem Umfang sog. Fernziele, also Ziele, die über den unmittelbaren Zweck (Blockade eines Weges zur Aufmerksamkeitssteigerung) hinausgehen, bei der Verwerflichkeitsprüfung berücksichtigt werden müssen.

1. Bejahung von Fernziel-Berücksichtigung

Das BVerfG hatte in einem Urteil vom 11.11.1986 (sog. „Mutlangen-Urteil“) entschieden, dass die Frage, ob Fernziele zu berücksichtigen seien, von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden sei.[70]

Einige Oberlandesgerichte beurteilten Sitzblockaden in der Folge als nicht verwerflich.[71]

Auch in der Literatur wird teilweise vertreten, dass bei der Verwerflichkeitsprüfung berücksichtigt werde müsse, ob es sich um demonstrative Blockaden handele, die auf ein sozial gewichtiges Thema aufmerksam machen wollen.[72] Existenziellen Fragen des Allgemeinwohls komme dabei ein höheres Gewicht zu als eigensüchtigen Einzelinteressen.[73] Andere wollen darauf abstellen, ob die Blockade eine symbolische sei oder ob sie auf Selbstdurchsetzung geforderter Politik ziele.[74]

In neueren Entscheidungen hat sich das BVerfG dieser Ansicht angeschlossen und geht nun davon aus, dass demonstrative Sitzblockaden in den Schutzbereich des Art. 8 GG fallen, wenn durch sie zu einer in der Öffentlichkeit kontrovers diskutierten Frage Stellung bezogen wird.[75] Dieses kommunikative Anliegen sei bei der Verwerflichkeitsprüfung notwendigerweise zu beachten und (unter Berücksichtigung der wertsetzenden Bedeutung des Art. 8 GG) mit der Beeinträchtigung der Freiheit des Nötigungsopfers in Beziehung zu setzen.[76]

2. Verneinung von Fernzielberücksichtigung

In einem Beschluss vom 05.05.1988 hatte der BGH hingegen entschieden, dass Fernziele nur bei der Strafzumessung, nicht aber bei der Prüfung der Verwerflichkeit zu berücksichtigen seien. Damit schloss er sich der Meinung einiger Oberlandesgerichte[77] und Teilen der Literatur an.

Die Ablehnung einer Berücksichtigung beruht vor allem auf der Erwägung, dass Gerichte nicht objektiv feststellen können, ob eine demonstrative Blockade ein sozial

67 BGHSt 35, 270 (276); BGHSt 2, 194 (196); *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 240 Rn. 40; *Krey/Heinrich*, Strafrecht BT I, 14. Aufl. 2008, Rn. 361.
68 BGHSt 18, 389 (391); *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 240 Rn. 41; *Kühl*, StV 1987, 122 (126); *Träger/Altvater*, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2005, § 240 Rn. 86.
69 BVerfG NJW 2011, 3020 (3023); BVerfGE 73, 206 (257); *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 240 Rn. 46, 47; *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 240 Rn. 22.
70 BVerfGE 73, 206.
71 OLG Köln NJW 1986, 2443 (2444); OLG Oldenburg StV 1987, 489 (490); OLG Stuttgart (3. Strafsenat) StV 1987, 538 (539).
72 *Eser*, Irritation um das „Fernziel“, in: Festschrift für Gerd Jauch, 1990, S. 35 (44 ff.); *Janknecht*, Verfassungs- und strafrechtliche Fragen zu »Sitzstreiks«, GA 1969, 33 (37); *Wolter*, NStZ 1986, 241 (249).
73 *Eser*, in: Jauch-FS, 1990, S. 35 (48 f.); *Janknecht*, GA 1969, 33 (37); *Kaufmann*, Der BGH und die Sitzblockade, NJW 1988, 2581 (2583 mit Fn. 17).
74 *Bertuleit/Herkströter*, KJ 1987, 331 (335 f.).
75 BVerfG NJW 2011, 3020 (3022); BVerfGE 104, 92 (109 f.).
76 BVerfG NJW 2011, 3020 (3023); BVerfGE 104, 92 (110 ff.).
77 BayObLG NJW 1988, 718 (719); OLG Koblenz MDR 1987, 162; OLG Stuttgart (1. Strafsenat) NJW 1984, 1909 (1910).

gewichtiges Thema betrifft oder nicht und deswegen die subjektive politische Auffassung der Richterinnen und Richter zu dem jeweiligen Thema in die Bewertung einfließe, was für eine Beurteilung im Strafrecht inakzeptabel sei.[78] Art. 8 GG schütze im Übrigen alle Versammlungen, nicht nur solche, die ein sozial gewichtiges Thema zum Inhalt haben.[79] Zudem könne Art. 8 GG nicht die Befugnis verleihen, mit Gewalt in die Grundrechte anderer einzugreifen und sie für die eigene Meinungskundgabe zu instrumentalisieren, da dies mit seinem friedlichen, auf geistige Auseinandersetzung angelegten Charakter nicht vereinbar sei.[80] Schließlich würden rechtspolitische Überlegungen gegen eine Berücksichtigung von Fernzielen sprechen, da hierdurch eine weitgehende Legalisierung von Sitzblockaden stattfinden würde, was viel mehr Menschen motivieren könnte, an solchen teilzunehmen, es aber gerade im allgemeinen Interesse liege, dass Auseinandersetzungen um hochpolitische Themen friedlich bleiben.[81]

3. Stellungnahme

Zunächst kann es, sollte man Fernziele wie die demonstrative Aufmerksamkeitserhöhung für bestimmte Themen berücksichtigen, keine Rolle spielen, ob diese Themen sozial gewichtig sind bzw. eine die Öffentlichkeit angehende, kontrovers diskutierte Frage zum Inhalt haben, da der Schutzbereich des Art. 8 GG sich nicht nur auf Versammlungen zu solchen Themen beschränkt. Zudem würde hierdurch richterliche Willkür aus politischen Gründen erleichtert, was ein inakzeptables Ergebnis wäre. Das BVerfG vertritt diese Eingrenzung auch in seiner aktuellsten Sitzblockaden betreffenden Entscheidung vom 02.03.2011[82] nicht mehr explizit.

Allerdings ist es grundsätzlich fragwürdig, Art. 8 GG als möglichen Rechtfertigungsgrund im Rahmen des § 240 II StGB einzubeziehen. Auch wenn es bei regulären Demonstrationen zu Behinderungen anderer kommt, so sind diese nur Nebenfolge der durch Art. 8 GG geschützten Versammlung. Sitzblockaden zielen aber gerade darauf ab, andere zu behindern und ihre Bewegungsfreiheit einzuschränken, um größere Aufmerksamkeit für ein bestimmtes Anliegen zu erreichen. Dies kann aber gerade nicht durch Art. 8 GG gerechtfertigt werden.[83]

Unter Berücksichtigung der Schutzfunktion des § 240 StGB sollte für die Verwerflichkeitsprüfung darauf abgestellt werden, wie stark das Tatopfer durch die gewalttätige Nötigung i.S.v. § 240 I StGB beeinträchtigt ist. Diese Beeinträchtigung ändert sich aber nicht dadurch, dass eine Sitzblockade möglicherweise in den Schutzbereich des Art. 8 GG fällt.

Deswegen ist es überzeugender, Fernziele wie die Stellungnahme im politischen Meinungskampf nicht in die Verwerflichkeitsprüfung gem. § 240 II StGB mit einzubeziehen.

III. Berücksichtigung des Bezugs der Blockierten zum Protestgegenstand

Verwandt mit der Frage der Einbeziehung der Fernziele ist die Frage, ob bei der Prüfung der Verwerflichkeit der Sachbezug zwischen den Nötigungsopfern zum Thema des Protestes berücksichtigt werden darf. Das BVerfG geht davon aus, dass eine Beeinträchtigung von Freiheitsrechten der Genötigten eher sozial erträglich und in größerem Maße hinzunehmen sei, wenn diese mit dem Demonstrationsthema in Beziehung stehen.[84] Diese Ansicht ist in der Literatur zu Recht kritisiert worden:[85] Es leuchtet nicht ein, warum die von § 240 StGB geschützte Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit von Menschen mit Bezug zum Blockadethema weniger schützenswert sein soll als die von anderen Menschen. Die Blockierten können nicht beeinflussen, ob sie blockiert werden oder nicht, somit würde ohne ihr Verschulden ihr Freiheitsschutz verkürzt, weil andere ihr (legales) Handeln oder ihre Funktion zum Protestthema machen.

Somit ist der Sachbezug der Blockierten zum Protestthema kein taugliches Kriterium für die Prüfung der Verwerflichkeit gem. § 240 II StGB.

D. Sonderfall: Sitzblockade von Demonstrationen

In den letzten Jahren wurden Sitzblockaden häufig zur Verhinderung von Neonazi-Demonstrationen eingesetzt. Solche Blockaden sind jedenfalls gem. § 21 VersG strafbar, der die grobe Störung nichtverbotener Aufzüge in der Absicht, diese zu verhindern, sanktioniert.[86]

78 BGHSt 35, 270 (280 f.); *Brohm*, JZ 1985, 501 (511); *Starck*, JZ 1987, 145 (148); *Wassermann*, Rechtsstaat ohne Rechtsbewußtsein?, 1988, S. 49 f.

79 *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 240 Rn. 22; *Tröndle*, in: ders./Fischer, StGB, 49. Aufl. 1999, § 240 Rn. 27; *Wassermann*, Rechtsstaat, 1988, S. 50.

80 *Brohm*, JZ 1985, 501 (509 f.); *Kühl*, StV 1987, 122 (133 ff.); *Sinn*, in: MüKo, StGB, 2. Aufl. 2012, § 240 Rn. 140, 145.

81 BGHSt 35, 270 (282); *Brohm*, JZ 1985, 501 (511); *Starck*, JZ 1987, 145 (148); *Tröndle*, in: ders./Fischer, StGB, 49. Aufl. 1999, § 240 Rn. 27.

82 BVerfG NJW 2011, 3020.

83 So noch BVerfGE 82, 236 (264); BVerfGE 73, 206 (249 f.).

84 BVerfG NJW 2011, 3020 (3023); BVerfGE 104, 92 (112).

85 *Fischer*, StGB, 60. Aufl. 2013, § 240 Rn. 47; *Graul*, Nötigung durch Sitzblockade, JR 1994, 51 (55 Fn. 51); *Träger/Altvater*, in: LK, StGB, 11. Aufl. 2005, § 240 Rn. 113.

86 OLG Hamm NStZ 2012, 457; BayObLGSt 1995, 167 (169); *Altenhain/Tölle*, in: MüKo, VersG, 2. Aufl. 2013, § 21 Rn. 20; *Wache*, in: Erbs/Kohlhaas, VersG, § 21 Rn. 7, Stand: Dez. 2005.

Sie könnten allerdings auch Nötigungen darstellen. Sie werden selbst unter einem engen Gewaltbegriff als Gewalt i.S.v. § 240 I StGB einzustufen sein, da durch sie eine körperliche Barriere errichtet wird, die für die Genötigten unüberwindbar ist, und deswegen physischen Zwang verursacht.[87] Die Situation entspricht der, die dem Sargträger-Urteil (s.o., B. II. 4. a) zugrunde lag.

Kurze Blockaden, die eher symbolischen Charakter haben, können gem. § 240 II StGB als nicht verwerflich beurteilt werden. Demgegenüber fallen Blockaden, die auf Verhinderung einer anderen Demonstration und nicht auf eigene Meinungskundgabe ausgerichtet sind, schon nicht in den Schutzbereich des Art. 8 GG[88] und sind somit auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stets verwerflich.

Sitzblockaden zur Verhinderung von Demonstrationen sind somit stets als Nötigung gem. § 240 StGB strafbar.

E. Legalisierung von Sitzblockaden

Wenn festgestellt ist, dass Sitzblockaden als Nötigungen i.S.v. § 240 StGB zu beurteilen sind, stellt sich die Frage, ob rechtspolitisch eine Legalisierung von solchen Akten des zivilen Ungehorsams geboten ist. Diskutiert werden vor allem spezielle Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe. So schlägt *Dreier* vor, dass „wer allein oder gemeinsam mit anderen öffentlich, gewaltlos und aus politisch-moralischen Gründen den Tatbestand einer Verbotsnorm erfüllt, [grundrechtlich gerechtfertigt handelt], wenn er dadurch gegen schwerwiegendes Unrecht protestiert und sein Protest verhältnismäßig ist", während *Schüler-Springorum* eine Rechtfertigung nach § 34 StGB erwägt, da durch zivilen Ungehorsam als Protest gegen die Nachrüstung möglicherweise die Gefahr eines „atomaren Holocaust" verringert werde.[89] *Roxin* hingegen will bei Erfüllung bestimmter Anforderungen (Betreff existenzieller Fragen, Handeln aus Sorge um das Gemeinwohl, Bekennung zur parlamentarischen Demokratie, Unterlassung von Gewalttätigkeiten gegen die Polizei) eine Exkulpation zulassen.[90] Begründet werden solche Überlegungen meist damit, dass diejenigen, die zivilen Ungehorsam üben, regelmäßig keine typischen Kriminellen seien, sondern ehrbare Mitglieder der Gesellschaft, die aus Sorge um das Allgemeinwohl handelten.[91]

Es ist aber zweifelhaft, ob eine solche Legalisierung, in welcher Form auch immer, rechtspolitisch wünschenswert ist. Die Motivation, dies zu fordern, würde unzweifelhaft niedriger sein, wenn Akte des zivilen Ungehorsams überwiegend von Gruppen begangen würden, die gesellschaftlich weithin isoliert sind und deren Ansichten allgemein abgelehnt werden. Für Sitzblockaden vor Flüchtlingsunterkünften durch neonazistische Gruppen beispielsweise würde sicher niemand eine Legalisierung fordern. Da aber in der Gesellschaft eine Vielzahl von Auffassungen darüber bestehen, was unter einem „schwerwiegenden Unrecht" oder „existenziellen Fragen" zu verstehen ist, würde theoretisch in jeder politischen Auseinandersetzung das Mittel des zivilen Ungehorsams legal, was zu einer nicht wünschenswerten Eskalation der politischen Auseinandersetzungen führen würde.

In der Praxis würden Blockaden von Neonazis vor Flüchtlingsheimen oder Islamisten vor israelischen Botschaften durch Gerichte sicher nicht als gerechtfertigt eingestuft werden, was aber nur ein weiteres Problem offenbart: Eine Rechtfertigung jeder Sitzblockade wird aus guten Gründen nicht gefordert, da hierdurch auch Blockaden zur reinen Schikane legalisiert würden. Aber alle Kriterien, bei deren Vorliegen eine Sitzblockade gerechtfertigt wäre, müssten notwendigerweise unbestimmt und auslegungsbedürftig sein, was inakzeptable Ungleichbehandlungsspielräume durch die Gerichte eröffnen und ein Gesinnungsstrafrecht begünstigen würde.

Des Weiteren wäre ein legaler ziviler Ungehorsam ein Widerspruch in sich: Das Konzept des zivilen Ungehorsams beinhaltet gerade die bewusste Verletzung von Regeln und damit auch das Risiko der Bestrafung. Hieraus zieht der zivile Ungehorsam seine Wirkmächtigkeit, da er gegenüber z.B. normalen Demonstrationen ein „Mehr" enthält. Durch ihn werden bewusst Rechte anderer verletzt, um auf ein gewichtiges Thema aufmerksam zu machen. Eine solche bewusste und gewollte Verletzung von Rechten anderer, durch die diese für eigene politische Ziele instrumentalisiert werden, kann schon per definitionem nicht rechtmäßig sein, auch weil andernfalls Normalisierungseffekte auftreten könnten.

Durch eine Ablehnung von Legalität des zivilen Ungehorsams ist noch nichts über seine Legitimität im Einzelfall gesagt, im Gegenteil: Gerade durch eine Legalisierung, durch die ein persönliches Risiko entfällt, würde eine mögliche moralische Grundlage für den regelverletzenden Protest geschmälert.[92]

87 BayObLGSt 1995, 167 (168).
88 BVerfGE 104, 92 (105); BVerfGE 84, 203 (209 f.); *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 8 Rn. 68, Stand: Nov. 2006; *Hoffmann-Riem*, in: AK, GG, Art. 8 Rn. 55: Stand: August 2002; *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, 28. Aufl. 2012, Rn. 763.
89 *Dreier*, Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 54 (69); *Schüler-Springorum*, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam, 1983, S. 76 (88 ff.).
90 *Roxin*, Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: Festschrift für Horst Schüler-Springorum, 1993, S. 441 (456).
91 *Kaufmann*, NJW 1988, 2581 (2582 f.); *Roxin*, in: Schüler-Springorum-FS, 1993, S. 441 (455).
92 So auch *Habermas*, Ziviler Ungehorsam, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler

F. Resümee zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Abschließend kann festgestellt werden, dass trotz (oder gerade wegen) der Rechtsprechung des BVerfG es heutzutage höchst unvorhersehbar für den Normadressaten ist, ob er sich bei einer Sitzblockade wegen Nötigung gem. § 240 StGB strafbar macht. Zwar hat sich spätestens mit dem Beschluss des BVerfG vom 02.03.2011, in dem es die Zweite-Reihe-Rechtsprechung billigte, wieder ein Gewaltbegriff etabliert, der zumindest im Ergebnis dem des „Laepple-Urteils" ähnelt, allerdings ist das Ergebnis der Verwerflichkeitsprüfung in höchstem Maße von den Einstellungen des Gerichts zur Tat abhängig. Die vom BVerfG entwickelten Kriterien hierzu sind teilweise problematisch, aber vor allem sehr unbestimmt. Unklar ist auch, wie stark sie jeweils gewichtet werden. Im Ergebnis entscheidet also das Gericht über die Verwerflichkeit, wobei die Gefahr besteht, dass in seine Wertung seine persönliche Sympathie oder Antipathie zu dem Thema der Sitzblockade einfließt. Die Unbestimmtheit, die schon vor dem Mutlangen-Urteil des Bundesverfassungsgerichts beklagt wurde, hat der § 240 II StGB erst durch die Rechtsprechung des BVerfG erhalten.

Zu erklären ist dies nur dadurch, dass die Diskussion über die Sitzblockaden nie losgelöst von den Themen, zu denen sie stattfanden, geführt wurde. In der Hochzeit dieser Protestform, in Zeiten der Nachrüstungs- und Atomkraftdebatten, erfuhr dieses Mittel eine breite Akzeptanz in der Bevölkerung bei denjenigen, die die Ziele der Protestierenden teilten. Wie weit die Akzeptanz reichte, ist erkennbar an den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der sog. Prominentenblockade (Heinrich Böll, Erhard Eppler, Oskar Lafontaine, Petra Kelly, Walter Jens, Dorothee Sölle, Helmut Gollwitzer, Horst-Eberhard Richter); es fand im Jahr 1987 sogar eine Blockade durch 20 Richterinnen und Richter statt[93]. Durch eine solche breite Unterstützung geriet die Rechtsprechung unter Druck, da es in der Öffentlichkeit teilweise schwer vermittelbar wurde, dass Menschen, die sich nach dem Verständnis vieler nur friedlich, eben „gewaltfrei" auf die Straße setzten, um sich für den Weltfrieden zu engagieren, Kriminelle sein sollten. *Kaufmann*[94] schrieb z.B.: „Wenn zahlreiche integre Persönlichkeiten, darunter nicht wenige, die mit Orden, Titeln und Preisen hochdekoriert sind und öffentliches Ansehen genießen, als "Gewalttäter" bestraft werden, wiewohl sie sich nur passiv und nichtaggressiv auf der Straße niedergelassen haben und wiewohl ihnen niemand lautere Motive („Fernziele") abspricht, dann liegt es nahe, dass das Gesetz oder dass die Rechtsprechung nicht stimmt. Das sind doch samt und sonders keine typischen kriminellen Gewalttäter!" Ähnliche Gedanken waren in allen Teilen der Gesellschaft weit verbreitet.

Bei der Rechtsprechung des BVerfG spielte sicher auch eine Rolle, dass man nicht große Teile der Bevölkerung durch Strafsanktionen in eine Radikalisierung treiben, sondern dieses „grundsätzlich systemkonforme Protestpotential unserer Gesellschaft" integrieren wollte, um den sozialen Frieden zu bewahren.[95] In unpolitischen Fällen, wie z.B. der Nötigung im Straßenverkehr, fasst sich das BVerfG dann auch kürzer und sieht keinen Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen und billigte sogar den psychosomatischen Gewaltbegriff (s.o., B. III. 2. a)).[96]

Im Ergebnis hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vielleicht zur Sicherung des sozialen Friedens beigetragen (auch wenn der „vergeistigte Gewaltbegriff" erst mit dem Urteil vom 10.01.1995 aufgegeben wurde, als die Hochzeit der Sitzblockaden bereits vorbei war), allerdings hat sie auch zu einer unbefriedigenden Rechtsunsicherheit geführt, welche die Gefahr von Richterwillkür mit sich führt. *Krey* kommentierte das Urteil des BVerfG vom 10.01.1995 mit den Worten „'Hard cases make bad law', genauer: Bei hochbrisanten, besonders kontroversen Fallkonstellationen werden in Rechtsprechung und/oder Lehre vielfach Standpunkte entwickelt, die besonnener Nachprüfung nicht standhalten"[97]. Dem ist nichts hinzuzufügen.

Ungehorsam, 1983, S. 29 (42 f.).
93 *Asbrock*, Die Richterblockade, KJ 1987, 346.
94 *Kaufmann*, NJW 1988, 2581 (2583).
95 So *Roxin*, in: Schüler-Springorum-FS, 1993, S. 441 (455 f.).
96 BVerfG NJW 2007, 1669 f.
97 *Krey*, JR 1995, 265.

Laura Vejselji*

Genehmigungsfähigkeit von Steinkohlekraftwerken nach der Wasserrahmenrichtlinie

Die folgende Themenarbeit aus dem Schwerpunktbereich „Planungs-, Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht" behandelt auf rechtlicher Ebene das Problem der Verunreinigung von Gewässern durch erhöhte Mengen an Quecksilber, die infolge der vorzeitigen Beendigung der Laufzeiten von Atomkraftwerken und dem verstärkten Ausbau herkömmlicher Kraftwerke entstehen. Es werden der Grad der zu erwartenden Verunreinigung sowie die Steuerungsfähigkeit auf Ebene der Genehmigungserteilung analysiert.

Aufgabenstellung

Die vorzeitige Beendigung der Laufzeiten der Atomkraftwerke zwingt zu einem verstärkten Ausbau herkömmlicher Kraftwerke. Ob dieser Weg rechtlich gangbar ist, wird neuerdings infrage gestellt, weil auf diese Weise Quecksilber in einem Maß in die Gewässer gelangt, das mit den unionsrechtlichen Anforderungen an den Zustand des Wassers nicht in Einklang steht.

Ihre Aufgabe besteht darin, darzustellen,

1. inwieweit nach den gegenwärtig vorliegenden Erkenntnissen von einer Überschreitung der zulässigen Grenzwerte ausgegangen werden kann,

2. und – unterstellt, die ist der Fall – ob und inwieweit dem durch Einschränkungen bei der Neuerteilung von Genehmigungen sowie beim Betrieb vorhandener Kraftwerke entgegengewirkt werden kann.

Gutachten

1. Frage

A. Rechtliche Vorschriften

Das europäische Gewässerschutzrecht ist maßgeblich durch die Wasserrahmenrichtlinie (WRRL)[1] und ihre Tochterrichtlinie 2008/105/EG (UQN-RL)[2] geprägt. Die WRRL ordnet das europäische Wasserrecht unter Zusammenführung der einzelnen Regelungen umfassend und einheitlich.[3] Art. 4 WRRL legt die allgemeinen Umweltziele fest. Er enthält ein Verschlechterungsverbot, welches Verschlechterungen des Zustands von Oberflächenwasserkörpern verbietet, Art. 4 I lit. a (i) WRRL. Im Mittelpunkt steht das Verbesserungsgebot, welches die Erreichung eines guten Zustands aller Gewässer bis Ende 2015 vorschreibt, Art. 4 I lit. a (ii), (iii), lit. b (ii) WRRL. Ausnahmen von diesen Umweltzielen sind möglich, Art. 4 IV-VII WRRL. Ein weiteres Ziel umfasst die schrittweise Reduktion der Verschmutzung durch prioritäre Stoffe und die Beendigung oder schrittweise Einstellung von Einleitungen, Emissionen und Verlusten prioritärer gefährlicher Stoffe, Art. 4 I lit. a (iv) i. V. m. Art. 16 I, VIII WRRL. Nach Art. 16 II 1 WRRL sind prioritäre Stoffe solche Stoffe, „die ein erhebliches Risiko für bzw. durch die aquatische Umwelt darstellen." „Prioritär gefährliche Stoffe sind toxisch, persistent, biologisch akkumulierbar oder vergleichbar Besorgnis erregend."[4] Anhang II UQN-RL, welcher gemäß Art. 10 UQN-RL zum neuen Anhang X WRRL wird, enthält 33 prioritäre Stoffe und Stoffgruppen und 13 prioritäre gefährliche Stoffe. Nach Anhang X Nr. 21 WRRL ist Quecksilber ein prioritärer gefährlicher Stoff. Die WRRL ist insbesondere durch Änderungen im Wasserhaushaltsgesetz (WHG)[5] in nationales Recht transformiert worden. Dabei werden das Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot in § 27 WHG geregelt. Die UQN-RL ist durch die Oberflächengewässerverordnung (OGewV)[6] umgesetzt worden.

B. Grenzwertüberschreitung

Es existieren drei materiell-rechtliche Anknüpfungspunkte, aus welchen sich eine Grenzwertüberschreitung ergeben kann.

* Stud. iur. an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer von Prof. Dr. Holger Schwemer im Sommersemester 2012 im Schwerpunktbereich VIII (Planungs-, Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht) gestellten Schwerpunktbereichshausarbeit der Verfasserin, die mit „gut" bewertet wurde.

1 Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. L 327, 22.12.2000, S. 1.

2 Richtlinie 2008/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12.2008 über Umweltqualitätsnormen im Bereich der Wasserpolitik und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien des Rates 82/176/EWG, 83/513/EWG, 84/156/EWG, 84/491/EWG und 86/280/EWG sowie zur Änderung der Richtlinie 2000/60/EG, ABl. L 348, 24.12.2008, S. 84.

3 *Wabnitz,* Das Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer und Grundwasser, 2010, S. 58.

4 *Ekardt/Steffenhagen,* Kohlekraftwerkbau, wasserrechtliche Bewirtschaftungsziele und das Klimaschutzrecht, NuR 2010, 705 (707).

5 Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts vom 31.07.2009, BGBl. I S. 2585.

6 Verordnung zum Schutz der Oberflächengewässer vom 20.07.2011, BGBl. I S. 1429.

I. Verbesserungsgebot, § 27 I Nr. 2 WHG, Art. 4 I lit. a (ii) WRRL

Die Quecksilberemissionen könnten gegen das Verbesserungsgebot verstoßen. § 27 I Nr. 2 WHG besagt, dass Oberflächengewässer so zu bewirtschaften sind, dass ein guter ökologischer und chemischer Zustand erhalten oder erreicht wird. Er setzt das Verbesserungsgebot aus Art. 4 I lit. a (ii) WRRL in nationales Recht um. Grundsätzlich ist dieser gute Zustand nach § 29 I WHG bis zum 22.12.2015 zu erreichen, wobei abweichende Regelungen und Ausnahmen hiervon unter bestimmten Voraussetzungen möglich sind, §§ 29 II, III, IV, 30, 31 II WHG, Art. 4 IV, V, VII WRRL. Hinsichtlich der Begriffsbestimmungen des guten ökologischen und chemischen Zustands werden mangels Definitionen im WHG die der WRRL herangezogen. Der gute ökologische Zustand, welcher in Art. 2 Nr. 22 WRRL definiert wird, bestimmt sich gemäß Anhang V Nr. 1.1 WRRL nach verschiedenen Qualitätskomponenten, überwiegend nach biologischen.[7] Der chemische Zustand bezieht sich auf „unmittelbar stoffliche Qualitätsanforderungen".[8] Quecksilber beeinflusst primär den chemischen Zustand.[9] Daher wird auf dessen Anforderungen eingegangen.

1. Guter chemische Zustand, Art. 2 Nr. 24 WRRL

Nach Art. 2 Nr. 24 WRRL liegt dieser vor, wenn „kein Schadstoff in einer höheren Konzentration als den Umweltqualitätsnormen vorkommt, die in Anhang IX und gemäß Artikel 16 Absatz 7 oder in anderen einschlägigen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft über Umweltqualitätsnormen auf Gemeinschaftsebene festgelegt sind."

Umweltqualitätsnormen sind Zielvorgaben, häufig in der Form von Konzentrationswerten, welche den zu erreichenden Zustand eines Gewässers festlegen.[10] Der gute chemische Zustand bestimmt sich folglich nach den Umweltqualitätsnormen der Richtlinien, welche in Anhang IX WRRL aufgelistet sind. Zum 22.12.2012 werden diese jedoch von der UQN-RL abgelöst, Art. 12 UQN-RL. Für Quecksilberemissionen von Bedeutung sind die Richtlinien 82/176/EWG und 84/156/EWG. Die UQN-RL enthält strengere Qualitätsanforderungen und ist daher maßstabsbildend.[11] Des Weiteren sind die nach Art. 16 VII festgelegten Umweltqualitätsnormen ausschlaggebend, welche in der UQN-RL genannt werden. Schließlich enthält Art. 2 Nr. 24 WRRL einen Verweis auf andere einschlägige Rechtsvorschriften der Gemeinschaft über Umweltqualitätsnormen, welche ebenfalls hinter den Vorgaben der UQN-RL zurückbleiben.

2. Umweltqualitätsnormen der UQN-RL

Art. 3 I i. V. m. Anhang I Teil A Nr. 21 UQN-RL enthält für Quecksilber eine wasserbezogene Umweltqualitätsnorm von 0,05 µg/l im Jahresdurchschnitt und eine zulässige Höchstkonzentration von 0,07 µg/l. Wasserbezogene Umweltqualitätsnormen geben Werte für die Schadstoffkonzentration innerhalb eines Gewässers an.[12] Art. 3 II UQN-RL bestimmt, dass die Mitgliedsstaaten anstelle der wasserbezogenen Umweltqualitätsnormen Sediment- oder Biota-Werte in bestimmten Kategorien von Oberflächengewässern anwenden können. Dabei ist ein Wert von 20 µg/kg vorgeschrieben, Art. 3 II lit. a UQN-RL. Biota-Werte sind die Werte, welche „innerhalb der in dem Gewässer angesiedelten Organismen" nachgewiesen werden.[13]

3. Fußnote 9 des Anhangs I Teil A UQN-RL

Nach Fußnote 9 des Anhangs I Teil A UQN-RL sind wasserbezogene Umweltqualitätsnormen, welche die Biota-Werte erfüllen, festzulegen, wenn ein Mitgliedsstaat das Wahlrecht nach Art. 3 II 1 UQN-RL nicht nutzt, wobei die Bedeutung und Tragweite der Erläuterungen in dieser Fußnote umstritten sind. Teils wird ein Vorrang der biota-bezogenen gegenüber den wasserbezogenen Umweltqualitätsnormen angenommen.[14] Diese Annahme wird auf den Wortlaut der Fußnote gestützt. Dem lässt sich entgegenhalten, dass Art. 3 I 1 UQN-RL ausdrücklich besagt, dass die Mitgliedsstaaten die wasserbezogenen Umweltqualitätsnormen des Anhangs I Teil A UQN-RL anwenden.[15] Art. 3 II 1 UQN-RL statuiert zudem ausdrücklich das Wahlrecht der Mitgliedsstaaten, welches ihnen ein flexibleres Nachweisverfahren ermöglichen soll.[16] Zudem räumt Art. 3 II 1 UQN-RL den Mitgliedsstaaten nur für bestimmte Kategorien von Oberflächengewässern ein Wahlrecht ein, so dass die Einführung von Biota-Werten für alle Oberflächengewässer mithin schon nicht möglich ist.[17] Auch enthält die UQN-RL keinerlei Angaben zur Umrechnung der wasserbezogenen in biota-bezogene Umweltqualitätsnormen, was allerdings für die Feststellung des gleichen Schutzniveaus erforderlich wäre.[18] Letztlich hätte ein solcher Vorrang zur Folge, dass die wasserbezogenen Werte für Quecksilber und Quecksilberverbindungen in Anhang I Teil A UQN-RL funktionslos wären.[19] Aus diesen Gründen wird der Fußnote 9 des Anhangs I Teil A UQN-RL kein Vorrang

7 *Wabnitz,* Das Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer und Grundwasser, 2010, S. 79.
8 *Durner/Trillmich,* Ausstieg aus der Kohlenutzung kraft europäischen Wasserrechts?, DVBl. 2011, 517 (521).
9 *Köck/Möckel,* Quecksilberbelastungen von Gewässern durch Kohlekraftwerke – Auswirkungen auf die Genehmigungsfähigkeit, NVwZ 2010, 1390 (1392).
10 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1391).
11 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (521).
12 *Ekardt/Steffenhagen,* NuR 2010, 705 (707).
13 *Ekardt/Steffenhagen,* NuR 2010, 705 (707).
14 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1392).
15 *Reidt/Schiller,* Quecksilbereinträge in oberirdische Gewässer durch Kohlekraftwerke, NuR 2011, 624 (628).
16 *Reidt/Schiller,* NuR 2011, 624 (628).
17 *Reidt/Schiller,* NuR 2011, 624 (628).
18 *Reidt/Schiller,* NuR 2011, 624 (628).
19 *Reidt/Schiller,* NuR 2011, 624 (628).

der Biota-Werte gegenüber den wasserbezogenen Umweltqualitätsnormen entnommen, sondern Art. 3 I, II UQN-RL Vorrang vor den Erläuterungen der Fußnote 9 eingeräumt.

4. Deutsches Transformationsrecht, § 23 WHG

Die wasserbezogenen Umweltqualitätsnormen der UQN-RL wurden auf der Grundlage des § 23 WHG in Anhang 7 Nr. 21 OGewV übernommen.[20] Die OGewV enthält zusätzlich den Vorgaben des Art. 3 II UQN-RL entsprechende biota-bezogene Umweltqualitätsnormen. Auf eine der Fußnote 9 Anhang I Teil A UQN-RL entsprechende Regelung wurde verzichtet. Dies spricht dafür, dass den biota-bezogenen Werten zumindest kein Vorrang zu gewähren ist.

5. Einhaltung der Grenzwerte

Im Jahr 2010 wurde für Quecksilber an 88 % der Messstellen in Oberflächengewässern die Güteklasse II und somit ein guter chemischer Zustand erreicht.[21] Durch die Filtertechniken werden die Umweltqualitätsnormen bei Neuerrichtungen von Kraftwerken auch problemlos eingehalten.[22] Zudem besteht meist kein Kausalitätszusammenhang zwischen dem Quecksilbergehalt in einem Gewässer und der Einstufung in einen nicht guten chemischen Zustand.[23] Bei einer Überschreitung können gegebenenfalls abweichende Regelungen oder Ausnahmen zulässig sein, §§ 29 II, III, IV, 30, 31 II WHG. Auch können nach Art. 4 I UQN-RL Durchmischungsgebiete festgelegt werden, in welchen eine Überschreitung möglich ist. Die wasserbezogenen Umweltqualitätsnormen werden bei der Neuerrichtung von Kraftwerken eingehalten. Jedoch werden die biota-bezogenen Umweltqualitätsnormen fast flächendeckend erheblich überschritten.[24] Dagegen wird meist angeführt, dass die Überschreitung auf eine Hintergrundbelastung, welche wenig beeinflussbar ist, zurückzuführen ist.[25] Nach Nr. 3 lit. a Anhang Teil B UQN-RL können die Mitgliedsstaaten „bei der Bewertung der Überwachungsergebnisse anhand der Umweltqualitätsnormen die natürliche Hintergrundkonzentrationen von Metallen berücksichtigen, wenn diese die Einhaltung der Umweltqualitätsnormen verhindern." Inwieweit die Überschreitung der Biota-Werte tatsächlich auf eine solche Hintergrundbelastung zurückzuführen ist, ist einzelfallabhängig. Schließlich ist den Biota-Werten kein Vorrang vor den wasserbezogenen Werten zu gewähren, so dass die Überschreitung der Biota-Werte ohnehin kein Verstoß gegen das Verbesserungsgebot bewirkt.

6. Ergebnis

Die Kohlekraftwerke halten bereits heute überwiegend die sich aus der UQN-RL ergebenen Grenzwerte an den guten chemischen Zustand ein. Da diese grundsätzlich bis spätestens Ende 2015 eingehalten werden müssen, führt eine Grenzwertüberschreitung aktuell zu keinem Verstoß der Quecksilberemissionen gegen die Grenzwerte und somit zu keinem Genehmigungsverbot für Kohlekraftwerke.

II. Das Verschlechterungsverbot, § 27 I Nr. 1 WHG, Art. 4 I lit. a (i) WRRL

Eine Überschreitung der zulässigen Grenzwerte könnte sich aus einem Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot ergeben. Nach § 27 I Nr. 1 WHG sind Oberflächengewässer „so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung ihres ökologischen und chemischen Zustands vermieden wird." Das Verschlechterungsverbot soll die Erreichung des guten Zustands aller Gewässer bis Ende 2015 ermöglichen.[26] Der Bezugspunkt ist der gesamte Wasserkörper i. S. v. § 3 Nr. 6 WHG, Art. 2 Nr. 10 WRRL, so dass punktuelle Veränderungen innerhalb eines Gewässers unbeachtlich sind.[27] Die §§ 27, 30, 31, 47 WHG dienen der Umsetzung des Verschlechterungsverbots in deutsches Recht und übernehmen nach der Neuregelung des WHG den Begriff der „Verschlechterung" unverändert. Das Begriffsverständnis der „Verschlechterung" ist im europäischen und deutschen Recht streitig. Unklar ist dabei, wann von dem Vorliegen einer Verschlechterung und dem Eingreifen der Verbotsfolgen ausgegangen werden kann. Eine richtungsweisende Rechtsprechung hat sich noch nicht herauskristallisiert.[28]

III. Status-quo-Theorie[29]

Nach der Status-quo-Theorie ist eine nachteilige Veränderung der Gewässerqualität immer als eine Verschlechterung zu verstehen, so dass geringe Veränderungen bereits eine Verschlechterung darstellten.[30]

20 *Reidt/Schiller,* NuR 2011, 624 (627).
21 Umweltbundesamt,http://www.umweltbundesamt.de/wasser/themen/fluesse-und-seen/fluesse/zustand/schwermetalle.htm (23.10.2012).
22 *Reidt/Schiller,* NuR 2011, 624 (627); *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (521).
23 *Reidt/Schiller,* NuR 2011 624 (627).
24 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1392).
25 *Reidt/Schiller,* NuR 2011, 624 (628).
26 *Reinhardt,* Wasserrecht und Industrieanlagen, NuR 2011, 833 (837).
27 *Ginzky,* Das Verschlechterungsverbot nach der Wasserrahmenrichtlinie, NuR 2008, 147 (150).
28 *Gellermann,* Gewässerausbau im Lichte des neuen wasserwirtschaftlichen Ordnungsrahmens, DVBl. 2007, 1517 (1519); *Wabnitz,* Das Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer und Grundwasser, 2010, S. 207; *Köck,* Die Implementation der EG-Wasserrahmenrichtlinie, ZUR 2009, 227 (229).
29 *Köck,* ZUR 2009, 227 (229); *Reinhardt,* NuR 2011, 833 (837); *Reinhardt,* Wasserrechtliche Anforderungen an die Einleitung quecksilberhaltigen Abwassers in ein oberirdisches Gewässer, Rechtsgutachten, 2010, S. 28 f.; *Wabnitz,* Das Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer und Grundwasser, 2010, S. 214 f.; *Söhnlein,* Das Verschlechterungsverbot der §§ 25a I Nr. 1, 25b I Nr. 1 WHG in der Planfeststellung, NVwZ 2006, 1139 (1140); *Czychowski/ Reinhardt,* WHG, 10. Aufl. 2010, § 27 Rn. 14.
30 *Söhnlein,* NVwZ 2006, 1139 (1140); *Reinhardt,* NuR 2011, 833 (837).

1. Stufen-Theorie[31]

Die Stufen-Theorie orientiert sich an den Zustands- und Potentialklassen des Anhangs V WRRL. Anhang V Nr. 1.4.2 (i) WRRL bestimmt für den ökologischen Zustand der Oberflächengewässer fünf Zustandsklassen. Nach Anhang V Nr. 1.4.3 WRRL sind nur zwei Zustandsklassen (gut und nicht gut) für den chemischen Zustand festgelegt. Eine Verschlechterung liege erst vor, wenn die Gewässerqualität infolge der wasserwirtschaftlichen Einwirkung in eine niedrigere Zustandsklasse wechselt.[32]

2. Vermittelnde Ansicht[33]

Nach dieser Ansicht sind die dargestellten Theorien abzulehnen. Das Hauptziel der WRRL ist die Erreichung des guten Zustands aller Gewässer. Vor diesem Hintergrund könne eine Verschlechterung nur angenommen werden, wenn die nachteilige Veränderung des Gewässers das Erreichen des guten Zustands eines Wasserkörpers „erheblich erschweren" wird, da nur ein solches Begriffsverständnis das Ziel der WRRL berücksichtige.[34]

3. Kritik

Der Wortlaut des § 27 I Nr. 1 WHG und des Art. 4 I lit. a (i) WRRL gibt keinen Aufschluss über das Begriffsverständnis. Auch verfügt die WRRL insgesamt über kein einheitliches System der Begriffe.[35] Gegen die Status-quo-Theorie wird meist angeführt, dass bereits jede wasserwirtschaftliche Tätigkeit das Verschlechterungsverbot verletze.[36] Sie müsste dann im Wege der Ausnahmenregelungen genehmigt werden, was jedoch das Ausnahme-Regel-Verhältnis konterkariere.[37] Einer solchen Gewässerbewirtschaftung stünden vor allem Praktikabilitätserwägungen entgegen.[38] Art. 4 I lit. a, b (i) WRRL beinhaltet den Begriff der „Verschlechterung", Art. 4 IV und V WRRL den der „weiteren Verschlechterung", wobei mit dieser ein striktes Verschlechterungsverbot gemeint sei, welches auf die Sicherung des Status-quo abziele. Unter „Verschlechterung" sei dahingegen eine Veränderung der Einstufungsklassen zu verstehen. Diese unterschiedlichen Formulierungen berücksichtige nur die Stufen-Theorie.[39] Da für Oberflächengewässer ein System mit fünf Zustandsklassen besteht, bewirkten häufig bereits geringste Änderungen einen Wechsel der Zustandsklassen, so dass auf diese Weise ein umfassender Gewässerschutz gewährleitstet wird.[40]

Trotz der genannten Argumente für die Stufen-Theorie, sprechen insbesondere gewichtige teleologische Gesichtspunkte für die Annahme der Status-quo-Theorie. Ziel des Verschlechterungsverbots ist die Verhinderung von weiteren Rückschritten. Die Sicherung des Status-quo kann aber nicht gewährleitstet werden, wenn ein Verstoß erst im Falle des Wechsels der Zustandsklassen vorläge, denn dann läge bereits ein Rückschritt hinsichtlich der Gewässerqualität vor.[41] Auch ist zu berücksichtigen, dass für drei Zustandskategorien lediglich zwei Zustandsklassen existieren und das Verschlechterungsverbot im Sinne der Stufen-Theorie unter Umständen nicht einmal vor starken Schadstoffverunreinigungen schützt, wenn sich ein Gewässer bereits in einem chemisch nicht guten Zustand befindet.[42] Weist die Gewässerqualität dahingegen bereits einen guten chemischen Zustand auf, so wäre primär das Verbesserungsgebot beachtlich, so dass das Verschlechterungsverbot bezüglich des chemischen Zustands nicht erforderlich wäre.[43] Ein weiteres Problem, welches mit dem Begriffsverständnis im Sinne der Stufen-Theorie einherginge, ist das sog. „Auffüllen", d. h., dass Veränderungen bis zum Erreichen der Klassengrenzen hingenommen werden können, weil sie zu keinem Zustands- bzw. Potentialwechsel und damit zu keiner Verschlechterung führen.[44] Für die Status-quo-Theorie spricht zudem, dass rein lokale Verschlechterungen unbeachtlich sind, da auf die Qualität des gesamten Wasserkörpers abgestellt wird. Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Neuregelung des WHG den Begriff der „Verschlechterung" ohne die Erwähnung von Zustandsklassen übernommen, was ebenfalls für die Annahme der Status-quo-Theorie spricht.[45]

Letztlich muss der Begriff der Verschlechterung daher eng ausgelegt werden. Es wird die Status-quo-Theorie unter dem Vorbehalt einer Bagatellschwelle präferiert, so dass eine Verschlechterung erst vorliegt, wenn die Veränderung erheblich ist. Hinsichtlich der Erheblichkeitsschwelle kommt es zwar auch darauf an, ob die Zielerreichung erheblich erschwert wird, dies wird jedoch daran festgestellt, „ob der Betrieb eines Kraftwerks lediglich zu einer irrelevanten Zusatzbelastung führt, welche einen bestimmten Prozentsatz der festgelegten UQN (etwa 1 %) betragen kann".[46] Wie hoch diese Bagatellschwelle tat-

31 *Elgeti/Fries/ Hurck,* Der Begriff der Zustands- und Potentialverschlechterung nach der Wasserrahmenrichtlinie, NuR 2006, 745 (747 f., 749); *Breuer,* Praxisprobleme des deutschen Wasserrechts nach der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie, NuR 2007, 503 (507); *Köck,* ZUR 2009, 227 (229).
32 *Elgeti/Fries/Hurck,* NuR 2006, 745 (749).
33 *Ginzky,* NuR 2008, 147 (152).
34 *Ginzky,* NuR 2008, 147 (150).
35 *Wabnitz,* Das Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer und Grundwasser, 2010, S. 384 f.
36 *Ginzky,* NuR 2008, 147 (148).
37 *Elgeti/Fries/Hurck,* NuR 2006, 745 (747).
38 *Elgeti/Fries/Hurck,* NuR 2006, 745 (747).
39 *Wabnitz,* Das Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer und Grundwasser, 2010, S. 211 f.
40 *Elgeti/Fries/Hurck,* NuR 2006, 745 (748).
41 *Gellermann,* DVBl. 2007, 1517 (1520).
42 *Wabnitz,* Das Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer und Grundwasser, 2010, S. 220.
43 *Wabnitz,* Das Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer und Grundwasser, 2010, S. 220.
44 *Wabnitz,* Das Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer und Grundwasser, 2010, S. 208 f.; *Elgeti/Fries/Hurck,* NuR 2006, 745 (748).
45 *Reinhardt,* Rechtsgutachten, 2010, S. 29.
46 *Reidt/Schiller,* NuR 2011, 624 (626).

sächlich sein sollte, bedarf nicht weiter erörtert zu werden, da im Zentrum dieser Untersuchung die Quecksilberemissionen stehen, für welche Art. 3 III 2 UQN-RL eine Konkretisierung des Verschlechterungsgebots enthält.

4. Konkretisierung der Erheblichkeitsschwelle, Art. 3 III 2 UQN-RL

Gemäß Art. 3 III 2 UQN RL ergreifen die Mitgliedsstaaten vorbehaltlich Art. 4 WRRL Maßnahmen, durch die sichergestellt werden soll, dass die Konzentration u. a. von Quecksilber in den Sedimenten und in Biota nicht signifikant ansteigt. Art. 3 III 2 UQN-RL normiert eine Erheblichkeitsschwelle für prioritäre Stoffe und stellt eine Konkretisierung des Verschlechterungsverbots dar.[47]

Dies ergibt sich auch daraus, dass Art. 3 III 2 UQN-RL gegenstandslos wäre, wenn der Hinweis auf Art. 4 WRRL sich auf das Verschlechterungsverbot des Art. 4 I lit. a (i) WRRL beziehe und bedeutete, dass bereits jede Verschlechterung zu einem Verstoß führe. Mit dem vorbehaltlichen Verweis wird auf die anderen Umweltziele des Art. 4 WRRL Bezug genommen.[48] Erst ein signifikanter Anstieg der Biota- und Sediment-Werte stellt eine Verschlechterung dar.[49] Einen solchen Anstieg wird eine Einleitungsquelle kaum verursachen.[50]

5. Ergebnis

Das Verschlechterungsverbot gilt bereits heutzutage unmittelbar. Der Begriff der Verschlechterung wird für Quecksilbereinträge durch Art. 3 III 2 UQN-RL konkretisiert, so dass erst ein signifikanter Anstieg der Biota- und Sediment-Werte eine Verschlechterung bedeutet. Liegt ein solcher Anstieg vor, wird gegen das Verschlechterungsverbot verstoßen. In diesem Fall müsste eine Saldierung dahingehend stattfinden, dass – wie in der Praxis gängig[51] – die neue Erlaubnis eine bereits bestehende ersetzt und die Schadstoffbelastung im Wasserkörper dadurch sogar verringert würde oder es könnten gegebenenfalls die Ausnahmetatbestände eingreifen.

IV. Phasing-out-Verpflichtung, Art. 4 I lit. a (iv) WRRL

Möglicherweise verstoßen die Quecksilberemissionen gegen die Vorgaben des Art. 4 I lit. a (iv) WRRL, nach welchem die Mitgliedsstaaten nach Art. 16 I und VIII WRRL alle notwendigen Maßnahmen ergreifen, um die Verschmutzung durch prioritäre Stoffe schrittweise zu reduzieren und die Einleitungen, Emissionen und Verluste prioritärer gefährlicher Stoffe zu beenden oder schrittweise einzustellen. Das Ziel der endgültigen Beendigung und schrittweisen Einstellung wird Phasing-out-Verpflichtung genannt.[52] Das neue WHG enthält die Vorschrift des § 25a III WHG a. F. nicht mehr, welche das Phasing-out-Ziel in das deutsche Wasserrecht integrierte.[53] Somit fehlen dem WHG Regelungen zum Phasing-out. In der Literatur wird vertreten, dass das Phasing-out-Ziel ein striktes Verbot von Quecksilberemissionen, von dem keine Ausnahme vorgesehen sei, ab Ende 2028 statuiere[54] und dass eine unmittelbare Handlungspflicht der Mitgliedsstaaten zum Erlass der entsprechenden Maßnahmen zur Zielerreichung bestehe.[55] Damit stellt sich die Frage, ob eine unmittelbare Handlungspflicht tatsächlich besteht, ob die Phasing-out-Verpflichtung unmittelbar gilt und inwiefern sie ein absolutes Emissionsverbot beinhaltet.

V. Pflichtenkonkretisierung nach Art. 16 WRRL

Die konkreten Handlungspflichten, welche aus dem Phasing-out-Ziel erwachsen, ergeben sich anhand des Verweises in Art. 4 I lit. a (iv) WRRL aus dem Zusammenspiel mit Art. 16 WRRL. Nach Art. 16 II 1 WRRL legt die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Liste prioritärer Stoffe vor. Die erste Liste wurde mit der Entscheidung Nr. 2455/2001/EG[56] verabschiedet. Diese Liste formt nach Art. 16 XI WRRL den Anhang X WRRL. Nach Art. 16 VI und VII WRRL ist die Europäische Kommission verpflichtet, Vorschläge für Emissionsbegrenzungsmaßnahmen und Qualitätsnormen für die Konzentrationen der prioritären Stoffe in Oberflächengewässer, Sedimente oder Biota zu unterbreiten. Art. 16 VI 1, 2. Spiegelstrich WRRL bestimmt, dass sie Vorschläge „zur Beendigung oder schrittweisen Einstellung von Einleitungen, Emissionen und Verlusten der gem. Absatz 3 bestimmten Stoffe, einschließlich eines entsprechenden Zeitplans vorlegt." Die Europäische Kommission ist damit verpflichtet, Maßnahmen zum Phasing-out einzuführen. Nach Art. 16 VIII 1 WRRL wiederum unterbreitet die Kommission „Vorschläge gemäß den Absätzen 6 und 7 zumindest für die Emissionsbegrenzung von Punktquellen und für die Umweltqualitätsnormen binnen zwei Jahren nach Aufnahme des betreffenden Stoffs in die Liste prioritärer Stoffe." Die auf diesen Vorschlag hin erlassene UQN-RL normiert lediglich wasserbezogene Umweltqualitätsnormen und

47 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (521); Ginzky, ZUR 2009, 242 (247); Reidt/Schiller, NuR 2011, 624 (626 f.).
48 *Reidt/Schiller,* NuR 2011, 624 (627).
49 *Reidt/Schiller,* NuR 2011, 624 (627).
50 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (521).
51 *Reinhadt,* Rechtsgutachten, 2010, S. 29.
52 *Riese/Dieckmann,* Verbot der Einleitung von Industrieabwässern? Die Reichweite von der phasing-out-Verpflichtung der Wasserrahmenrichtlinie, UPR 2011, 212 (212).
53 *Köck/Möckel,* NVwZ 2012, 1390 (1393).
54 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1391); *Ekardt/Steffenhagen,* NuR 2010, 705 (709); *Ginzky,* Die Pflicht zur Minderung von Schadstoffeinträgen in Oberflächengewässer, ZUR 2009, 242 (245).
55 *Ginzky,* ZUR 2009, 242 (246); *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1393).
56 Entscheidung Nr. 2455/2011/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.11.2001 zur Festlegung der Liste prioritärer Stoffe im Bereich der Wasserpolitik und zur Änderung der Richtlinie 2000/60/EG, ABl. L 331, 15.12.2011, S. 1.

keine Emissionsminderungsmaßnahmen oder Phasing-out-Maßnahmen.[57]

a) Unmittelbare Handlungspflicht, Art. 16 VIII 2 UQN-RL

Dadurch dass die Europäische Kommission innerhalb von zwei Jahren nach Aufnahme von Quecksilber in die Liste prioritärer Stoffe keine Vorschläge im Sinne von Art. 16 VI WRRL gemacht hat, liege eine Verletzung der Pflicht aus Art. 16 VIII 1 WRRL vor.[58] Es greife die Vorschrift des Art. 16 VIII 2 WRRL.[59] Diese legt fest, dass wenn bei den prioritären Stoffen der ersten Liste sechs Jahre nach Inkrafttreten der WRRL keine Einigung auf Gemeinschaftsebene zustande gekommen ist, die Mitgliedsstaaten verpflichtet sind, für alle Oberflächengewässer, die von Einleitungen prioritärer Stoffe betroffen sind, zu ihrer Verminderung Umweltqualitätsnormen und Begrenzungsmaßnahmen für die Hauptquellen dieser Einleitungen festzulegen. Dabei sind alle technischen Möglichkeiten zu berücksichtigen. Gemäß Art. 25 WRRL ist die WRRL am 17.12.2000 in Kraft getreten, eine etwaige Frist wäre am 17.12.2006 abgelaufen. Es ist zu klären, ob tatsächlich ein Pflichtverstoß seitens der Europäischen Kommission sowie die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 16 VIII 2 WRRL vorliegen.

aa) Verstoß gegen Art. 16 VI, VIII 1 WRRL

Die Europäische Kommission sieht nicht die Notwendigkeit des Erlasses von Emissionsbegrenzungsmaßnahmen und Maßnahmen zum Phasing-out. Dies lässt sich bereits Erwägungsgrund 7 der UQN-RL entnehmen, welcher besagt, dass vor dem Hintergrund der bereits bestehenden Vorschriften über Emissionsbegrenzungsmaßnahmen „der Umsetzung und Überarbeitung bereits vorhandener Rechtsinstrumente der Vorzug gegenüber der Festsetzung neuer Begrenzungsmaßnahmen“ gewährt werden sollte.[60] Die Europäische Kommission versteht ihre Handlungspflicht aus Art. 16 VI-VIII WRRL damit als erfüllt.[61] Die Ablehnung der Einführung weiterer Emissionsminderungsmaßnahmen wird teilweise sogar als eine „Abkehr von den Grundsätzen des Art. 16 WRRL“ verstanden.[62] Festzuhalten ist, dass aus Sicht der Europäischen Kommission kein Pflichtverstoß vorliegt.

bb) Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 16 VIII 2 WRRL

Nach Art. 16 VIII 2 WRRL dürfte für die Begründung einer unmittelbaren Handlungspflicht der Mitgliedsstaaten auch keine Einigung zumindest für Emissionsbegrenzungen erzielt worden sein. Eine Einigung setzt einen Vorschlag und Beratungen zu diesem voraus.[63] Wie dargestellt verzichtete die Europäische Kommission auf einen solchen Vorschlag. Beratungen konnten nicht stattfinden. Die Voraussetzungen des Art. 16 VIII 2 WRRL liegen nicht vor.

cc) Zwischenergebnis

Eine unmittelbare Handlungspflicht der Mitgliedsstaaten zum Erlass von Maßnahmen nach Art. 16 VI, VII WRRL besteht nicht.

b) Unmittelbare Geltung des Phasing-out-Ziels

Das Phasing-out-Ziel nach Art. 4 I lit. a (iv) i. V. m. Art. 16 I, VIII WRRL kann keine unmittelbare Geltung für die Mitgliedsstaaten erlangen. Vorschriften einer Richtlinie müssten bei fehlender oder fehlerhafter Umsetzung durch einen Mitgliedsstaat hinreichend bestimmt und unbedingt formuliert sein, um unmittelbare Wirkung entfalten zu können.[64] Es ergeben sich aus Art. 4 I lit. a (iv), Art. 16 WRRL bereits – wie festgestellt – schon keine Handlungspflichten für die Mitgliedsstaaten, welche sie missachtet haben könnten. Zweitens sind Art. 4 I lit. a (iv) und Art. 16 WRRL nicht unbedingt und bestimmt formuliert, da ihre Geltung von weiteren Konkretisierungen i. S. v. Art. 16 VI-VIII WRRL abhängig und rechtlich damit konkretisierungsbedürftig ist.[65] Drittens fehlt eine konkrete zeitliche Angabe in der Richtlinie selbst. So legt Art. 4 I lit. a (iv) WRRL schon keinen Zeitpunkt fest, bis zu dem das Ziel erreicht werden soll und Art. 16 VI macht die in ihm genannte 20-Jahres-Frist von Konkretisierungen der Europäischen Kommission abhängig.[66] Insgesamt gilt die Phasing-out-Verpflichtung nicht unmittelbar.

c) 20-Jahres-Frist nach Art. 16 VI 1, 2. Spiegelstrich WRRL

Es wird allgemein angenommen, dass das Phasing-out-Ziel bis Ende 2028 erreicht sein müsse. Art. 16 VI 1, 2. Spiegelstrich WRRL bestimmt, dass der Zeitplan zur Erreichung des Phasing-out-Ziels 20 Jahre ab dem Zeitpunkt, zu dem die Vorschläge für Maßnahmen zum Phasing-out und eines entsprechenden Zeitplans gemacht wurden, nicht überschritten werden darf. Daraus wird abgeleitet, dass die Phasing-out-Verpflichtung spätestens bis zum 16.12.2028 erreicht werden müsse, da mit dem Erlass der UQN-RL am 16.12.2008 die Frist begonnen habe.[67] Diese Annahme widerspricht aber der bereits festgestellten Tatsache, dass die UQN-RL gerade keine Emissionsminderungsmaßnahmen und auch keine Maßnahmen zum Phasing-out enthält. Sie ist eine Maß-

57 *Ginzky,* ZUR 2009, 242 (248).
58 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (522); *Ginzky,* ZUR 2009, 242 (248); *Riese/Dieckmann,* UPR 2011, 212 (213).
59 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (523).
60 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (522).
61 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (522).
62 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (522).
63 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (523).
64 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (524).
65 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (524).
66 *Spieth/Ipsen,* Verbietet die Wasserrahmenrichtlinie den Bau von Kohlekraftwerken?, NVwZ 2011, 536 (540).
67 *Ginzky,* NuR 2009, 242 (246); *Reinhardt,* Rechtsgutachten, 2010, S. 23; *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1393).

nahme nach Art. 16 VII WRRL, keine nach Art. 16 VI WRRL und kann damit die Frist schon nicht in Gang setzten.[68] Ebenso ist die These, dass eine etwaige Frist zum Phasing-out am 18.12.2028 ablaufe[69], abzulehnen. Auch diese Fristenberechnung wird auf den Zeitpunkt des Erlasses der UQN-RL gestützt. Eine Frist, welche am 18.12.2028 und nicht am 16.12.2028 endet, ist daher nicht nachvollziehbar. Ein weiterer Zeitpunkt, zu welchem die Phasing-out-Verpflichtung erfüllt sein sollte, sei Ende des Jahres 2015. Die Phasing-out-Verpflichtung sei Teil des Verbesserungsgebots und fokussiere sich auf Emissionsmaßnahmen; daher gelte die allgemeine Frist des Verbesserungsgebots.[70] Dagegen spricht, dass Art. 4 I lit. a WRRL selbstständige Umweltziele enthält, welche losgelöst voneinander bestehen.[71] Damit existiert kein Zeitpunkt, zu welchem das Ziel erreicht sein muss.

1. Zwischenergebnis

Es besteht keine unmittelbare Handlungspflicht der Mitgliedsstaaten. Die Phasing-out-Verpflichtung wirkt nicht unmittelbar. Dem Phasing-out-Ziel ist keine zeitliche Vorgabe zur Zielerreichung zu entnehmen.

2. Absolutes Emissionsverbot, Art. 4 I lit. a (iv), Art. 16 I, VIII WRRL

Unabhängig von dem Vorliegen der Voraussetzungen für eine unmittelbare Handlungspflicht und einer etwaigen unmittelbaren Geltung, ergibt sich bereits aus der Phasing-out-Verpflichtung selbst kein striktes Emissionsverbot für Quecksilber. Sie stellt lediglich eine rechtlich unverbindliche „politische Absichtserklärung“[72] des Europäischen Gesetzgebers dar. Dies wird anhand der Auslegung von Art. 4 I lit. a (iv) i. V. m. Art. 16 I, VIII WRRL nachgewiesen.

a) Wortlautauslegung

Der Wortlaut des Art. 4 I lit. a (iv) WRRL enthält bereits keine zeitliche Angabe zur Zielerreichung und verweist auf Art. 16 I, VIII WRRL. Der Inhalt der Phasing-out-Verpflichtung ist von rechtlichen Konkretisierungen abhängig. Aus dem Wortlaut lässt sich ein rechtlich verbindliches Emissionsverbot ab 2028 nicht herleiten. Art. 16 VIII 2 WRRL legt fest, dass die Mitgliedsstaaten emissionsmindernde Maßnahmen unter Berücksichtigung der technischen Möglichkeiten ergreifen. Dieser ausdrückliche Hinweis auf das technisch Machbare ist so zu verstehen, dass selbst wenn die Voraussetzungen der unmittelbaren Handlungspflicht der Mitgliedsstaaten vorlägen, von den Mitgliedsstaaten nicht mehr verlangt werden kann, als sich im Rahmen der technischen Möglichkeiten gebietet. Technisch ist eine Nullreduktion der Quecksilberemissionen derzeit nicht möglich.[73] Aus Art. 16 VIII 2 WRRL ergibt sich eindeutig, dass eine Nullreduktion von Quecksilberemissionen beim Vorliegen der Voraussetzungen für eine unmittelbare Handlungspflicht gerade nicht verlangt wird. Das spricht dafür, dass die Phasing-out-Verpflichtung insgesamt nicht als ein absolutes Emissionsverbot verstanden werden kann, sondern dass Emissionen in gewissem Umfang erlaubt sind.

b) Systematische Auslegung

Insbesondere systematische Erwägungsgründe sprechen gegen die Annahme eines strikten Emissionsverbots. Der Wortlaut des Art. 4 I lit. a (iv) WRRL enthält zwar keinen Hinweis auf etwaige Ausnahmen, allerdings stünde ein solches striktes Verbot im Widerspruch zur Systematik der WRRL, denn Ausnahmen formen einen elementaren Teil der WRRL.[74] Ausnahmen sind sogar erforderlich, da durch sie eine realistische Zielerreichung erst ermöglicht wird.[75] Ein weiterer Aspekt, welcher für die Zulässigkeit von Ausnahmen spricht, ist die Tatsache, dass sogar für die Schadstoffeinleitung in Grundwasserkörper Ausnahmen, Art. 11 III lit. j WRRL, vorgesehen sind, obgleich Grundwasserkörper grundsätzlich schutzwürdiger als Oberflächengewässer sind.[76] Wie bereits dargestellt sind Quecksilberbelastungen in Gewässern auch auf eine Hintergrundbelastung zurückzuführen. Erwägungsgrund 10 der UQN-RL besagt, dass bei in der Natur vorkommenden oder in natürlichen Prozessen entstehenden Stoffen eine sofortige oder schrittweise völlige Einstellung von Emissionen, Einleitungen und Verlusten aus allen potentiellen Quellen nicht möglich ist. Diese Berücksichtigung von natürlichen Hintergrundbelastungen ist in Art. 4 I lit. a (iv) WRRL nicht enthalten. Es ist davon auszugehen, dass der Gedanke des Erwägungsgrundes 10 UQN-RL auch auf die Phasing-out-Verpflichtung Anwendung findet, so dass solche Ausnahmen zulässig sind, welche die natürliche Hintergrundbelastung berücksichtigen, um nur die Erreichung realistischer Ziele zu fordern.[77] Auch der Vergleich zu anderen Umweltrichtlinie spricht für die Zulässigkeit von Ausnahmen. Diese verlangen die Reduktion unter Berücksichtigung des Standes der Technik.[78] Ein striktes Emissionsverbot der WRRL steht zu den anderen Umweltrichtlinien klar in einem Widerspruch.[79] Aus dem System der WRRL und dem Vergleich mit anderen Umweltrichtlinien lässt sich kein absolutes Emissionsverbot annehmen. Daher bleibt bereits an dieser Stelle

68 *Riese/Dieckmann,* UPR 2011, 212 (215).
69 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1393).
70 *Ekardt/Steffenhagen,* NuR 2010, 705 (708).
71 *Riese/Dieckmann,* UPR 2011, 212 (216).
72 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (537); *Durner/Trillmich,* DVBl 2011, 517 (523).
73 *Riese/Dieckmann,* UPR 2011, 212 (213).
74 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (537).
75 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (537).
76 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (538).
77 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (538).
78 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (538).
79 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (538).

festzuhalten, dass Ausnahmen von dem Phasing-out-Ziel zulässig, sogar systemnotwendig sind.

c) Teleologische Auslegung

Ein absolutes Emissionsverbot bewirkte erhebliche energiepolitische Umstrukturierungen in vielen Mitgliedsstaaten, welche bis 2028 nicht realisierbar wären. Kohle stellt die drittwichtigste Energiequelle der Europäischen Union dar.[80] Stein- und Braunkohle tragen zu 25 % des Primärenergieverbrauches in Deutschland bei und die Stromversorgung basiert sogar zu rund 44 % auf ihr[81]; in Polen sogar zu 90 %[82]. Ein absolutes Emissionsverbot hätte damit eine massive energiepolitische Tragweite. Es ist davon auszugehen, dass bei der Normsetzung die Zumutbarkeit der Umsetzung der WRRL berücksichtigt wurde. Es sprechen insbesondere die energiepolitischen Folgen dagegen, dass der europäische Gesetzgeber einen Ausstieg aus der Kohlenutzung mit der WRRL bezweckt.

d) Primärrechtliche Auslegung

Bereits die primärrechtliche Auslegung lässt klar erkennen, dass die WRRL kein Instrumentarium zur Nullreduktion aller Quecksilberemissionen innerhalb der EU sein kann. Denn wenn dies tatsächlich das Anliegen der WRRL wäre, so wäre sie bereits auf der falschen Ermächtigungsgrundlage erlassen worden. Es ist anzunehmen, dass Sekundärrechtsakte der Europäischen Union grundsätzlich auch primärrechtskonform sind.[83]

aa) Ermächtigungsgrundlage, Art. 175 I EGV

Die WRRL, die UQN-RL sowie die Entscheidung Nr. 2455/2001/EG worden nach Art. 175 I EGV (heute: Art. 192 I AEUV) im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 251 EGV (heute: Art. 294 AEUV) erlassen.[84] Nach Art. 175 II lit. c EGV (heute: Art. 192 II lit. c AEUV) ergehen Maßnahmen, welche „die Wahl eines Mitgliedsstaates zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung erheblich berühren" im besonderen Gesetzgebungsverfahren, wobei die genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen. „Eine erhebliche Berührung der Energieversorgung ist nur dann gegeben, wenn die Grundstruktur der Energieversorgung betroffen ist", wovon bei der Verdrängung eines Energieträgers auszugehen ist.[85] Ein absolutes Emissionsverbot führte zu einem Ausstieg aus der Kohlenutzung und damit zu einer Verdrängung eines Energieträgers. Eine erhebliche Berührung der Energieversorgung läge vor. Dann hätte die WRRL aber auf der Grundlage des Art. 175 II lit. c EGV erlassen werden müssen, denn auf der Grundlage des Art. 175 I EGV konnte keine Regelungen getroffen werden, die zu einem Verbot von Kohlekraftwerken führen könnte.[86] Die Wahl der falschen Ermächtigungsgrundlage und Anwendung des falschen Verfahrens führte zur Nichtigkeit der WRRL.[87] Die WRRL kann insgesamt keine so weitreichenden energiepolitischen Einflüsse auf die Energieversorgung der einzelnen Mitgliedsstaaten haben und damit Quecksilberemissionen ab 2028 nicht strikt verbieten.

bb) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Art. 5 IV EUV

Ein absolutes Emissionsverbot verstieße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Art. 5 IV EUV.[88] Danach müssen Maßnahmen geeignet, erforderlich und angemessen sein.[89] Emissionsbegrenzungsmaßnahmen sind Vorsorgemaßnahmen und verzichten auf eine Einzelfallbewertung.[90] Führten diese Begrenzungen zu einem Emissionsverbot, so hieße dies, dass Vorsorgemaßnahmen ein Verbot bewirkten, was jedoch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht sein kann. Damit wären die Folgen dieser Vorsorgemaßnahme unangemessen hoch für den einzelnen Anlagenbetreiber und nicht verhältnismäßig.[91] Die Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit und Kostenwirksamkeit ist in Art. 16 VI WRRL, Erwägungsgrund 43 WRRL und 8 UQN-RL ebenfalls vorgeschrieben.[92] Ein absolutes Verbot wäre somit unverhältnismäßig.

e) Zwischenergebnis

Das Phasing-out-Ziel enthält kein absolutes Emissionsverbot, d. h., Ausnahmen zu diesem wären ohnehin zulässig. Insgesamt stellt es eine politische Richtungsentscheidung des europäischen Gesetzgebers dar, welche bei der Genehmigungserteilung zu beachten ist.

3. Zwischenergebnis

Die Quecksilberemissionen verstoßen nicht gegen das Phasing-out-Ziel. Aus diesem kann sich damit kein Genehmigungsverbot für Kraftwerksneuerrichtungen ergeben.

VI. IV. Ergebnis

Quecksilberemissionen verstoßen nach den gegenwärtigen Erkenntnissen nicht gegen die zulässigen Grenzwerte.

80 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (518).
81 BMWi, http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Energietraeger/kohle.html (23.10.2012).
82 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (519).
83 *Epiney,* Umweltrecht in der Europäischen Union, 2. Auflage 2005, § 9 Rn. 21.
84 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (519).
85 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 192 AEUV Rn. 81 (44. EL: 05/2011).
86 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (538).
87 *Durner/Trillmich,* DVBl. 2011, 517 (520).
88 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (538 f.).
89 *Riese/Dieckmann,* UPR 2011, 212 (214).
90 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (538).
91 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (538 f.).
92 *Spieth/Ipsen,* NVwZ 2011, 536 (539).

2. Frage:

A. Unterschiedliche Genehmigungsverfahren

Nach Nr. 1.1 des Anhangs der 4. BImSchV[93] bedürfen Kohlekraftwerke mit einer Feuerungswärmeleistung vom 50 MW oder mehr einer Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetzt (BImSchG)[94]. § 13 BImSchG statuiert die Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, d. h., sie schließt andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein[95], wobei Bewilligungen und Erlaubnisse nach §§ 8 i. V. m. 10 WHG nicht umfasst sind[96]. Bei Erfüllung aller Voraussetzungen zum Erlass der Genehmigung, hat der Vorhabenträger einen gebundenen Anspruch auf Genehmigungserlass. Dahingegen steht die wasserrechtliche Erlaubnis im Bewirtschaftungsermessen der Wasserbehörde, § 12 II WHG. Die Direkteinleitung von schadstoffhaltigen Abwassers über die Rauchgaswäsche in ein Gewässer stellt eine Benutzung i. S. v. § 9 I Nr. 4 WHG dar und bedarf einer wasserrechtlichen Erlaubnis. Der Eintrag über den Luftpfad ist keine Benutzung nach § 9 I Nr. 4 oder § 9 II WHG und unterfällt dem BImSchG.[97]

B. Genehmigungsrechtliche Instrumente

Es ist zwischen Neuerrichtungen und bereits betriebenen Kraftwerken zu unterscheiden.

VII. Neubau

VIII. Instrumente nach dem WHG

Hinsichtlich der Direkteinleitung von Quecksilber richten sich die genehmigungsrechtlichen Instrumentarien nach dem WHG.

a) Genehmigungsversagung

Verstößt ein Neubau gegen das Verschlechterungsverbot, ist eine Erlaubniserteilung rechtswidrig, es sei denn es liegt eine Ausnahme vor. Meist tritt eine neue Erlaubnis an die Stelle der gegenwärtig genehmigten Erlaubnis, so dass eine Saldierung der Emissionen stattfindet und bestenfalls eine Verringerung der Einträge erzielt wird.[98]

Ist das Verschlechterungsverbot eingehalten, stehen das Verbesserungsgebot und das Phasing-out-Ziel der Erlaubniserteilung nicht als kategorisches Genehmigungsverbot entgegen. Sie sind im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens, § 12 II WHG, zu berücksichtigen.[99] Die Folgen dieser „Berücksichtigungspflicht" werden uneinheitlich beantwortet. Einerseits müsse die Erlaubnis versagt werden, wenn im Zeitpunkt der Antragsstellung unklar ist, wie die Umweltziele fristgerecht erreicht werden sollen, denn die Behörde dürfe den Antragssteller nicht „sehenden Auges vor die Wand laufen lassen".[100] Kann mit einer auf Tatsachen gestützten hinreichenden Wahrscheinlichkeit von der fristgerechten Zielerreichung ausgegangen werden, sei die Erlaubniserteilung möglich.[101] Nach einer anderen Auffassung soll die Erlaubniserteilung möglich sein, wenn im Zeitpunkt der Antragsstellung nicht feststeht, ob die Ziele fristgerecht erreicht werden.[102] Dieser Ansicht wird sich angeschlossen, denn die Erlaubnis kann mit entsprechenden Inhalts- und Nebenbestimmungen versehen werden, § 13 I WHG, und der Genehmigungsbescheid kann auf einen möglichen Widerruf, Befristungen sowie die unsichere Rechtslage aufmerksam machen.[103] Der Anlagenbetreiber genießt keinen Vertrauensschutz hinsichtlich des Bestands seiner Erlaubnis. Es obliegt dem Antragssteller zu entscheiden, ob sich eine derartige Investition lohnt. Letztlich wird die zuständige Behörde kaum eine Tätigkeit genehmigen, welche sie nach kurzer Zeit widerrufen wird. Bei Ausübung ihres Bewirtschaftungsermessens wird sie die Wahrscheinlichkeit der Zielerreichung berücksichtigen.

b) Nachträgliche Inhalts- und Nebenbestimmungen, § 13 WHG

Nach Genehmigungserlass kann die Behörde den Bescheid weiterhin den Vorgaben anpassen, indem sie nachträgliche Inhalts- und Nebenbestimmungen nach § 13 I, II WHG erlässt.

1. Instrumente nach dem BImSchG

Für die diffusen Quecksilbereinträge über den Luftpfad richten sich die Instrumente nach dem BImSchG.

a) Genehmigungsversagung und Nebenbestimmungen, § 12 I BImSchG

Innerhalb des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens sind die wasserrechtlichen Bewirtschaftungsziele und unionsrechtlichen Vorgaben über §§ 6 I Nr. 2, 5 I Nr. 1, 2 BImSchG zu berücksichtigen.[104]

93 Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetztes vom 14.03.1997, BGBl. I S. 504.
94 Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge in der Fassung vom 26.09.2002, BGBl. I S. 3830.
95 *Ohms,* Genehmigungsanspruch nach § 6 BImSchG versus wasserrechtliches Gestattungserfordernis, NVwZ 2010, 926 (927).
96 *Jarass,* in: ders., BImSchG, 9. Aufl. 2012, § 13 Rn. 13.
97 *Ohms,* NVwZ 2010, 926 (927 ff., 931); *Reinhardt,* Rechtsgutachten, 2010, S. 33 ff; a. A.: *Kremer,* Zur Erforderlichkeit eines wasserrechtlichen Genehmigungsverfahrens beim Eintrag von Luftschadstoffen in ein Gewässer, ZUR 2009, 421 (422 ff., 425); offen lassend: *Köck/ Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1394).
98 *Reinhardt,* Rechtsgutachten, 2010, S. 29.
99 *Reinhardt,* Rechtsgutachten, 2010, S. 27.
100 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1395).
101 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1395 f.).
102 *Reinhardt,* Rechtsgutachten, 2010, S. 27.
103 *Reinhardt,* Rechtsgutachten, 2010, S. 27.
104 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1396).

aa) § 6 I Nr. 2 BImSchG

Andere öffentlich-rechtliche Vorschriften dürfen der Genehmigung nicht entgegenstehen, § 6 I Nr. 2 BImSchG. Der das Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot normierende § 27 WHG ist eine solche öffentlich-rechtliche Vorschrift; die Phasing-out-Verpflichtung infolge der unterstellten unmittelbaren Wirkung ebenso.[105] Durch die Genehmigung, welche mit Nebenbestimmungen, § 12 I BImSchG, versehen werden kann, muss gewährleistet sein, dass die Umweltziele fristgerecht erreicht werden, da die Genehmigung ansonsten auf Grund des Entgegenstehens von öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu versagen ist.[106]

bb) § 5 I Nr. 1 BImSchG

Nach § 5 I Nr. 1 BImSchG sind Anlagen so zu errichten und betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen zu vermeiden sind. Schädliche Umwelteinwirkungen sind auch Beeinträchtigungen des Wassers und der im Gewässer lebenden Organismen.[107] Für Quecksilberimmissionen, welche über den Luftpfad Gewässer erreichen, ist der Wert der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift TA Luft[108] von 1 µg/m² am Tag, Nr.4.5.1 TA Luft, zur Bestimmung der Schädlichkeit von Immissionen beachtlich. Die TA Luft kann Bindungswirkung entfalten, jedoch nicht wenn ihre Werte veraltet sind.[109] Sie stammt aus dem Jahr 2002 und beachtet die Umweltziele der WRRL nicht.[110] In diesem Zusammenhang sind die Vorgaben der IVU-RL[111] bedeutsam, welche ein hohes Schutzniveau für die Umwelt erzielt, indem Emissionen vermieden oder vermindert werden. Die Vorgaben wurden u. a. ins BImSchG integriert. Art. 10 IVU-RL bestimmt, dass Umweltqualitätsnormen den Immissionsstandard bei IVU-Anlagen – ein Kraftwerk ist eine solche Anlage – festlegen. Das heißt, dass die Umweltqualitätsnormen auch im Rahmen des § 5 I Nr. 1 BImSchG zu berücksichtigen sind, denn sie bestimmen den Immissionsstandard neu, da die Werte der TA Luft veraltet sind.[112] Damit legen die Umweltziele der WRRL die Schädlichkeitsschwelle von Immissionen fest. Werden die Umweltziele fristgerecht nicht erreicht und greift auch keine Ausnahme oder abweichende Regelung hinsichtlich des Verbesserungsgebots ein, liegt demnach eine schädliche Umwelteinwirkung vor. Daher sind Genehmigungen nur zu erlassen, wenn durch Nebenbestimmungen nach § 12 BImSchG die Zielerreichung gewährleistet ist.[113]

cc) § 5 I Nr. 2 BImSchG

Nach § 5 I Nr. 2 ist Vorsorge vor schädlichen Umwelteinwirkungen zu tragen. Die Vorsorge erfolgt nach dem Stand der Technik.[114] Dieser wird in § 3 VI BImSchG definiert und bemisst sich nach der besten verfügbaren Technik nach Art. 2 Nr. 12 IVU-RL.[115] Allerdings bestimmen strengere Umweltqualitätsnormen den Stand der Technik neu, Art. 10 IVU-RL. Der Emissionsgrenzwert für Quecksilber lässt sich der 13 BImSchV[116] entnehmen und beträgt nach § 3 I b der 13. BImSchV bei Quecksilber 0,03 mg/m³ Abgas. Die 13. BImSchV berücksichtigt nicht die UQN-RL noch das Phasing-out-Ziel.[117] Bei Nichteinhaltung dieser beiden Ziele, muss die Behörde über den Stand der Technik der 13. BImSchV hinausgehende Grenzwerte festsetzen, damit die Anlage genehmigungsfähig ist.[118]

b) Kausalitätszusammenhang

Der insbesondere bei luftpfadvermittelten Schadstoffeinträgen erforderliche Kausalitätszusammenhang zwischen ihrer Schädlichkeit und der verschlechterten Gewässerqualität ist infolge des unterstellten Verstoßes gegeben.

IX. Altbau

X. Instrumente nach dem WHG

a) Nachträgliche Inhalts- und Nebenbestimmungen, § 13 WHG

Um die fristgerechte Erreichung des Verbesserungsgebots und Phasing-out-Ziels sicherzustellen, sind bestehende Kraftwerke durch die Erteilung nachträglicher Inhalts- und Nebenbestimmungen den Anforderungen anzupassen. Nach § 13 II Nr. 1 WHG können Anforderungen an die Beschaffenheit einzubringender oder einzuleitender Stoffe gestellt werden.

b) Widerruf, § 18 WHG

Sind die Ziele nicht fristegerecht erreicht und greift auch kein Tatbestand der §§ 29, 30, 31 WHG hinsichtlich des Verbesserungsgebots, ist die Erlaubnis zu widerrufen. Der Widerruf richtet sich nicht nach § 49 II VwVfG, sondern nach der Spezialvorschrift des § 18 WHG.[119] Dieser ist grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen, da der Einzelne nach § 18 WHG mit einem Widerruf rechnen muss und die wasserrechtliche Erlaubnis ihm keine

105 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1396).
106 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1396).
107 *Jarass,* in: ders., BImSchG, 9. Aufl, 2012, § 3 Rn. 29; *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1396).
108 Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft vom 24.07.2002, GMBl. S. 511.
109 *Hansmann*; in: Landmann/Rohmer, Vorb. TA Luft Rn. 4 f. (38. EL: 08/2002).
110 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1396).
111 Richtlinie 2008/1/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.01.2008 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung,, ABl. L 24, 29.01.2008, S. 8.
112 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1396 f.).
113 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1397).
114 *Jarass,* in: ders., BImSchG, 9. Aufl. 2012, § 5 Rn. 52.
115 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1397).
116 Dreizehnte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetztes vom 20.07.2004, BGBl. I S. 1717, 2847.
117 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1397).
118 *Köck/Möckel,* NVwZ 2010, 1390 (1397).
119 *Kotulla,* WHG, 2. Aufl. 2011, § 18 Rn. 2.

Rechtsposition i. S. d. Art. 14 I GG gewährt.[120] Andererseits muss der Widerruf auch verhältnismäßig sein. Die Behörde hat bei der Betätigung des Widerufermessens Vertrauensschutzaspekte und die Höhe der bereits getätigten Investitionen zu berücksichtigen.[121] Grundsätzlich erfolgt der Widerruf jedoch entschädigungslos.

1. Instrumente nach dem BImSchG

a) Nachträgliche Anordnung, § 17 BImSchG

Zur Durchsetzung der Pflichten nach u. a. § 5 BImSchG – nicht jedoch der Pflichten nach § 6 Nr. 2 BImSchG[122] – können nachträgliche Anordnungen erlassen werden, durch welche dem Kraftwerksbetreiber emissionsmindernde Maßnahmen auferlegt werden können.

b) Betriebsuntersagung und Widerruf, § 20 I, 21 BImSchG

Durch eine nur temporär wirkende Untersagungsverfügung nach § 20 I BImSchG kann sichergestellt werden, dass der Betreiber einer Auflage, nachträglichen Anordnung oder einer materiellen Pflicht nachkommt.[123] Für den Fall, dass die Ziele nicht fristgerecht erreicht werden und keine Ausnahme vorliegt, kann die Genehmigung widerrufen werden, § 21 I BImSchG. Auch dieser Widerruf erfolgt grundsätzlich entschädigungslos. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind vor einem endgültigen Widerruf nachträgliche Anordnungen und Untersagungen zu erlassen, sofern sie geeignete Maßnahmen darstellen.[124]

XI. Ergebnis

Liegt ein Verstoß gegen die Umweltziele vor, existieren im BImSchG und WHG genehmigungsrechtliche Instrumente um diesem entgegenzuwirken.

120 *Czychowski/Reinhardt,* WHG, 10. Aufl. 2010, § 18 Rn. 19; *Berendes,* WHG-Kurzkommentar, 2010, § 18 Rn. 3.
121 *Czychowski/Reinhardt,* WHG, 10. Aufl. 2010, § 18 Rn. 17.
122 *Jarass,* in: ders., BImSchG, 9. Aufl. 2012, § 17 Rn. 15.
123 *Jarass,* in: ders., BImSchG, 9. Aufl. 2012, § 20 Rn. 10 ff.,16.
124 *Jarass,* in: ders., BImSchG, 9. Aufl. 2012, § 21 Rn. 3, 20.

Olaf Muthorst*

Keine Geltendmachung fehlender eigener Vertretungsmacht

BGB § 177 Die fehlende eigene Vertretungsmacht geltend zu machen, kann nach § 242 BGB ausgeschlossen sein.

Sollte beim Vertragsschluss der Vertragspartner zugleich für sich selbst und den Vertretenen handeln, kann der Vertragspartner gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er sich auf die Nichtigkeit der Vollmacht beruft; in diesem Fall kann er den Vertretenen nicht zur Genehmigung des Vertrages nach § 177 II BGB auffordern.

BGH, Urteil vom 20.07.2012 – V ZR 217/11, NJW 2012, 3424–3426

Sachverhalt

Am 14.10.1991 kaufte K von V mit notariellem Kaufvertrag ein Grundstück. Gleichzeitig wurde die Auflassung erklärt. Bei der Beurkundung war K nicht selbst anwesend, sondern wurde von V vertreten, dem K eine Vollmacht unter Befreiung von § 181 BGB erteilt hatte. K wurde als neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 14.1.2009 machte V geltend, die ihm erteilte Vollmacht habe, was zutrifft, aus einem erst jetzt erkennbaren Grund gegen § 3 RDG verstoßen und sei daher nichtig. K möge sich darüber erklären, ob er an Kaufvertrag und Auflassung festhalten wolle. K reagierte nicht. Als V am 14.12.2009 von K verlangte, die für eine Grundbuchberichtigung notwendigen Erklärungen abzugeben, weigerte K sich und erklärte vorsorglich die Genehmigung von Kaufvertrag und Auflassung. V hält das für zu spät und meint, er könne von K Zustimmung zur Grundbuchberichtigung verlangen.

Problemaufriss

V kann von K Zustimmung zur Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB verlangen,[1] wenn das Grundbuch unrichtig ist, d. h. wenn die im Grundbuch dargestellte Rechtslage nicht mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt.[2] Da im Grundbuch K als Eigentümer eingetra-

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.
1 Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Grundbuchberichtigung oder Rückübereignung bleibt hier außer Betracht, vgl. *Schwab,* JuS 2013, 648 (650); dazu *Sprau,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 812 Rn. 92.
2 *Bassenge,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 894 Rn. 2.

gen ist, ist das Grundbuch unrichtig, wenn K nicht nach §§ 873 I, 925 BGB das Eigentum am Grundstück erworben hat. Das wäre der Fall, wenn K bei der Auflassung nicht wirksam von V vertreten wurde. Einzig problematisch ist hier die Vertretungsmacht des V.

Die „Vollmacht" enthielt zwar die Erlaubnis zum Insichgeschäft nach § 181 BGB – V durfte also an sich für K einen Vertrag mit sich selbst schließen –, sie war aber wegen Verstoßes gegen § 3 RDG nach § 134 BGB nichtig.[3]

Dann liegt an sich ein Fall der Vertretung ohne Vertretungsmacht vor. Das hätte zur Folge, dass die Wirksamkeit des Vertrages (hier: der Auflassung) von der Genehmigung durch den Vertretenen abhängt (§ 177 I BGB); bis dahin ist der Vertrag schwebend unwirksam.[4] Der Vertragspartner kann den Schwebezustand dadurch beenden, dass er – ein Gestaltungsrecht[5] – den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auffordert; dann kann nach § 177 II 1 BGB die Genehmigung nur noch dem Vertragspartner (und nicht mehr dem Vertreter) gegenüber erfolgen und nach S. 2 gilt sie als verweigert, wenn sie nicht innerhalb von zwei Wochen erklärt wird.

Da K auf die Aufforderung des V, sich über die Genehmigung zu erklären, nicht reagiert hat, wäre die Auflassung nach § 177 II 2 BGB endgültig unwirksam geworden. Dieses Ergebnis weckt allerdings Zweifel, wenn man sich vor Augen führt, dass es – weil hier Vertreter und Vertragspartner ein und dieselbe Person sind – das Fehlen der *eigenen* Vertretungsmacht ist, auf das sich V jetzt, nach langer Zeit, berufen will. Die Frage lautet daher, ob § 177 II BGB in dieser Konstellation anwendbar ist.

Zur Entscheidung

Der Bundesgerichtshof verneint das. Es sei V nämlich „nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die Nichtigkeit der Vollmacht zu berufen", und dies habe zur Folge, dass er auch nicht berechtigt gewesen sei, K zu einer Erklärung über die Genehmigung nach § 177 II BGB aufzufordern.[6]

Die Treuwidrigkeit ergebe sich aus einer umfassenden Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls:[7] Die Verträge seien längst abgewickelt, beide Seiten hätten die ihnen obliegenden Leistungen vollständig erbracht und die Vorteile der jeweiligen Gegenleistung genossen, keine Seite habe Anlass gehabt, an der Wirksamkeit der Vollmacht zu zweifeln, und der Schutzzweck von § 3 RDG erfordere die Durchsetzung der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB nicht, da hier der vom Gesetz Geschützte am Vertrag festhalten wolle und weder öffentliche Interessen an der Durchsetzung des § 3 RDG noch ein schutzwürdiges Interesse des V an der Rückabwicklung des Geschäfts erkennbar sei.

Wenn sich der Vertragspartner aber nicht auf die Nichtigkeit der Vollmacht berufen kann, könne er auch keine wirksame Aufforderung nach § 177 II 1 BGB abgeben, weil ihm an einer Genehmigung das rechtliche Interesse fehle.[8] Das Ergebnis überzeugt, nicht aber die Begründung.

(1) Noch angehen mag es, auf der einen Seite die Vollmacht wegen § 3 RDG als nichtig anzusehen, auf der anderen Seite die Nichtdurchsetzung der Nichtigkeitsfolge aber mit dem Schutzzweck dieser Norm für vereinbar zu halten.[9] Denn ob § 3 RDG zur Nichtigkeit der Vollmacht führt, ist typisiert zu beantworten, während im Einzelfall andere Aspekte in den Vordergrund treten können.

(2) Wenn es aber zutrifft, dass sich V auf die Nichtigkeit der Vollmacht nach § 242 BGB nicht berufen kann, dann scheitert das Gestaltungsrecht des § 177 II 1 BGB nicht erst an einem fehlenden rechtlichen Interesse, sondern es fehlt bereits die Gestaltungslage: V muss K als wirksam vertreten behandeln, kann sich gerade nicht darauf berufen, selbst als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt zu haben. Aus seiner Sicht würde es also an einem Vertragsschluss durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht fehlen.

(3) Das legt den möglicherweise entscheidenden Grund für die Anwendung von § 242 BGB frei: V handelt auf gewisse Weise widersprüchlich, wenn er zunächst selbst von der „Vollmacht" des K Gebrauch macht, also Willenserklärungen abgibt, die K zugerechnet werden sollen, sich dann aber wie ein außenstehender Vertragspartner benimmt, die Zurechnung wegen fehlender eigener Vertretungsmacht in Zweifel zieht und K mit § 177 II BGB zur Beseitigung des Schwebezustandes zwingen will. V, der selbst als Vertreter gehandelt hat, steht nicht im persönlichen Schutzbereich von § 177 II BGB, sondern im Verhältnis zu V muss es dabei bleiben, dass die Vertretung ohne Vertretungsmacht zu einem gesetzlich nicht befristeten Schwebezustand führt.[10]

3 Dazu kritisch *Schilken,* in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, § 167 Rn. 35 a.E. Auch eine Rechtsscheinsvollmacht scheidet aus (BGH NJW 2012, 3424 Rn. 13), zumal sich hier nicht der Vertretene, sondern der Vertreter bzw. Vertragspartner auf die fehlende Vertretungsmacht beruft.

4 RGZ 103, 295 (303); *Ellenberger,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 177 Rn. 5; *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 2011, Rn. 1605; *Medicus,* Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 976; *Wolf/Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 3.

5 *Bork,* BGB AT, 3. Aufl. 2011, Rn. 1611.

6 BGH NJW 2012, 3424 Rn. 15 = JuS 2013, 648 ff. (*Schwab*) = JA 2013, 143 ff. (*Stadler*).

7 BGH NJW 2012, 3424 Rn. 17 f.; vgl. BGH NJW 2010, 289 Rn. 21.

8 BGH NJW 2012, 3424 Rn. 19.

9 Kritisch dazu *Stadler,* JA 2013, 143 (145 f.).

10 Vgl. BGHZ 145, 44 (48).

(4) Eine davon zu trennende und möglicherweise zu bejahende Frage ist, ob V einen Anspruch auf die Genehmigung des schwebend unwirksamen Vertrages gegen K hat, und zwar aus dem der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Innenverhältnis.[11] Diese Wertung erscheint transparenter gegenüber der vom Bundesgerichtshof erwogenen Möglichkeit, auch K könne sich nach § 242 BGB nicht auf die Nichtigkeit der Vollmacht berufen.[12]

(5) Umgekehrt könnte man aber auch überlegen, ob nicht K längst den Vertrag genehmigt hat.[13] Vor der Aufforderung des V vom 14.1. dürfte es zwar an einem Erklärungsbewusstsein fehlen. Eine Genehmigung könnte aber im Schweigen auf diese Aufforderung liegen[14], wenn K aus dem Innenverhältnis verpflichtet war, seinen abweichenden Willen mitzuteilen, falls er die Rückabwicklung gewollt hätte. Das würde V die Möglichkeit belassen, den Schwebezustand zu beenden, Untätigkeit des K würde sich aber (anders als nach § 177 II 2 BGB) zugunsten des lange vollzogenen Vertrages auswirken.

11 Dazu *Bork,* BGB AT, 3. Aufl. 2011, Rn. 1610 und 1637.
12 So BGH NJW 2012, 3424 Rn. 19. Dazu *Wolf/Neuner,* BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 5.
13 Etwa RGZ 103, 295 (303).
14 Vgl. *Schilken,* in: Staudinger, BGB, Neub. 2009, § 177 Rn. 10; enger *Bork,* Rn. 1606; jeweils auch zu der umstrittenen Frage, ob die Genehmigung der Form des § 311b I BGB bedarf, dazu ferner *Medicus,* BGB AT, 10. Aufl. 2010, Rn. 976; *Wolf/Neuner,* BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 51 Rn. 6 f.

Olaf Muthorst*

Rechtsgrundlose Leistung an Zessionar

BGB § 812 Grundsätzlich kein Bereicherungsanspruch gegen Zessionar.

Leistet der Schuldner auf einen abgetretenen Anspruch, der nicht oder nicht in diesem Umfang besteht, an den Zessionar, hat er gegen den Zessionar keinen Bereicherungsanspruch, sondern muss sich grundsätzlich an den Zedenten halten.

BGH, Urteil vom 06.07.2012 – V ZR 268/11, NJW 2012, 3373–3374

Sachverhalt

S stellte sein Fahrzeug auf einer als Privatgrundstück gekennzeichneten Fläche ab. Der Besitzer dieses Grundstücks, der G, beauftragte den Abschleppunternehmer Z, das Fahrzeug des S zu entfernen, und trat alle Schadensersatzansprüche gegen S an Z ab. Z setzte das Fahrzeug um und teilte S den neuen Standort erst mit, nachdem S die zunächst dem G in Rechnung gestellten Abschleppkosten bezahlt hatte. Da S diese Kosten für überhöht hält, klagt er gegen Z auf Rückzahlung des überhöhten Teils.

Problemaufriss

Wer unbefugt auf einem fremden Grundstück parkt, begeht eine verbotene Eigenmacht (§ 858 I BGB).[1] Sie verpflichtet zum Schadensersatz (§§ 823 II i. V. m. 858 I BGB).[2] Der Besitzer kann nach dem Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 I BGB) Befreiung von den Abschleppkosten verlangen, soweit sie notwendig gewesen sind, um sich der verbotenen Eigenmacht durch Selbsthilfe (§ 859 BGB) zu erwehren.[3]

Wird ein Befreiungsanspruch an den Gläubiger desjenigen Anspruchs, von dem Befreiung zu leisten ist, abgetreten (an Dritte ist der Anspruch ohnehin nicht abtretbar, § 399 Fall 1 BGB), ändert er seinen Inhalt: Vom Schuldner kann nun unmittelbar Erfüllung desjenigen Anspruchs, von dem Befreiung zu leisten ist, verlangt werden. Ist von einem Zahlungsanspruch Befreiung zu leisten, hat die Abtretung also zur Folge, dass der Schuldner jetzt Zahlung an den Zessionar, also den neuen Gläubiger, schuldet.[4]

Das bedeutet für diesen Fall: Indem S sein Fahrzeug auf dem Grundstück des G abstellte, beging er eine ver-

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.
1 BGHZ 181, 233 = NJW 2009, 2530 Rn. 13; *Joost,* in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, § 858 Rn. 5; *Bassenge,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 858 Rn. 3.
2 BGHZ 114, 305 (313 f.) = NJW 1991, 2420; BGHZ 181, 233 = NJW 2009, 2530 Rn. 15; BGH NJW 2012, 528 Rn. 6; *Joost,* in: MüKo, BGB, 6. Aufl. 2013, vor § 854 Rn. 14; *Bassenge,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 858 Rn. 1.
3 Vgl. BGHZ 181, 233 = NJW 2009, 2530 Rn. 16 ff., zur Abgrenzung Rn. 20 f.; ferner BGH NJW 2012, 528 Rn. 7 ff., 11 f.; zu weiteren Anspruchsgrundlagen *Lorenz,* Privates Abschleppen – Besitzschutz oder „Abzocke"?, JuS 2009, 1025 ff.; *Schwarz/Ernst,* Ansprüche des Grundstücksbesitzers gegen „Falschparker", NJW 1997, 2550 ff.; *Janssen,* Abschleppen im bürgerlichen Recht, NJW 1995, 624 ff.
4 BGHZ 189, 45 = NJW 2011, 2351 Rn. 14; *Grüneberg,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 399 Rn. 4.

botene Eigenmacht. S war verpflichtet, G von den notwendigen Abschleppkosten gegenüber dem Abschleppunternehmer Z zu befreien. Da G diesen auf Befreiung gerichteten Schadensersatzanspruch an Z abtrat, war S verpflichtet, an den Z die notwendigen Abschleppkosten zu zahlen.

Wenn S, um sein Fahrzeug zurück zu bekommen, überhöhte Abschleppkosten an Z zahlen musste, stellt sich die Frage, ob S diesen Betrag von Z nach § 812 I 1 Fall 1 BGB zurückverlangen kann, weil durch die Zahlung des S der Z insoweit durch eine Leistung des S ohne Rechtsgrund bereichert ist. Andernfalls müsste S diesen Betrag nach § 812 I 1 Fall 1 BGB von G zurückverlangen, *als ob* S direkt an G und dieser an Z gezahlt hätte; dann aber wäre Z weder durch Leistung *des S* noch in sonstiger Weise bereichert und S hätte gegen Z keinen Bereicherungsanspruch.

Zur Entscheidung

Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, wie man ein Mehrpersonenverhältnis bereicherungsrechtlich behandelt. Der Rechtsprechung kommt es dabei darauf an, dass niemandem fremde Entreicherungs-/Insolvenzrisiken aufgebürdet oder eigene Einwendungen abgeschnitten werden und jeder darauf vertrauen kann, bei Wirksamkeit der eigenen Leistungsbeziehung das Erlangte behalten zu dürfen und nicht in fremden Streit hineingezogen zu werden.[5]

Die Erfüllung einer wirksam abgetretenen Forderung beim Zessionar wird in Anwendung dieser Grundsätze stets so behandelt, als ob der Schuldner an den Zedenten, also den bisherigen Gläubiger, geleistet hätte. Das ist auf den ersten Blick merkwürdig, denn der Zedent ist ja in keinem Fall (mehr) Inhaber der Forderung.[6] Das Ziel dieser Lösung ist aber, dass es für die Risikoverteilung keine Rolle spielt, ob der Schuldner beim ursprünglichen Gläubiger erfüllt und dieser das Erlangte an den Dritten weiterreicht oder ob der ursprüngliche Gläubiger seinen Anspruch an den Dritten abtritt und der Schuldner direkt bei diesem erfüllt. In beiden Fällen muss der Zessionar das Erlangte nur an den Zedenten herausgeben und der Schuldner sich an diesen halten.[7] Der Streit um eine Rückforderung des Geleisteten wird also zwischen Schuldner und Zedent ausgetragen, so dass der Schuldner das Insolvenzrisiko des Zedenten trägt und der Zessionar sich aus dem Streit um die Einwendungen des Schuldners heraushalten kann. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Zessionar den Schuldner mit großer Intensität zu einer (Zuviel-)Zahlung drängt: Dann veranlasst der Zessionar selbst die Überzahlung, verursacht selbst den Streit um die Rückforderung und muss sich dann auch selbst gegen die Rückforderung durch den Schuldner verteidigen.[8]

An diesen Grundsätzen hält der Bundesgerichtshof auch hier fest:[9] S hat keinen Anspruch gegen Z, sondern muss Herausgabe von G verlangen.[10] Vom Vertrag zwischen G und Z hängt dann ab, ob G seinerseits einen Anspruch gegen Z hat.

Für dieses Ergebnis spricht bereits, dass S auf die Auswahl des Abschleppunternehmers überhaupt keinen Einfluss hatte und deshalb nicht S, sondern G das Insolvenzrisiko des Z tragen sollte.[11] Dagegen kann man nicht anführen, dass S sich über die bereicherungsrechtlichen Folgen des Falschparkens keine Gedanken gemacht haben wird, also das Grundstück des G nicht unter dem Aspekt ausgesucht haben wird, er wolle gerade dessen Insolvenzrisiko und kein anderes tragen.[12] Dass S das Insolvenzrisiko des G trägt, ist vielmehr nur die Kehrseite der von ihm gegenüber G begangenen verbotenen Eigenmacht.

Vor allem aber kann sich Z darauf verlassen, die aus dem Vertrag mit G zu beanspruchende Vergütung nur dann herausgeben zu müssen, wenn er sie im Verhältnis zu G ohne Rechtsgrund erlangt, und dann gegen G die entsprechenden Gegenrechte zu haben. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich daran nur aufgrund der Abtretung etwas ändern sollte.

Schließlich: Indem Z sein vermeintliches Zurückbehaltungsrecht ausübte, also S den Fahrzeugstandort erst mitteilte, nachdem S die Abschleppkosten (über)zahlt hatte, hat Z auch keinen neuen Streit verursacht, denn dabei hielt sich Z in den Grenzen dessen, wozu G den Z beauftragt hatte.[13]

5 Zu Einzelheiten instruktiv *Lorenz,* Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen, JuS 2003, 729 ff. und 839 ff.; grundlegend BGHZ 105, 365 = NJW 1989, 900; BGHZ 122, 46 = NJW 1993, 1578; NJW 2005, 1369 (1369 f.); kritisch *Flume,* Der Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen, AcP 199 (1999), 1 (18 ff.); zuletzt *Schall,* Abrüstung der Bereicherungsdogmatik im Dreipersonenverhältnis, JZ 2013, 753 ff.

6 Kritisch auch *Mäsch,* JuS 2013, 356 (358); *Schall,* JZ 2013, 753 (756 ff.).

7 *Lorenz,* JuS 2003, 729/839 (842).

8 BGH NJW 1997, 461 (464); NJW 2006, 1731 Rn. 13.

9 BGH NJW 2012, 3373 Rn. 6 f. = JuS 2013, 356 ff. (*Mäsch*) = zfs 2012, 613 ff. (*Diehl*).

10 BGH NJW 2012, 3373 Rn. 6 f.; anders *Mäsch,* JuS 2013, 356 (358); *Staake,* LMK 2012, 340107, die jeweils eine Leistung an den Zessionar annehmen.

11 BGH NJW 2012, 3373 Rn. 7.

12 So aber *Mäsch,* JuS 2013, 356 (358).

13 BGH NJW 2012, 3373 Rn. 10.

Stefanie Kemme*

Betrug – Täuschung über Kommunikationsabsicht durch „Ping"-Anrufe

StGB § 263 I

Das automatisierte, kurzzeitige Anklingeln-Lassen von Mobiltelefonen in der Absicht, den Angerufenen zu einem Rückruf auf eine kostenpflichtige Mehrwertdienstenummer zu veranlassen, stellt eine Täuschung über die Kommunikationsabsicht dar und ist bei täuschungsbedingtem Rückruf als Betrug strafbar.

LG Osnabrück, Urteil vom 06.03.2013 – 10 KLs 38/09

Sachverhalt

Der Angeklagte A mietete eine Mehrwertdienstenummer mit der Vorwahl „0137-xxx". Der Anruf dieser Nummer, der je nach Netz mindestens 0,98 Euro kostete, führte zum Abspielen einer Bandansage: „Ihr Anruf wurde gezählt." Der Betrag wurde vom Mobilfunknetzbetreiber des Anrufers eingezogen, zu einem kleineren Teil an weitere, in die Abwicklung eingebundene Telekommunikationsunternehmen abgeführt und im Übrigen an A ausgekehrt. Um die Anzahl der Anrufer zu steigern, programmierte A eine Software, die bei einer großen Zahl von Handy-Nutzern anruft, die Verbindung nach dem ersten Klingeln des Mobiltelefons abbricht und als Nummer des Anrufers die Mehrwertdienstenummer „0137-xxx" anzeigt. In einer einzigen Aktion generierte die Software über eine Million Ping-Anrufe. Auch wenn die meisten der angerufenen Mobilfunknutzer von einem Rückruf absahen, erhielt K über 660.000 Anrufe auf die Mehrwertdienstenummer.

Problemaufriss

Im Wirtschaftsverkehr wie auch im Alltag sind zahlreiche Formen sozialer Kontakte mit mehr oder weniger verdeckten Kosten verbunden. Gehen solche Kontakte mit mehrdeutigen Angaben über die Kostenpflicht oder über den Sinn des Kontaktversuchs einher, kommt eine Strafbarkeit wegen Betrugs in Betracht.[1] Gängige Beispiele betreffen etwa Abofallen im Internet mit scheinbar kostenlos bereitgehaltenen Inhalten[2] oder die Versendung von Scheinrechnungen über vermeintlich bereits erbrachte Leistungen, die sich bei genauerem Hinsehen als Angebot auf Abschluss eines wirtschaftlich wertlosen Vertrags entpuppen.[3] Auch wenn solche Angebote im Kleingedruckten auf die Kostenpflicht zutreffend hinweisen, entscheidet der Gesamteindruck des Erklärungsgehalts darüber, ob eine konkludente Täuschung über die Kostenpflicht vorliegt.[4] Bei dem sog. „Anpingen" ergeben sich Schwierigkeiten bei der Auslegung des Erklärungsgehalts dadurch, dass sich der soziale Kontakt auf einen nach dem ersten Klingeln abgebrochenen Telefonanruf beschränkt. Nachdem das LG Osnabrück zunächst die Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Begründung abgelehnt hatte, es fehle beim Anpingen an einer Täuschungshandlung,[5] ordnete das OLG Oldenburg Ping-Anrufe als betrugsrelevante Täuschung des Angerufenen ein und eröffnete auf die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft das Hauptverfahren vor dem LG Osnabrück.[6]

Zur Entscheidung

Der objektive Tatbestand des Betrugs setzt eine Täuschung über Tatsachen, einen dadurch hervorgerufenen Irrtum, eine Vermögensverfügung des Irrenden und einen Vermögensschaden voraus. Das Anpingen ist mit keiner ausdrücklichen Erklärung verbunden, kann aber eine konkludente Täuschung darstellen. Eine solche konkludente Täuschung liegt vor, wenn einer Handlung nach der Verkehrsanschauung ein bestimmter Erklärungsgehalt zukommt. Die wesentliche Frage ist also, wie der Verkehr einen kurzzeitigen Anruf auf ein Mobiltelefon einordnet. Gegen einen bestimmten Informationsgehalt spricht, dass Anrufer, die ein ernsthaftes Anliegen verfolgen, in der Regel häufiger als nur einmal klingeln lassen. Ein vorzeitiges Abbrechen des Anrufs könnte sich deshalb so deuten lassen, dass der Anrufer sich offenbar verwählt hat.[7] Andererseits nehmen viele

* Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität Hamburg.

1 Zusammenstellung gängiger Formen suggestiver Irrtumserregungen bei *Erb,* Gängige Formen suggestiver Irrtumserregung als betrugsrelevante Täuschungen, ZIS 2011, 368 ff.

2 OLG Frankfurt NJW 2011, 398–404; LG Hamburg CR 2012, 544–547: Download vermeintlich kostenloser Software.

3 BGH NStZ-RR 2004, 110–111: Anschein einer amtlichen Rechnung für vorangegangene Eintragungen der Adressaten in das Handelsregister durch sog. „Angebotsrechnung"; regelmäßig keine Täuschung hingegen bei rechtsmissbräuchlichen Abmahnungen wegen vermeintlicher Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht (UWG) im Internet, vgl. OLG Köln GRUR-RR 2013, 341.

4 *Fischer,* StGB, 60. Aufl. 2013, § 263 Rn. 28 m. w. N., auch zu restriktiveren Ansichten in der Literatur.

5 LG Osnabrück vom 26.05.2010 –10 KLs 38/09.

6 OLG Oldenburg MMR 2010,791–792.

7 So etwa LG Osnabrück vom 26.05.2010 – 10 KLs 38/09, zusammengefasst bei *Eiden,* Wenn das Handy einmal klingelt. Zur Strafbarkeit von „Ping-Anrufen", JURA 2011, 863 f.

Mobilfunkteilnehmer nicht wahr, wie häufig ein Anrufer das Telefon hat klingeln lassen. Vielmehr gehen Mobilfunknutzer, die einen Anruf aus unterschiedlichen Gründen nicht wahrgenommen haben, davon aus, dass mit auf dem Mobilfunkgerät angezeigten „Anruf in Abwesenheit" eine Absicht des Anrufenden zur Kommunikation verbunden war.[8] Die besseren Gründe dürften deshalb dafür sprechen, dass ein eingehender Anruf die konkludente Erklärung beinhaltet, der Anrufer wolle ernsthaft kommunizieren.[9] Dass viele der Angerufenen anhand der Vorwahl der Mehrwertnummer den Lockvogelcharakter des Anrufs erkennen und der Irrtum also vermeidbar ist, schließt die Täuschungshandlung nicht aus.

Unterliegt der Angerufene einem entsprechenden Irrtum und wählt er die Mehrwertdienste an, stellt dieser Anruf wegen der damit verbundenen Kostenpflicht eine Vermögensverfügung dar. Da die für den Anrufenden wertlose Ansage „Ihr Anruf wird gezählt" die Kosten des Anrufs nicht ausgleicht, liegt jedenfalls nach Abbuchung des Entgelts ein Schaden vor.[10]

Subjektiv verwirklichte A den objektiven Tatbestand vorsätzlich. Die für den subjektiven Tatbestand des Betrugs darüber hinaus erforderliche Absicht rechtswidriger Bereicherung setzt voraus, dass der erstrebte Vorteil unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Verfügung ist, sog. Stoffgleichheit.[11] Dieser Stoffgleichheit könnte die Tatsache entgegenstehen, dass die Zahlungen über mehrere Telekommunikationsunternehmen weitergeleitet und nur zu einem Teil an A ausgezahlt werden. Das LG Osnabrück stellt maßgeblich darauf ab, dass der zu A gelangende Teil von vorne herein über die feststehende Zahlungskette an A fließen sollte und nimmt deshalb die Absicht einer stoffgleichen Bereicherung an.[12] Aber selbst wenn man lediglich die Zahlung des Verfügenden an das erste Telekommunikationsunternehmen als stoffgleiche Bereicherung ansieht, erstrebt der Täter – ähnlich wie beim Betrug durch Provisionsvertreter – die Bereicherung des Unternehmens als notwendiges Zwischenziel für eine anschließende Auszahlung an sich. Der Täter handelt dann mit Drittbereicherungsabsicht.

Als Regelbeispiel, das nach § 263 III StGB einen besonders schweren Betrug begründet, kommt eine gewerbsmäßige Begehung nach § 263 III 2 Nr. 1 StGB in Betracht, die allerdings die Absicht einer laufenden Einnahmequelle aus einer wiederholten Tatbegehung voraussetzt.[13] Daran fehlt es, wenn der Täter von vorne herein die Versendung wenn auch zahlreicher Ping-Anrufe in einer einzigen Aktion plant.[14] Ein Vermögensverlust großen Ausmaßes nach § 263 III 2 Nr. 2 1. Var. StGB erfordert im systematischen Vergleich zu § 263 III 2 Nr. 2 2. Var. StGB einen erheblichen individuellen Schaden einer einzelnen Person. Die Summierung von Einzelschäden vieler Personen zu einem Gesamtschaden reicht hingegen nicht.[15]

Verursacht der Täter die zahlreichen Ping-Anrufe computergestützt in einer einzigen Aktion, handelt es sich schließlich trotz der Vielzahl der Rückrufe um eine einheitliche Tat, die zugleich auch die lediglich versuchten Fälle ohne Rückruf mit abdeckt.[16]

8 Das OLG Oldenburg setzt demgegenüber das einmalige Klingeln des Telefons mit dem einmaligen Klingeln an der Haustür gleich, OLG Oldenburg MMR 2010,791–792; zu Recht kritisch insoweit *Eiden,* JURA 2011, 863 (865 f.).

9 So nunmehr LG Osnabrück vom 06.03.2013 – 10 KLs 38/09, Rn. 96 ff. Daneben kommen weitere Anknüpfungspunkte für einen Irrtum in Betracht. So kann der Täter durch die Übermittlung der Mehrwertdienstenummer darüber täuschen, von welcher Rufnummer aus der Anruf getätigt worden ist (*Ellbogen/Erfurth,* Strafrechtliche Folgen von Ping- oder Lockanrufen auf Mobiltelefone, CR 2008, 635) oder welche Kosten der Rückruf verursacht (*Seidl,* jurisPR-ITR 20/2010 Anm. 3). Solche Täuschungen liegen vor allem dann nahe, wenn der Täter durch die Gestaltung der Mehrwertdienstenummer den Eindruck einer Nummer mit der Vorwahl „0173" erwecken will, vgl. LG Osnabrück vom 06.03.2013 – 10 KLs 38/09, Rn. 99.

10 Bei sog. prepaid-Verträgen, bei denen ein bestehendes Guthaben mit dem Anruf verbraucht wird, tritt mit dem Anruf ein Schaden ein. Wird bei sog. postpaid-Verträgen der Anruf auf der Mehrwertdienstenummer erst nachträglich in Rechnung gestellt, könnte der automatische weitere Verlauf einer überhöhten Rechnung eine schadensgleiche Vermögensgefährdung bereits zum Zeitpunkt des Rückrufs begründen, *Eiden,* JURA 2011, 863, 867 f.; ebenso für Abo-Fallen im Internet *Erb,* ZIS 2011, 368, 370.

11 *Fischer,* StGB, 60. Aufl. 2013, § 263 Rn. 187.

12 LG Osnabrück vom 06.03.2013 – 10 KLs 38/09, Rn. 107; a. A. *Erb,* ZIS 2011, 368 (370).

13 *Fischer,* StGB, 60. Aufl. 2013, Vor § 52 Rn. 62.

14 LG Osnabrück vom 06.03.2013 – 10 KLs 38/09, Rn. 112; in diesem Fall scheidet auch eine fortgesetzte Begehung nach § 263 III 2 Nr. 1 2. Var. StGB und nach § 263 III 2 Nr. 2 2. Var. StGB aus.

15 LG Osnabrück vom 06.03.2013 – 10 KLs 38/09, Rn. 113; BGH NJW 2011, 1825 (1827).

16 LG Osnabrück vom 06.03.2013 – 10 KLs 38/09, Rn. 108 f.

Stefanie Kemme*

Strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Jugendlichen

JGG § 3

Aus dem Erfordernis des § 3 S. 1 JGG, die entwicklungsbedingte Handlungsreife in Bezug auf die konkrete Rechtsgutsverletzung positiv feststellen zu müssen, folgt nicht, dass eine entsprechende Annahme nur noch dann getroffen werden kann, wenn keine reifebedingten Einschränkungen vorliegen.

BGH, Urteil vom 13.12.2012 – 4 StR 271/12, NStZ 2013, 286–287

Sachverhalt

Die miteinander befreundeten Angekl. H und J waren gemeinsam auf dem Heimweg, der sie über eine Autobahnbrücke führte. Kurz vor Beginn der Brücke standen mehrere mit Bauschutt gefüllte Eimer. J nahm einen dieser Eimer an sich und ging zusammen mit H bis zur Mitte der Brücke. Dort ließ sich H den Eimer von J geben. Anschließend gab er den Eimer dem J zurück. Nach einer Äußerung des H warf J den Eimer über das Brückengeländer auf die zu diesem Zeitpunkt „nicht übermäßig" befahrene Autobahn. Der noch weitgehend gefüllte Eimer durchschlug die Frontscheibe des Pkw des Nebenkl., der mit 100–120 km/h auf dem mittleren Fahrstreifen fuhr. Bauschutt und Teile des Eimers wurden in das Wageninnere geschleudert. Ein keilförmiges, etwa 20 cm langes Teil des Eimers blieb wie ein Wurfgeschoss in der Abdichtung des Fensters der Fahrertür stecken. Der von dem Eimerwurf überraschte Nebenkl. erlitt multiple oberflächliche Schürfwunden. Er vermochte sein Fahrzeug kontrolliert auf dem Standstreifen zum Stehen zu bringen; an seinem Pkw entstand ein Sachschaden in Höhe von 5500 €. Beide Angekl. liefen auf getrennten Wegen davon.

Das LG hat den zur Tatzeit 16 Jahre und 10 Monate alten J vom Vorwurf des versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr freigesprochen, weil es bei ihm die erforderliche strafrechtliche Verantwortlichkeit gemäß § 3 S. 1 JGG nicht festzustellen vermochte und eine Unterbringung nach § 63 StGB nicht in Betracht kam. Die hiergegen eingelegte Revision der StA hatte mit der Sachrüge Erfolg.

Problemaufriss

Nach § 3 S. 1 JGG ist ein Jugendlicher strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Der BGH befand im vorliegenden Fall, der Freispruch des Angekl. J sei aufzuheben, da die Verneinung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des LG rechtlicher Überprüfung nicht standhalte. Die Strafmündigkeitsentscheidung zeichnet sich durch eine besondere Schwierigkeit aus. Während die Schuldunfähigkeit bei Kindern unwiderleglich (absolute Strafunmündigkeit, § 19 StGB) und bei Erwachsenen widerleglich vermutet wird (Strafmündigkeit), ordnet § 3 S. 1 JGG an, dass sie bei Jugendlichen positiv festzustellen ist (relative Strafmündigkeit).[1] Damit ist das Problem kurz umrissen: Welche Erwägungen hat ein Gericht zu treffen, wenn es einen Jugendlichen für strafrechtlich nicht verantwortlich befindet?

Die Entscheidung

Die Feststellung der Reife erfordert das Vorliegen von Einsichts- und Handlungsfähigkeit i.S.v Steuerungsfähigkeit. Einsichtsfähigkeit setzt wiederum Verstandesreife (kognitive Reife) und sittliche (ethische) Reife voraus. Nach Anforderung eines Sachverständigengutachtens kam das LG zu der Auffassung, die erforderliche Einsichtsfähigkeit des J habe vorgelegen, d. h. J habe den Unrechtscharakter der konkreten Handlung zutreffend beurteilen können. Hingegen, so das Gutachten, habe J nicht über das bei Jugendlichen mit durchschnittlichem Entwicklungsstand zu fordernde Hemmungsvermögen verfügt und seine Handlungsfähigkeit sei deshalb eingeschränkt gewesen. Handlungsfähigkeit erfordert die Feststellung, ob der Jugendliche nach erfolgter Einsicht in das Unrecht der Tat auch in der Lage war, danach zu handeln.[2] Als Grund führte das LG im Wesentlichen eine Persönlichkeitsentwicklungsstörung auf, welche sich vermutlich auf dem Boden einer sozialen Bindungsstörung im Kindesalter entwickelt habe und sich unter anderem in erheblichen Schwächen im auditiven Verständnis und im Bereich der sprachlichen Verarbeitungsgeschwindigkeit sowie in einer Neigung zur Unterordnung zeige. Die positive Feststellung der Handlungsfähigkeit sei nicht

* Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität Hamburg.

1 *Altenhain/Laue,* in: MüKo, JGG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 1.
2 *Remschmidt/Rössner,* in: HK-JGG, § 3 Rn. 27.

mehr möglich, wenn, wie hier, die Handlungsfähigkeit beschränkt gewesen sei.

Der BGH erwiderte hierauf, dass diese Ausführungen in solcher Allgemeinheit nicht zutreffen, denn „sie lassen besorgen, dass das LG allein in der Feststellung von entwicklungsbedingten Einschränkungen der Handlungsreife ein Hindernis für die Annahme einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach § 3 S. 1 JGG gesehen habe".[3]

Zutreffend ist, dass es Fälle geben kann, in denen der Jugendliche zwar über die erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügt, aber auf Grund emotionaler Beeinträchtigungen, triebhafter Impulse oder starker Abhängigkeit von anderen Personen Einschränkungen in seiner Steuerungsfähigkeit in der aktuellen Situation aufweisen kann.[4] Dabei geht es um Abhängigkeiten des Jugendlichen von älteren Personen oder Autoritätspersonen, der Peer-Group oder aber einzelnen Mitgliedern einer gleichaltrigen Gruppe, die eine enthemmende Wirkung haben können oder deren Anerkennung durch den Jugendlichen erstrebt wird.[5] Zwar ist der Entwicklungsstand des Jugendlichen nicht in seiner Allgemeinheit festzustellen, sondern es hat eine individuelle Prüfung der Einsichts- und Handlungsfähigkeit in der konkreten Situation „zur Zeit der Tat" in Bezug auf die konkrete einzelne Rechtsgutsverletzung stattzufinden.[6] Allerdings können, vorausgesetzt diese konkrete Prüfung hat stattgefunden, Einschränkungen der Einsichts- und/oder Handlungsfähigkeit ausreichend sein, um Zweifel an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu begründen. So kann es zutreffend sein, bei eingeschränkter Handlungsfähigkeit die strafrechtliche Verantwortlichkeit zu Gunsten des J zu verneinen. Jedoch hätte das LG die eingeschränkte Handlungsfähigkeit anhand der Tatsituation und der konkreten Rechtsgutsverletzung in seinem Urteil darlegen müssen.

Kritische Würdigung

Allein der Tatrichter hat auf Grundlage seiner Feststellungen zur persönlichen Entwicklung des Jugendlichen, zu dessen Persönlichkeit zur Tatzeit und den Umständen der konkreten Tat – gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe (vgl. § 43 II JGG) – wertend zu beurteilen, ob die erforderliche Verantwortungsreife gegeben ist.[7] Wenn die erforderliche Einsichts- und Handlungsreife nicht positiv festgestellt werden kann, scheidet ein Schuldspruch aus. Bekanntermaßen, wie dieses Urteil eindrücklich unterstreicht, ist die Praxis mit der Feststellung bzw. dem Ausschluss der vorhandenen Reife eines Jugendlichen überfordert, so dass eine Prüfung rechtstatsächlich kaum stattfindet.[8] Die Strafreife nach § 3 S. 1 JGG wird nicht selten nur dann verneint, wenn biologische Befunde oder ein extrem niedriger Intelligenzquotient darauf hinweisen.[9] Und anstelle einer positiven individuellen Feststellung der Reife treten formelhafte Floskeln, die eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Jugendlichen nahezu unterstellen.[10] Auf Grund der überwiegenden Nichtbeachtung des Unterschieds in der Verantwortlichkeitsfeststellung zwischen Jugendlichen und Volljährigen, ist die Überprüfung der Strafmündigkeit durch das LG Hamburg im vorliegen Fall zu begrüßen. Die Prüfung der Reife hat individuell und in allen Fällen zu erfolgen, muss im Urteil in Bezug auf Tatzeitpunkt und Rechtsgutverletzung ausgeführt werden und ist de lege lata nicht verzichtbar, insbesondere im Hinblick auf die unveränderte Beibehaltung des § 3 S. 1 JGG im 1. JGGÄndG.[11] Die Rüge des BGH kommt dabei fast einem „Schlag ins Gesicht" gleich, wird sie die Richterschaft nicht unbedingt ermutigen, mehr Sorgfalt auf die besonderen Erkenntnis- und Begründungsanforderungen der Strafmündigkeitsfeststellung bei Jugendlichen zu legen, zumal sie bei Verwendung der üblichen Formeln nicht Gefahr laufen, gerügt zu werden.

3 BGH, Urteil vom 13.12.2012 – 4 StR 271/12, Rn. 7.
4 *Remschmidt/Rössner,* in: HK-JGG, § 3 Rn. 27.
5 *Brunner/Dölling,* JGG, 12. Aufl. 2011, § 3 Rn. 4b; *Eisenberg,* JGG, 16. Aufl. 2013, § 3 Rn. 24; OLG Hamm NStZ-RR 2007, 123 (124).
6 *Ostendorf,* JGG, 8. Aufl. 2009, § 3 Rn. 5.
7 BGH, Urteil vom 13.12.2012 – 4 StR 271/12, Rn. 8.
8 *Eisenberg,* JGG, 16. Aufl. 2013, § 3 Rn. 4; *Streng,* Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn. 52.
9 *Streng,* Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn. 52.
10 *Remschmidt/Rössner,* in: HK-JGG, § 3 Rn. 1.
11 *Diemer,* in: ders./Schatz/Sonnen, JGG, 6. Aufl. 2011, § 3 Rn. 16.

Ulrike Lembke*

Gleichgeschlechtliche Elternschaft und Schutz der Familie

Art. 6 Abs. 1 und 2 GG Zum verfassungsrechtlichen Schutz von gleichgeschlechtlichen Eltern und von Lebenspartnerschaften mit Kindern sowie zum Recht auf Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner/innen.

1. Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verleiht dem Kind ein Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, verpflichtet den Gesetzgeber aber nicht, die Annahme eines adoptierten Kindes der/des Lebenspartner/in durch den/die andere/n Lebenspartner/in (Sukzessivadoption) zu ermöglichen.

2. Zwei Personen gleichen Geschlechts, die gesetzlich als Elternteile eines Kindes anerkannt sind, sind auch im verfassungsrechtlichen Sinne Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG).

3. Leben eingetragene Lebenspartner/innen mit dem leiblichen oder angenommenen Kind einer/s Lebenspartner/in in sozial-familiärer Gemeinschaft, bilden sie mit diesem eine durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familie.

4. Indem § 9 Abs. 7 LPartG Lebenspartner/innen die Sukzessivadoption verwehrt, wohingegen diese Möglichkeit Ehepartner/innen eröffnet ist und zugleich die Möglichkeit der Stiefkindadoption für eingetragene Lebenspartner/innen besteht, werden sowohl die betroffenen Kinder als auch die betroffenen Lebenspartner/innen in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt (Art. 3 Abs. 1 GG).

BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09

Der Hintergrund der Entscheidung

Seit 2001 können gleichgeschlechtliche Paare ihrem auf Dauer angelegten Zusammenleben in Deutschland auch einen rechtlichen Rahmen geben, indem sie eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründen.[1] Das hierfür erlassene Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG)[2] war hoch umstritten und wurde sofort nach Erlass einer Normenkontrolle durch das BVerfG unterzogen. Dabei stellte das BVerfG zwar fest, dass das LPartG verfassungsmäßig ist und der besondere Schutz der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG nicht durch die Benachteiligung anderer Formen des Zusammenlebens erfolgen muss.[3] Der überaus scharfe Ton der ablehnenden Sondervoten[4] ebenso wie die nachfolgenden rechtspolitischen Debatten zeigten aber, dass die Gleichberechtigung verschieden- und gleichgeschlechtlicher Paare keineswegs juristischer Konsens war. Von den Gegner/innen des LPartG wurde stets betont, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner/innen wie die Offenheit Richtung Familie[5] exklusive Elemente der Ehe seien, die deren Privilegierung erforderten oder zumindest rechtfertigten. Das LPartG enthielt daher zunächst auch verschiedene Benachteiligungen gegenüber der Ehe im Besoldungs-, Versorgungs- und Sozialrecht, im Steuerrecht (Ehegattensplitting[6]) und im Adoptionsrecht. Etliche dieser Benachteiligungen wurden durch die Rechtsprechung beseitigt und die Lebenspartnerschaft immer weiter der Ehe angenähert.[7] Eine Entscheidung zum besonders umstrittenen Adoptionsrecht stand allerdings noch aus.

Mit der Änderung des LPartG 2005 bietet § 9 Abs. 7 LPartG die Möglichkeit, das leibliche Kind der/des Lebenspartner/in zu adoptieren (sog. Stiefkindadoption). Eine gemeinschaftliche Adoption blieb aber ebenso ausgeschlossen wie die Adoption eines Kindes, welches der/die Lebenspartner/in zuvor allein adoptiert hatte (sog. Sukzessivadoption). Der Ausschluss der Sukzessivadoption sollte sicherstellen, dass der Ausschluss der gemeinschaftlichen Adoption nicht umgangen werden kann. 2010 legte das HansOLG Hamburg dem BVerfG die Frage vor, ob dieser Ausschluss der Sukzessivadoption für

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

1 Vgl. hierzu auch *Anja Schmidt,* in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hg.), Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch, 2. Aufl. 2012, S. 213 (225 ff.).

2 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16.02.2001, BGBl. I, S. 266.

3 BVerfGE 105, 313–365.

4 BVerfGE 105, 313 (357 ff. und 360 ff.).

5 Diese Argumentation kann sich als problematisch erweisen. Zum einen beruht die diagnostizierte „fehlende Offenheit Richtung Familie" nicht selten auf dem Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von Möglichkeiten der Familiengründung (reproduktive Technologien, Adoption, Eintrag der Co-Mutter auf der Geburtsurkunde), der selbst wiederum mit dieser fehlenden Offenheit begründet wird – ein klassischer Zirkelschluss. Zum anderen drängt sich die Frage auf, welche Schlussfolgerungen im Hinblick auf die steigende Zahl (gewollt oder ungewollt) kinderloser Ehepaare konsequent zu ziehen wären.

6 Die Ungleichbehandlung von Ehepaaren und Lebenspartner/innen beim sog. Ehegattensplitting wurde von BVerfG vom 07.05.2013, Az. 2 BvR 909/06, 1981/06, 288/07, für verfassungswidrig erklärt und eine rückwirkende Gleichbehandlung für noch nicht bestandskräftige Steuerbescheide angeordnet.

7 BVerfGE 131, 239–267; 126, 400–433; 124, 199–235; EuGH vom 01.04.2008, Rs. C-267/06 (Maruko); EuGH vom 10.05.2011, Rs. C-147/08 (Römer). Grundlegend zur Rechtsprechung *Claus Dieter Classen,* FPR 2010, S. 200–203; *Ute Sacksofsky,* Streit 2011, S. 32–39.

gleichgeschlechtliche Paare im Gegensatz zu verheirateten Paaren nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.[8] Außerdem erhob eine Frau, die das zuvor von ihrer Lebenspartnerin adoptierte Kind, mit dem sie in einem gemeinsamen Haushalt lebten, ebenfalls adoptieren wollte, nach Erschöpfung des Rechtsweges[9] Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG und rügte eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG (Familie).

Die Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG entschied, dass § 9 Abs. 7 LPartG, soweit er keine Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner/innen zulässt, Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Diese Entscheidung ist nicht annähernd so überraschend, wie manche Pressemeldung suggeriert hat. Die Zeiten, in denen gesetzliche Differenzierungen nur am Maßstab eines als Willkürverbot verstandenen Gleichheitssatzes gemessen wurden, sind schon lange vorbei.[10] Die mit der sog. neuen Formel eingeführte Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu einem strengen Prüfprogramm für Art. 3 Abs. 1 GG insbesondere dann geworden, wenn das gewählte Differenzierungsmerkmal in seiner Bedeutung für die Persönlichkeit den in Art. 3 Abs. 3 GG explizit geschützten Merkmalen vergleichbar wird und die Gefahr der Diskriminierung einer Minderheit besteht.[11] Solche Merkmale sind nach der Rechtsprechung des BVerfG bspw. Alter und sexuelle Orientierung bzw. sexuelle Identität.[12] Findet eine gesetzliche Differenzierung anhand dieser Merkmale statt, entspricht die verfassungsgerichtliche Prüfung inzwischen den Maßstäben, die bei einer Differenzierung anhand eines in Art. 3 Abs. 3 GG geschützten Merkmals gelten. Ferner hatte das BVerfG bereits explizit zur Differenzierung zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft entschieden, dass der bloße Verweis auf den besonderen Schutz der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG für sich eine Benachteiligung der Lebenspartnerschaft nicht rechtfertige, sondern hierfür Sachgründe vorliegen müssten.[13]

Einen solchen Sachgrund für die Ungleichbehandlung von adoptierten Kindern eingetragener Lebenspartner/innen gegenüber solchen von Ehepartner/innen, von adoptierten Kindern eingetragener Lebenspartner/innen gegenüber deren leiblichen Kindern, von Lebens- gegenüber Ehepartner/innen allgemein und von Lebenspartner/innen eines Adoptivelternteils gegenüber denen eines leiblichen Elternteils vermochte das BVerfG nicht zu erkennen. Vor allem stelle das Kindeswohl nicht einen solchen Sachgrund dar: „*Behütete Verhältnisse einer eingetragenen Lebenspartnerschaft vermögen das Aufwachsen von Kindern ebenso zu fördern wie die einer Ehe.*“ Die rechtliche Situation von ohnehin faktisch in Lebenspartnerschaften aufwachsenden Kindern werde durch die Sukzessivadoption vielmehr verbessert (Sorge-, Unterhalts- und Erbrecht). Auch die Gefahr, dass durch die Sukzessivadoption der derzeit geltende Ausschluss gemeinschaftlicher Adoption umgangen werde, sei kein Argument, da beide Verfahren sich erheblich unterschieden. Schließlich bekräftigte das BVerfG seine Auffassung, dass der Schutz der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG nicht als solcher die Benachteiligung vergleichbarer Lebensformen rechtfertige, dass es also kein sog. Abstandsgebot der Lebenspartnerschaft zur Ehe gebe.

Andere verfassungsrechtliche Erwägungen, welche die Öffnung der Sukzessivadoption für eingetragene Lebenspartner/innen hätten rechtfertigen können, wurden vom BVerfG verworfen. Zwar verleihe das grundgesetzlich geschützte Kindeswohl dem Kind ein Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung; dies bedeute aber nicht, dass ein Recht auf Sukzessivadoption durch den/die sorgebereite/n Lebenspartner/in bestehe. Ferner könnten zwar auch zwei Personen gleichen Geschlechts Eltern i. S. v. Art. 6 Abs. 2 GG sein, allerdings bestehe aus rein sozial-familiärer Verbundenheit eben keine Elternstellung, diese müsse vom Gesetz verliehen werden oder sich aus Abstammung begründen. Schließlich sei auch das Zusammenleben einer eingetragenen Lebenspartnerschaft mit Kindern als Familie i. S. v. Art. 6 Abs. 1 GG geschützt, doch müsse nicht deshalb für rein soziale Eltern gesetzlich die Möglichkeit der rechtlichen Elternschaft durch Adoption geschaffen werden.

Würdigung der Entscheidung

Die Entscheidung des BVerfG hat weitgehend Zustimmung in der Rechtswissenschaft hervorgerufen,[14] was wohl nicht nur der Ergebung in die letzte Instanz geschuldet ist. Die politischen, religiösen, persönlichen und rechtlichen Argumente für und wider Adoptionsrechte für gleichgeschlechtliche Paare sind in den Massenmedien hinreichend ausgetauscht und sollen hier nicht wiederholt werden. Die nächste Entscheidung des BVerfG

8 Hanseatisches OLG Hamburg vom 22.12.2010, Az. 2 Wx 23/09.

9 AG Münster vom 30.09.2008, Az. 105 XVI 5/08; LG Münster vom 16.03.2009, Az. 05 T 775/08; OLG Hamm vom 01.12.2009, Az. I-15 WX 236/09.

10 Art. 3 Abs. 1 GG als Willkürverbot seit BVerfGE 1, 14–66; Wandel durch BVerfGE 55, 72–95.

11 BVerfGE 97, 169 (180 f.); 88, 87 (96).

12 BVerfGE 124, 199 (220); BVerfG, NJW 2010, 2783 (2784 f.); BVerfG, NJW 1993, 1517.

13 BVerfGE 126, 400 (419); 124, 199 (226). Auch der Beschluss des BVerfG vom 10.08.2009, Az. 1 BvL 15/09, zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Stiefkindadoption nach § 9 Abs. 7 LPartG konnte geneigten Leser/innen schon einige Hinweise liefern.

14 Statt vieler *Frauke Brosius-Gersdorf,* Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft, in:FamFR 2013, S. 169–172; *Inge Kroppenberg,* Unvereinbarkeit des Verbots der sukzessiven Stiefkindadoption durch eingetragene Lebenspartner mit dem Grundgesetz, in: NJW 2013, S. 2161–2163; kritisch zur mangelnden Fokussierung des BVerfG *Philipp Reimer/Matthias Jestaedt,* Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG vom 19.02.2013, in: JZ 2013, S. 468–472.

dürfte die gemeinschaftliche Adoption betreffen, das Ergebnis ist absehbar. Zwar könnte der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Sukzessivadoption auch gleich die gemeinschaftliche Adoption für eingetragene Lebenspartnerschaften ermöglichen oder schlicht die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare öffnen. Doch die derzeitige Regierung hat deutlich gemacht, dass sie keine weitere Verantwortung für die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Paare tragen wolle, sondern sich im Zweifel vom BVerfG zwingen lassen werde. Rechtspolitisch lassen sich verschiedene Positionen vertreten.[15] Umfragen unter der Bevölkerung in Deutschland geben zwischen 52% und 75% Zustimmung für die vollständige Gleichstellung bzw. die Öffnung der Ehe an,[16] während zugleich die Diskriminierung von und Gewalt gegen homosexuelle Personen in allen europäischen Staaten weiterhin ein massives gesellschaftliches Problem darstellt.[17]

Die Problematik der Diskriminierung von sog. Regenbogenfamilien ist daher zu Recht im Fokus rechtspolitischer Diskussionen, eine Verengung familienpolitischer Debatten auf gleichgeschlechtliche Elternschaft dagegen völlig unangebracht, geht es doch um die weitaus größere Neuorientierung von Familienrecht und Familienpolitiken. Der Fortschritt in Medizin und Reproduktionstechnologie, die Globalisierung mit Möglichkeiten der Familiengründung in anderen Ländern, die Aufwertung der Bedeutung genetischer Abstammung und der rasante gesellschaftliche Wandel treffen auf ein Familienrecht (im weiteren Sinne), das diesen Herausforderungen kaum gewachsen ist. Das frühere Leitbild der traditionellen Ehe mit genetisch eigenen, gemeinsamen Kindern wird nicht mehr von der überwältigenden Mehrheit der Bevölkerung gelebt. Dem technologischen, globalen und gesellschaftlichen Wandel steht ein sehr langsamer rechtlicher Wandel gegenüber. Aus dieser Perspektive ist die Entscheidung des BVerfG zu kritisieren, da sie nur begrenzt zukunftsfähig erscheint.

Zwar soll das Geschlecht der Eltern egal sein, doch hat ein Kind kein Recht auf mehr als ein rechtlich anerkanntes Elternteil, selbst wenn weitere sorgebereite Personen in sozial-familiärer Beziehung mit ihm leben, und kann ein Kind nach Ansicht des BVerfG nicht mehr als zwei Eltern haben. Dies erschwert die Lösung von Konflikten, wie sie insbesondere durch das Nebeneinander von rechtlicher (Ehemann) und biologischer (nichtehelicher Vater) Elternschaft in Zeiten des Rechts auf Kenntnis der Abstammung entstehen können – Mehrelternschaft mit abgestuften Rechten wäre hier wohl ein sinnvolleres Konzept. Ferner weist das BVerfG ein denkwürdiges Verständnis von Rechtswirkungen auf, wenn es einerseits die entwicklungspsychologische Bedeutung der rechtlich abgesicherten Elternschaft für das Kind und das Familiengefüge betont, zugleich aber behauptet, der Ausschluss von Adoptionsrechten habe auf die sog. Regenbogenfamilie in ihrem rein tatsächlichen Zusammenleben doch keine Auswirkungen. Insgesamt kann sich das BVerfG nicht dazu durchringen, sozialer Elternschaft einen ernsthaften Stellenwert einzuräumen, was an den aktuellen Bedürfnissen von Kindern und ihren Familien weit vorbeigehen dürfte.

Karlsruhe hat gesprochen, der Streit um das richtige Verständnis von grundrechtlich zu schützenden Lebensformen und Familien sowie um Konzepte für ein zukunftsfähiges Familienrecht ist damit aber noch lange nicht beendet.

15 Vgl. auch die Kontroverse von *Volker Beck/Stephan Mayer,* Volles Adoptionsrecht für Homo-Paare!?, in: DRiZ 2013, S. 128–129. Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare sieht ein Gesetzentwurf der Grünen vor, vgl. BT-Drs. 17/6343, 16/13596. In diesen Ländern gibt es die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare: Argentinien, Belgien, Brasilien, Costa Rica, Dänemark, England, Frankreich, Island, Kanada, Kolumbien, Mexiko-Stadt, Neuseeland, die Niederlande, Norwegen, Portugal, Schweden, Spanien, Südafrika, Uruguay, USA (einige Bundesstaaten), Wales.

16 Vgl. statt vieler http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-02/homo-ehe-befuerworter-umfrage und http://www.ipsos-na.com/download/pr.aspx?id=12794 (24.08.2013).

17 Vgl. die aktuelle Studie der Europäischen Grundrechteagentur (FRA), http://fra.europa.eu/en/publication/2013/eu-lgbt-survey-european-union-lesbian-gay-bisexual-and-transgender-survey-results (24.08.2013).

Ulrike Lembke*

Aufgedrängte ‚Gehsteigberatung' zum Thema Schwangerschaftsabbruch

§§ 1, 3 PolG BW Schutz der Privatsphäre schwangerer Frauen vor aufgedrängten Bildern und Meinungen zum Thema Schwangerschaftsabbruch.

Das an einen privaten Verein gerichtete Verbot, unmittelbar vor einer anerkannten Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle Personen auf eine Schwangerschaftskonfliktsituation anzusprechen und ihnen unaufgefordert Broschüren, Bilder oder Gegenstände zu diesem Thema zu zeigen oder zu überreichen (sog. Gehsteigberatung), kann auch unter Berücksichtigung der Meinungs- und der Glaubensfreiheit gerechtfertigt sein im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht der schwangeren Frauen und das dem Schutz des ungeborenen Lebens dienende Beratungskonzept des Schwangerschaftskonfliktberatungsgesetzes.

BVerwG vom 22.07.2013 – 6 B 3/13; VGH BW vom 11.10.2012 – 1 S 36/12; VGH BW vom 10.06.2011 – 1 S 915/11; VG Freiburg vom 04.03.2011 – 4 K 314/11.

Schwangerschaftsabbruch im deutschen Recht

Die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs ist seit jeher eine besonders umstrittene Materie.[1] Mit dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871 wird die Strafbarkeit der Abtreibung in § 218 RStGB festgelegt. Proteste und Initiativen gegen § 218 RStGB führen Ende der 1920er Jahre zu wesentlichen Milderungen der Strafandrohung und zur Anerkennung der medizinischen Indikation (Gefahr für Leib und Leben der Mutter), welche einen Abbruch rechtfertigen kann. Im Nationalsozialismus werden die Strafen für Schwangerschaftsabbrüche wesentlich verschärft, zugleich aber (Zwangs-) Abtreibungen ‚rassisch oder eugenisch unerwünschten' Nachwuchses straffrei gestellt. Nach 1945 gilt in der BRD die Weimarer Regelung, in der DDR ein restriktives Indikationenmodell. Ab 1972 werden in der DDR Abbrüche in den ersten drei Monaten der Schwangerschaft straffrei gestellt (Fristenregelung), 1974 wählt auch der Bundestag dieses Modell. Das BVerfG hebt die Fristenregelung 1975 auf, wobei es erstmals seine grundrechtliche Schutzpflichtendogmatik entwickelt, in der „das ungeborene Leben" als Rechtssubjekt der „Persönlichkeitsentfaltung" der Schwangeren gegenüber gestellt und ihre grundsätzliche Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft postuliert wird.[2] Das BVerfG akzeptiert aber das Indikationenmodell (Straffreiheit bei Lebens- und schwerer Leibesgefahr für die Schwangere, nach Vergewaltigung, bei schwerer Schädigung des Embryos und bei besonderer sozialer Notlage), welches 1976 Gesetz wird.

Mit der deutschen Einheit gelten Fristenregelung und Indikationenmodell zunächst nebeneinander, dringend muss ein Kompromiss gefunden werden. 1992 beschließt der Bundestag die Straflosigkeit eines Abbruchs in den ersten drei Schwangerschaftsmonaten, wenn der Abbruch von einem Arzt bzw. einer Ärztin vorgenommen wird, die Schwangere in einer Not- und Konfliktlage war und sich mindestens drei Tage vor dem Abbruch professionell hat beraten lassen. Das BVerfG hebt auch dieses Gesetz auf und beharrt auf der grundsätzlichen Austragungspflicht der Schwangeren und der Rechtswidrigkeit jedes nicht indizierten Abbruchs.[3] 1995 tritt ein kombiniertes Fristen- und Indikationenmodell in Kraft, welches vom BVerfG nicht beanstandet wird. Danach ist der Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig, wenn er auf Grund medizinischer oder kriminologischer Indikation vorgenommen wird, und nicht strafbar, wenn er innerhalb der ersten drei Monate vorgenommen wird, die Schwangere sich in einer Not- oder Konfliktlage befindet und sie vor dem Abbruch eine professionelle Beratung in Anspruch genommen hat, welche auf die Fortführung der Schwangerschaft abzielt (vgl. § 219 StGB).[4]

Sachverhalt

In der Stadt Freiburg im Breisgau gibt es eine staatlich anerkannte Beratungsstelle von pro familia, welche auch die Beratungsbescheinigungen ausstellt, ohne die ein straffreier Schwangerschaftsabbruch nicht möglich ist. Ein privater Verein hat es sich zum Ziel gemacht, Schwan-

* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.

1 Zur Geschichte der Regelungen vgl. sehr knapp *Tanja Henking,* Wertungswidersprüche zwischen Embryonenschutzgesetz und den Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs?, 2010, S. 113 ff.; *Jan Seibel,* Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen" Schwangerschaftsabbruchs, 2007, S. 7 ff.

2 BVerfG vom 25.02.1975, BVerfGE 39, 1–95. Differenzierte Analyse und Kritik von *Ute Sacksofsky,* in: Beate Rudolf (Hg.), Geschlecht im Recht, 2009, S. 191–215; klar ablehnend auch *Barbara Duden,* Der Frauenleib als öffentlicher Ort: Vom Missbrauch des Begriffs Leben, 2007.

3 BVerfG vom 28.05.1993, BVerfGE 88, 203-366. Eine spannende Analyse beider Entscheidungen liefert *Christian Stahl,* Bundesverfassungsgericht und Schwangerschaftsabbruch: der Einfluss der Weltanschauung von Bundesverfassungsrichtern auf die Rechtsprechung in weltanschaulichen Fragen, 2004.

4 Zur Wahrnehmung dieser Rechtslage vgl. die Studie von *Barbara Heitzmann,* Rechtsbewusstsein in der Demokratie: Schwangerschaftsabbruch und Rechtsverständnis, 2002.

gerschaftsabbrüche zu verhindern, und führt zu diesem Zweck direkt vor der Beratungsstelle innerhalb von deren Öffnungszeiten sog. Gehsteigberatungen durch. Dabei werden Passant/innen – insbesondere solche, welche die Beratungsstelle aufsuchen – von einem Mitglied des Vereins angesprochen, welches von einer still den Rosekranz betenden Person begleitet wird. Die Ansprache erfolgt häufig durch die Frage: „Sind Sie schwanger?" Die angesprochenen Personen werden inständig gebeten, Schwangerschaftsabbrüche zu unterlassen: „Mama, lass dein Kind leben!", und es werden ihnen Faltblätter in die Hand gedrückt, die Hilfsangebote suggerieren, aufgeklappt jedoch vor allem Bilder blutverschmierter und zerstückelter Föten enthalten, auch werden Plastikembryonen überreicht. Von Protesten der Mitarbeiter/innen der Beratungsstelle bzw. deren Bitte, ihr Anliegen nicht so vor der Beratungsstelle kundzutun, dass Klient/innen nicht ausweichen können, lässt sich der Verein nicht beeindrucken. Daraufhin erlässt die zuständige Behörde der Stadt Freiburg nach vorheriger Anhörung am 16.02.2011 eine für sofort vollziehbar erklärte Verfügung, mit der dem Verein und von ihm beauftragten Personen unter Androhung eines Zwangsgeldes in Höhe von 250 Euro untersagt wird, „im Bereich der gesamten …-Straße, Freiburg i. Br., Personen auf eine Schwangerschaftskonfliktsituation anzusprechen oder ihnen unaufgefordert Broschüren, Bilder oder Gegenstände zu diesem Thema zu zeigen oder zu überreichen, d. h. sogenannte Gehsteigberatungen durchzuführen".

Die Entscheidungen

Das VG Freiburg lehnt den vom Verein gestellten Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung als unbegründet ab und bestätigt die Rechtmäßigkeit des Verbots von sog. Gehsteigberatungen unmittelbar vor der Beratungsstelle. Diese Auffassung teilt auch der VGH Baden-Württemberg im einstweiligen Rechtsschutzverfahren und in seinem Urteil vom 11.10.2012.

Nach Ansicht der Gerichte kann die Untersagungsverfügung auf die polizeiliche Generalklausel nach §§ 1, 3 PolG BW gestützt werden. Das Straßenrecht entfalte keine Sperrwirkung, da es sich bei der sog. Gehsteigberatung nicht um eine straßenrechtliche Sondernutzung, sondern um eine noch im Rahmen des sog. kommunikativen Gemeingebrauchs[5] liegende Nutzung handele.

Die Gerichte gehen übereinstimmend davon aus, dass durch die „Gehsteigberatung" die öffentliche Sicherheit gefährdet ist, indem Rechtsgüter der Einzelnen – hier das allgemeine Persönlichkeitsrecht der angesprochenen Frauen – beeinträchtigt werden. Das nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht dient dem Schutz der engeren persönlichen Lebenssphäre, der umso intensiver ist, je näher das Geschehen dem Intimbereich steht. Eine Schwangerschaft, insbesondere im Frühstadium, sei entweder der Intimsphäre zuzuordnen oder weise eine besondere Nähe zu dieser auf. Der dabei möglicherweise entstehende Schwangerschaftskonflikt (also die Frage einer Abtreibung) sei ein höchstpersönlicher Konflikt, den die Schwangere nicht mit beliebigen Personen erörtern müsse. Die sog. Gehsteigberatung sei kein Hilfsangebot, welches lediglich die Sozialsphäre berühre, sondern ein Versuch der Einflussnahme durch Eindringen in die innerste Gedanken- und Gefühlswelt der Betroffenen. Irritierenderweise spricht der VGH hier mehrfach von einem „Eingriff" in das Persönlichkeitsrecht der angesprochenen Frauen. Ein privater Verein kann aber nicht in ein Grundrecht eingreifen, er kann höchstens grundrechtlich geschützte Rechtsgüter beeinträchtigen. Warum sich der VGH hier so schwer tut, das Polizeirecht als paradigmatische Ausprägung staatlicher Schutzpflichten grundrechtsdogmatisch zutreffend anzuwenden, erschließt sich nicht.

Auch die Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Meinungs- sowie Religionsfreiheit muss nach Ansicht beider Gerichte vorliegend nicht zu Gunsten letzterer ausfallen. Zwar sei die Meinungsfreiheit ein hohes Gut und Schwangerschaftsabbruch ein Thema von besonderem öffentlichem Interesse. Doch sei zum einen kein Verhalten geschützt, mit dem anderen, die nicht ausweichen können, eine bestimmte Meinung aufgezwungen werden solle. Zum anderen sei die Unterlassungsverfügung rechtmäßig, da der Verein an anderen Orten im Stadtgebiet nicht gehindert sei, seine sog. Gehsteigberatung durchzuführen, und auch weiterhin in der Nähe der Beratungsstelle allgemein seine Ansicht zu Schwangerschaftsabbrüchen kundtun könne. Auch schütze die Unterlassungsverfügung das ungeborene Leben, da die untersagte sog. Gehsteigberatung dem auf strikter Vertraulichkeit beruhenden Beratungskonzept des Schwangerschaftskonfliktgesetzes, welches eben diesem Schutz diene, diametral entgegenstehe.

Schließlich prüfen die Gerichte noch, ob die Unterlassungsverfügung auf Grund der polizeirechtlichen Subsidiaritätsklausel (§ 2 Abs. 2 PolG BW) ausgeschlossen ist. Zwar ist Rechtsschutz wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts grundsätzlich vor den ordentlichen Gerichten zu suchen. Allerdings könnte es hier wegen der einmaligen Rechtsgutsbeeinträchtigung am Rechtsschutzinteresse fehlen. Auch wäre es Frauen in einer Schwangerschaftskonfliktsituation nicht zumutbar, sich durch einen solchen Antrag beim Zivilgericht zu offenbaren. Wegen der nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Rechte einer unbestimmten Zahl

5 Seit HmbOVG vom 14.12.1995 - Bf II 1/93, gibt es diese Rechtsfigur auch in Hamburg.

von (mutmaßlich) schwangeren Frauen sei ein behördliches Einschreiten vielmehr im öffentlichen Interesse (§ 1 Abs. 1 PolG BW) geboten.

Das BVerwG weist die Beschwerde des Vereins gegen die Nichtzulassung der Revision zurück. Sehr knapp legt es dar, dass der Ausgleich von Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit hier keine revisible Frage aufwirft, da die Abwägung beider Grundrechtspositionen höchstrichterlich hinreichend geklärt sei. Die Frage, ob ein behördliches Einschreiten auch ohne Veranlassung durch die Betroffenen im öffentlichen Interesse liege, richte sich nach Landesrecht (§ 1 Abs. 1 PolG BW) und sei daher bundesgerichtlich nicht revisibel. Ferner prüft das BVerwG vier vom Verein vorgetragene Verfahrensrügen, die nicht durchgreifen.

Würdigung der Entscheidungen

Der Ausgleich zwischen Meinungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht – welches das Persönliche betrifft, aber auch im öffentlichen Raum gilt – ist den Gerichten in diesem Fall gelungen. Zwar hat die Meinungsfreiheit auf Grund ihrer Demokratiefunktionalität einen besonderen Stellenwert und müssen Meinungsäußerungen mit sehr wenigen Ausnahmen im öffentlichen Raum geduldet werden. Anders stellt sich die Situation aber dar, wenn Meinungen nicht kundgetan, sondern konkreten Personen aufgezwungen werden sollen, die diesen nicht ausweichen können. Darauf hat schon das BVerfG hingewiesen, als es geurteilt hat, dass ein Arzt grundsätzlich nicht gegen Proteste gegen seine Tätigkeit auch bei Schwangerschaftsabbrüchen vorgehen könne: „*Vor dem Hintergrund, dass Art. 5 Abs. 1 GG zwar das Äußern von Meinungen schützt, nicht aber Tätigkeiten, mit denen anderen eine Meinung – mit nötigenden Mitteln – aufgedrängt werden soll, erscheint es nicht ausgeschlossen, auf diesen Gesichtspunkt und die damit verbundene Einmischung in die rechtlich besonders geschützte Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patientin im Einzelfall ein verfassungsrechtlich tragfähiges Verbot von bestimmten Formen von Protestaktionen zu stützen.*“[6] Schon das VG Freiburg hat auf die besondere Verletzlichkeit der eine Schwangerschaftsberatung aufsuchenden Frauen und auf die strikte Vertraulichkeit der Beratung, welche auch dem Schutz des ungeborenen Lebens diene, hingewiesen. Es ließe sich hinzufügen, dass Frauen, die einen Schwangerschaftsabbruch in Erwägung ziehen, eine anerkannte Beratungsstelle aufsuchen müssen, sich also von Gesetzes wegen an einem Ort befinden, an dem sie Abtreibungsgegner/innen nicht ausweichen können.

6 BVerfG vom 08.06.2010 – 1 BvR 1745/06.

Roxin/Schünemann: Strafverfahrensrecht

*Von Florian Nahrwold**

Mittlerweile in der 27. Auflage erscheint dieses von Eduard Kern ins Leben gerufene, von Claus Roxin und jetzt Bernd Schünemann fortgeführte Kurzlehrbuch zum Strafverfahrensrecht. Das Buch umfasst insgesamt 15 Kapitel und folgt dabei einem klassischen Aufbau.

Zunächst werden in einem ersten Teil die Ziele und Aufgaben des Strafverfahrensrechts vor dem verfassungsrechtlichem Hintergrund erklärt. Dabei wird ein Überblick über die Rechtsquellen und den Einfluss des Europarechts auf das Strafverfahrensrecht gegeben.

Im weiteren Verlauf werden die Verfahrensgrundsätze vorgestellt und ihr Einfluss auf den Verlauf des Strafverfahrens erläutert. Sodann stellt der Autor die Stellung und Funktionen der Verfahrensbeteiligten vor, gibt einen Überblick über das Beweisrecht und erklärt den Gang des ordentlichen Strafverfahrens, das Rechtsmittelrecht und die besonderen Verfahrensarten. Im Rahmen seiner Darstellung setzt sich der Autor auch mit aktuellen Entwicklungen im Strafprozessrecht auseinander. Hier ist insbesondere die Verständigung im Strafverfahren (§ 257c StPO) zu nennen, der der Autor besonders kritisch gegenübersteht. Abgerundet wird das Werk mit einem Kapitel über die zukünftigen Entwicklungen des Strafverfahrensrechts. Dabei unterbreitet der Autor eigene Reformvorschläge, die dieser unter anderem in einem Ausbau der Verteidigungsrechte des Beschuldigten sieht.

Das Werk bietet eine umfassende Darstellung des Rechtsgebietes. Es lässt keine Fragen unbeantwortet. Der Autor begnügt sich nicht damit, das Rechtsgebiet und dessen Konkretisierung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung nur wiederzugeben. Vielmehr bezieht er historische, rechtsvergleichende und verfassungsrechtliche Gesichtspunkte in die Darstellung der Strafprozessordnung mit ein. Es werden Stück für Stück alle Bereiche des Strafprozessrechts dargestellt und alle relevanten Streitstände erläutert und kommentiert. Dabei nimmt der Verfasser der gegenüber der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs meist eine recht kritische Haltung ein. Insgesamt zeichnet sich das Werk durch seine sehr gute Leserführung und durch die gelungenen Erläuterungen der Grundkonzeption des Strafverfahrensrechts aus. Vielfach werden die Ausführungen durch vertiefende, oft auch kritische Einschübe ergänzt.

Beeindruckend sind in diesem Zusammenhang auch die zahlreichen Literaturhinweise, die eine weiterführende Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Gegenständen der Kapitel ermöglichen. Zu empfehlen ist es in jedem Fall Studierenden oder Doktoranden, die sich schwerpunktmäßig mit dem Strafprozessrecht beschäftigen. Studenten, die keine Vorkenntnisse über das Strafprozessverfahrensrecht besitzen, dürften sich mit diesem Werk schwer tun. Dafür fehlen Schaubilder zur optischen Unterstützung des Lerneffekts. Ebenso enthält das Werk keine Wiederholungsfragen am Ende der Kapitel. Daher können strafprozessuale Wiederholungsfragen, wie sie im Examen häufig vorkommen, nicht eingeübt werden.

Insgesamt muss das Werk von Roxin/Schünemann als herausragende Darstellung des Strafverfahrensrechts bezeichnet werden.

* Wiss. Mitarbeiter beim Studienmanagement an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg, Koordinator des Hamburger Examenskurses. Besprechung von Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Auflage, München: C.H. Beck 2012, XXV, 568 S., kart., 26,90 €, ISBN: 978-3-406-62597-8.

Reinmar Wolff (Hrsg.): New York Convention

*Von Christian Steger**

I. Die Schiedsgerichtsbarkeit und das UNÜ

Die Schiedsgerichtsbarkeit[1] bietet eine Möglichkeit der Streitbeilegung und eröffnet den Parteien damit bei der Konfliktlösung eine Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit.

Sofern Parteien einen Rechtsstreit im Rahmen eines Schiedsverfahrens klären möchten, ist eine Vereinbarung (die sog. Schiedsvereinbarung bzw. *arbitration clause*) notwendig. Diese findet sich entweder als Klausel im abgeschlossenen (Kauf-) Vertrag oder wird bei Unstimmigkeiten *ad hoc*, also nach Vertragsschluss, vereinbart. Ein wichtiger Effekt der Schiedsvereinbarung ist auch, dass dadurch die staatliche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen wird.[2] Ziel eines Schiedsverfahrens ist die Klärung bzw. Beilegung der Streitfrage, im Zweifel durch eine endgültige Entscheidung des Schiedsgerichts (sog. Schiedsspruch bzw. *arbitral award*).

Im internationalen Geschäftsverkehr, insbesondere in Verträgen zwischen Handelspartnern aus unterschiedlichen Ländern, ist „die Aufnahme einer Schiedsvereinbarung" die Regel geworden[3]: Schätzungen bringen zum Ausdruck, dass 80–90 % der internationalen Handelsverträge eine Schiedsklausel enthalten.[4]

Für die Schiedsgerichtsbarkeit lassen sich im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit verschiedene Vor- und Nachteile anführen. Als Vorteil werden u. a. folgende Aspekte gesehen: Neutralität des Forums/Schiedsgerichts, Expertenwissen der parteibestellten Schiedsrichter, Geheimhaltung, Verfahrensschnelligkeit und Verfahrenskosten. Dazu kommt ein wichtiger Vorteil, der im konkreten Zusammenhang mit dem hier besprochenen Werk steht: die internationale Vollstreckbarkeit der Schiedssprüche. Denn anders als für staatliche Gerichtsurteile existiert für Schiedssprüche mit dem New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (im Folgenden UNÜ)[5] ein internationales Abkommen, das die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen in seinen 149 Vertragsstaaten (!) vereinheitlicht und sicherstellt.

Der Erfolg des UNÜ hat die Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit erheblich beeinflusst; zu Recht wird das UNÜ daher auch als Erfolgsprojekt bezeichnet[6] und gilt als eines der einflussreichsten internationalen Abkommen im Zivilrecht. Auch deshalb sind Kommentare des UNÜ von großer Wichtigkeit und erheblicher Bedeutung.

II. Der UNÜ Kommentar von Wolff und Co.

Der Herausgeber *Wolff* bietet hier zusammen mit neun weiteren Autoren (Christian Boris, Bernd Ehle, Todd J. Fox, Rudolf Hennecke, Angela Kölbl, Christoph Liebscher, David Quinke, Maxi Scherer, Stephan Wilske) die derzeit aktuellste Kommentierung zu den Regelungen des UNÜ. Die Autoren sind zum weit überwiegenden Teil Anwälte.

Das Werk ist dabei im klassischen Stil eines *Civil-Law* Kommentars aufgebaut und bearbeitet Artikel für Artikel. Im Unterschied zu Kommentierungen im Rahmen der gängigen ZPO-Kommentare, beispielsweise *Adlophsen* im Münchener Kommentar, Band 3 Anhang zu § 1061 ZPO oder *Schlosser* im Stein/Jonas, Band 9 Anhang zu § 1061 ZPO, kann sich das hier besprochene Werk ganz auf das UNÜ in seinem internationalen Kontext fokussieren. Das der Kommentar zudem auf Englisch geschrieben wurde, erhöht seinen Nutzen in der anwaltlichen Praxis auch in anderen Ländern und gewährleistet damit eine größere Reichweite.

Zunächst bietet das Werk eine umfangreiche Liste an Gerichtsentscheidungen aus 53 Jurisdiktionen. Auch einige Schiedssprüche finden sich in dieser Sammlung. Diese systematische Auflistung bietet eine Erleichterung bei der Arbeit mit dem UNÜ – sowohl für Wissenschaftler als auch für Praktiker.

* Dipl.-Jur., wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und Doktorand der Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Besprechung von Reinmar Wolff (Hrsg.), New York Convention – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 6 June 1958, Commentary, München u. a.: C.H. Beck/Hart/Nomos 2012, LXIV, 613 S., Leinen, 185 €, ISBN: 978-340-66161-0-5 (Beck).

1 Instruktiv siehe hierzu *Blackaby* et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, 2009, Rn. 1.01.

2 Natürlich im jeweils zulässigen Rahmen, vgl. hierzu *Born,* International Commercial Arbitration, 2009, S. 705 f. und S. 766 f.

3 *Sachs,* New York Convention, in NJW 2013, 519 (519).

4 *Hesse,* Schiedsgerichtsbarkeit in der Investitionsgüterindustrie – eine empirische Untersuchung, in: Briner (Hrsg.), Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert – Festschrift Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, S. 277 (280); *Berger,* Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, RIW 1994, 12 (12).

5 New York Convention, BGBl. 1961 II 121, in Kraft seit 7. Juni 1959, im Folgenden UNÜ; wurde mittlerweile von 149 Staaten unterzeichnet und ratifiziert; zum jeweiligen Status siehe http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html; in der zweiten Hälfte des Jahres 2013 wird die Demokratische Republik Kongo dem UNÜ beitreten, http://www.newyorkconvention.org/news/democratic-republic-of-the-congo-to-accede-to-new-york-convention (letzter Abruf 15.08.2013).

6 *Kronke/Nacimiento/Otto/Port,* in: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – A global commentary on the New York Convention, 2010, S. 2, dort als „true success story" bezeichnet.

Der inhaltliche Teil beginnt mit einer Einführung von *Liebscher*. Hier wird ein guter Überblick zum UNÜ, dessen Geschichte und den aktuellen Diskussionen wie der Anwendungspraxis und der Reform des UNÜ geboten. Bereits die Lektüre dieser Einführung lohnt sich, da sie einen schnellen Überblick auch zu diesen aktuellen Fragen verschafft.

Einen ersten Schwerpunkt bilden dann die Kommentierungen zu den Formvoraussetzungen in Art. II (*Wolff, Wilske, Fox*) mit über 100 Seiten. Hier können die Autoren einen guten Überblick zu den einzelnen Aspekten der Form einer Schiedsvereinbarung, insbesondere zum Schriftformerfordernis, bieten.

Ein gewisses Problempotential bringt hier nämlich der technische Fortschritt beispielsweise durch das Internet mit sich. Um hieraus nur ein plakatives Segment herauszugreifen: Im Jahre 1958 dachte niemand an einen später möglichen Vertragsschluss per E-Mail, ein Kommunikationsmedium das gerade ohne Unterschrift funktioniert.

Einen weiteren Schwerpunkt setzen die Autoren (*Borris, Hennecke, Wilske, Fox, Liebscher, Quinke und Wolff*) mit der Kommentierung des Katalogs der Anerkennungsversagungsgründe in Art. V UNÜ. Dieser Abschnitt erstreckt sich über 213 Seiten. Die Regelungen des Art. V UNÜ, die abschließend formulierten Anerkennungsversagungsgründe, gehören vermutlich zu jenen, die am häufigsten besprochen werden. Dies liegt auch daran, dass mit dem Verständnis dieser zwei Absätze in Art. V die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung in allen 149 Vertragsstaaten steht und fällt.

Im Anhang des Kommentars finden sich vollumfänglich die offiziellen Sprachfassungen des UNÜ: Englisch, Französisch, Spanisch, Chinesisch und Russisch. Dies wird mit einer Übersicht aller Vertragsstaaten und deren eventuell erklärten Vorbehalten ergänzt.

Im Anhang kann man daneben auch die Empfehlung der UNCITRAL zur Auslegung des Art. II (2) UNÜ, wonach die Schriftformerfordernisse aus Art. II (2) nicht abschließend zu verstehen sein sollen, nachlesen.

Obgleich nicht von allen Stimmen in der Literatur gleich be- und geachtet[7], nimmt der Kommentar völlig zu Recht immer wieder Bezug auf die *travaux préparatoires,* ohne deren Konsultation eine autonome Auslegung des UNÜ schwerlich möglich ist. Auch wird im Anhang dann noch eine zeitlich geordnete Übersicht dieser Materialien dargestellt. Abgerundet wird das Werk mit den Texten der weiteren internationalen schiedsrechtlichen Abkommen.

Wie bereits dargestellt, setzt auch dieser Kommentar inhaltlich einen Fokus auf die problematischen „Dauerbrenner", darunter die Formerfordernisse des Art. II, die Präklusion von Anerkennungsversagungsgründen und die Berücksichtigung der Aufhebung des Schiedsspruchs im Ursprungsland i. S. d. Art. V (1) (e) UNÜ. Daneben geht der Kommentar auch auf die unterschiedliche Anwendungspraxis durch staatliche Gerichte und die Reformdiskussionen zum 40 und 50 jährigen Jubiläum ein.

III. Bewertung und Leseempfehlung

Der Kommentar ist in jedem Fall eine gute und sehr aktuelle Ergänzung des Literaturspektrums auf diesem Feld.

Beachtlich ist zunächst der Literaturfundus, der den kommentierten Artikeln vorangestellt wurde – allein bei Art. V UNÜ erstreckt sich diese Sammlung über ca. acht Seiten.

Erfreulich ist dann auch die Untergliederung der einzelnen Artikelkommentierungen. Neben den Erörterungen zu den einzelnen Merkmalen der jeweiligen Vorschrift finden sich zahlreiche Fundstellen zu entsprechenden Gerichtsentscheidungen sowie auch – und das ergänzt sich gut – textgenetische Ausführungen, beispielsweise zu den Verhandlungen zu den Sprachfassungen.

An manchen Stellen wäre eine noch detailliertere Auseinandersetzung mit den Meinungen der (Kommentar-) Literatur interessant gewesen. Der Fokus scheint hier auf der Darstellung von Gerichtsentscheidungen gelegen zu haben.

Hervorzuheben sind die gut verständliche Sprache sowie der praxisrelevante Darstellungsstil. Allerdings hätten die Autoren an einigen Stellen zu Streitständen ihrer eigenen Meinung noch etwas mehr Gewicht verleihen und noch kritischer vorgehen können.

Insgesamt bietet der Kommentar von *Wolff und Co.* ein gutes Handbuch für spontane Fragen, für die Verschaffung eines Überblicks oder für die Recherche nach weiterführenden Literaturverweisen. Für den Rezensenten wurde der Kommentar zu einem regelmäßig konsultierten Werk – dass dies auch für andere Praktiker und Wissenschaftler gilt, ist zu erwarten.

7 Vgl. z. B. *Veeder,* Is There a Need to Revise the New York Convention, in: The Review of International Arbitral Awards, 2008, S. 187, der die Materialien auch als „unbrauchbar und irrelevant" bezeichnet.

Interview mit Ole von Beust

Vom Jura-Studenten zum Bürgermeister

Auch er war einmal Jura-Student an der Universität Hamburg: Ole von Beust, Erster Bürgermeister der Freien und Hansestadt Hamburg von 2001 bis 2010. Studium und Referendariat beendete er erfolgreich 1983 mit dem zweiten Staatsexamen. Im Interview berichtet er über seine Studienzeit und erläutert die Vor- und Nachteile der Arbeit eines Juristen gegenüber der eines Politikers.

Was hat Sie dazu bewegt Jura zu studieren und wieso haben Sie sich für die Universität Hamburg entschieden?
Ich weiß nicht warum, ich wollte schon als Jugendlicher Jurist werden. Vielleicht bin ich von meinem Vater und meinem Großvater, die beide auch Juristen waren, unbewusst geprägt worden. Als Hamburger habe ich mich für die Universität Hamburg entschieden.

Würden Sie sich nochmals dafür entscheiden oder rückblickend etwas anderes studieren?
Die Entscheidung Jura zu studieren habe ich nie bereut. Vielleicht hätte mich Medizin auch gereizt, aber der numerus clausus war schlicht zu hoch.

Was hat Ihnen am besten/schlechtesten am Jurastudium gefallen und was waren Ihre schönsten/schlimmsten Erfahrungen?
Im Laufe der Jahre habe ich viel davon vergessen. Die einschneidenste Erfahrung war wohl die Hausarbeit zum ersten Staatsexamen, die damals sechs Wochen dauerte und ausgesprochen anstrengend und belastend war. Die schönsten Erfahrungen sind nicht typisch juristisch, sondern Gedanken an die damals noch vorhandene Freiheit während des Studiums, das kaum verschult war.

Wie lange und auf welche Weise haben Sie sich auf das erste Staatsexamen vorbereitet?
Ich habe mich damals über 1 ½ Jahre über ein Repetitorium vorbereitet. Am juristischen Examenskurs habe ich hin und wieder teilgenommen.

Gab es Momente während der Vorbereitung, in denen Sie sich überfordert fühlten und wie haben Sie neue Motivation geschöpft?
Das erste juristische Staatsexamen stellte schon hohe Anforderungen, vor allem deshalb, weil es kaum eine Eingrenzung des Stoffes gab, sondern man sich auf wirklich alles vorbereiten musste. Ein „Abhaken" während des Studiums gab es nicht. Meine Motivation habe ich vermutlich aus meiner politischen Arbeit geschöpft. Ich war damals schon Mitglied der Hamburgischen Bürgerschaft und wollte auf jeden Fall das Examen bestehen, um nicht von der Politik in irgendeiner Weise abhängig zu werden.

Hatten Sie das Gefühl genug gelernt zu haben, als Sie in die Prüfung des ersten Staatsexamens gegangen sind?
Das Gefühl genug gelernt zu haben hatte ich nie. Es ging eher darum „Mut zur Lücke" zu beweisen.

Welche Tipps können Sie unseren Lesern bezüglich der Examensvorbereitung ans Herz legen?
Da das Studium heute – denke ich – mit den Studienbedingungen und dem Ablauf von damals nicht zu vergleichen ist, bin ich nicht in der Lage, kluge Ratschläge zu geben.

Welche Fähigkeiten und Qualitäten, die Sie im Studium erworben haben, haben Ihnen maßgeblich in Ihrem Beruf als Politiker und in Ihrer Position als Bürgermeister geholfen?
Ich glaube, dass das Jurastudium nach wie vor eine gute Voraussetzung für spätere Führungsaufgaben ist, sei es in der Wirtschaft, Politik usw. Die Trennung zwischen Wertung und Tatsachen, Strukturierung von Sachverhalten, das Subsumieren von Lebenssachverhalten unter vorgegebene Strukturen und die Notwendigkeit, Entscheidungen zu treffen – alles das ist für das spätere berufliche Leben nützlich.

Heutzutage führen Sie wieder Ihre eigene Kanzlei, bevorzugen Sie diesen Beruf oder die Tätigkeit als Politiker? Welche Vor- und Nachteile haben beide Berufe für Sie?
Politik ist auf der einen Seite ein sehr abwechslungsreiches und adrenalinförderndes Metier. Auf der anderen Seite ist jede Entscheidung öffentlich, sie haben kaum Zeit Entscheidungen in aller Ruhe zu treffen und werden fortwährend für ihre Handlungsweise von Jedem bewertet. Das ist zwar eine Zeit lang faszinierend, aber bei meiner jetzigen Arbeit, die ich bei allem Umfang in Ruhe selbstbestimmt ausüben kann, fühle ich mich auch sehr wohl.

Nebenbei schreiben Sie Bücher und sind in die Modebranche eingestiegen, was hat Sie dazu bewegt?
Ich unterstütze mehrere Existenzgründer, darunter auch eine aus der Modebranche. Mich reizt dies kaufmännisch und als Hamburger: Wir müssen auch in unserer Stadt viel für start ups tun. Das Buch zu schreiben war

der Wunsch eines Verl
mit dem Buch viele Fr
zeit gestellt wurden, i
und erläutern konnte.

**Was macht Ihrer Mein
eine gute Juristin aus?**
Strukturiertes Denken

Die Fragen stellten Lea
Nina Schöner

Impressum

HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN 2191-6543

3. Jahrgang – Heft 2 – November 2013

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
Lea Christmann
Benjamin Dzatkowski
Cristina Giampietro
Christin Jüngel
Julian Kanschik
Sophie Knebel
Fuluk Liu
Olaf Muthorst (V. i. S. d. P.)
Florian Nahrwold
Sina Nienhaus
Tobias Schliemann
Nina Schöner
Sophia Schulz
Florian Vogelsang

E-Mail:
redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de

Vertrieb, Anzeigen & PR

E-Mail:
vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de
anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de

Verantwortlich für Anzeigen:
Olaf Muthorst.

Internet

Roland Broemel
Christoph Greggersen

Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e. V.

Postanschrift:
Fakultät für Rechtswissenschaft
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg

Hamburger Rechtsnotizen e. V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR 1030 eingetragen.

Einzelvertretungsberechtigt sind:
Erster Vorsitzender:
Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst
Zweite Vorsitzende:
Wiss. Mit. Serena Köppen

Layout/Satz

die computerfabrik
Bernsteinstraße 88, 70619 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.

Rechtswissenschaft leben – Ein Leitbild für die Hamburger Fakultät

Sabine Bernot/Judith Brockmann/Greta Groffy/Markus Kotzur/Dana-Sophia Valentiner/Janwillem van de Loo/Tina Winter

Was erwarten Studierende von ihrer Fakultät? Diese Frage war im Wintersemester 2012/13 Thema einer Online-Umfrage an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg, um Ideen und Erwartungen an ein Leitbild zusammenzutragen.

An der Umfrage beteiligten sich 474 Studierende, 31 Professorinnen und Professoren, 59 wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und 48 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Verwaltung. Es wurden ausschließlich offene Fragen gestellt, um möglichst aussagekräftige Antworten zu erhalten und ein breites Meinungsspektrum einzufangen.

1. Gute Lehre

Die Studierenden haben unterschiedliche Erwartungen an „gute Lehre". Begeisterung und Engagement der Lehrenden für ihr Fach steht für sie an erster Stelle. Die Befähigung zum selbstständigen Denken und Arbeiten steht neben dem Wunsch nach einem „Praxisbezug" und einem „Dialog zwischen Lehrenden und Studierenden" sowie dem „Eingehen auf die Studierenden" an zweiter Stelle. „Kritisches Hinterfragen und Prüfen" wird ebenfalls häufig genannt. Es folgen die „Vorbereitung auf das Examen", „Beispiele und Fälle" sowie „Grundlagenvermittlung". Weiterhin wird die Kontextualisierung des Rechts gefordert, die den Erwerb des nötigen Allgemeinwissens sowie die Erschließung politischer und gesellschaftlicher Zusammenhänge umfasst. Den Studierenden kommt ein Einblick in die Wirkungsweisen des Rechts im Studium zu kurz.

Mitglieder des Professoriums und wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter betonen die Wichtigkeit der Verknüpfung von Forschung und Lehre. Internationalisierung sowie eine zur Profilierung geeignete Schwerpunktsetzung sind ihnen ebenso wichtig wie unterschiedliche Facetten von Interdisziplinarität. Neben den geistes- und sozialwissenschaftlichen Fächern werden ökonomische Bezüge hervorgehoben. Das Selbst- und Rollenverständnis der Lehrenden ist äußerst differenziert. Es reicht vom motivierenden „Trainer" bis zur reflexionsstarken wissenschaftlichen „Denkerin". Die Reduktion der Lehrpersönlichkeit auf einen reinen „Wissensvermittler" ist selten zu finden.

2. An unserer Fakultät studieren

Die Studierenden begründeten ihre Studienfachwahl überwiegend mit einem allgemeinen Interesse am Fach, der durch das Studium ermöglichten beruflichen Vielfalt, dem Interesse an Politik und gesellschaftlichen Zusammenhängen und der Möglichkeit, sich breites Allgemeinwissen aneignen zu können. Darauf folgte der Wunsch, soziale Gerechtigkeit zu schaffen, Zusammenhänge zu begreifen und die gesellschaftlichen Verhältnisse kritisch zu hinterfragen. Auch die hohe gesellschaftliche Relevanz und Verantwortung der Rechtswissenschaft wurden genannt.

Die Wahl des Studienorts wurde größtenteils mit der Attraktivität der Stadt Hamburg und mit der Nähe zum Heimatort begründet.

Die Studierenden gaben an, dass sie sich vor allem aus finanziellen und privatisierungskritischen Gründen für die staatliche Universität entschieden haben. Der Wunsch nach weniger Verschulung, mehr Flexibilität, die Förderung von selbstständigem Denken, weniger Konkurrenz und "Elite" und das breitere Angebot werden als entscheidende Faktoren für

die Wahl einer staatlichen Universität angegeben. Ebenfalls wird die Atmosphäre der Universität als ausschlaggebend benannt, die durch den Kontakt zu den anderen Fakultäten und die Vielfalt der Menschen an einer Volluniversität entsteht.

Studierende, die an der Fakultät ein Studium beginnen, freuen sich auf den Beginn eines neuen Lebensabschnitts, neue Menschen, Selbständigkeit, ansprechende Schwerpunkte und Diskussionen und Debatten. Etwa die Hälfte der befragten Studierenden gab an, dass ihre Erwartungen enttäuscht wurden. Angst und Prüfungsstress, Druck, zu viel und zu "schwerer" Stoff, wenig Begeisterung, Diskussion und Selbständigkeit seien dafür verantwortlich.

3. Zusammenarbeit von Verwaltung und Wissenschaft

Auffällig war, dass das wissenschaftliche Personal und das Verwaltungspersonal die Kommunikation und Zusammenarbeit mit den Mitgliedern der jeweils anderen Gruppe als problematisch kennzeichneten. Kommunikationsprobleme und unterschiedliche Erwartungen aneinander wurden gehäuft benannt oder umschrieben. Während die Verwaltung einen starken Fokus auf die serviceorientierte Betreuung der Studierenden hat, betont das wissenschaftliche Personal, dass ein Dienstleistungsorientierung ihnen gegenüber ebenfalls erwartet und gewünscht wird. Beide Gruppen erachten es als wichtig, dass das Leitbild einen respektvollen Umgang zwischen allen Mitgliedern der Fakultät berücksichtigt. Trotz kritischer Töne gab die Mehrheit beider Statusgruppen an, dass sie die Fakultät als Arbeitsplatz weiter empfehlen würden.

4. Die Zukunft in Schlagworten

„Forschungsstark", „international" und „interdisziplinär", „innovativ und modern", „demokratisch" und „engagiert" waren seitens des wissenschaftlichen und Verwaltungspersonals die am häufigsten genannten Schlagworte für die zukünftige Entwicklung der Fakultät. Der hohe Stellenwert der Grundlagenforschung wurde betont.

Studierende wünschen sich eine anregende Atmosphäre, die durch das Engagement von Lehrenden, Studierenden und Verwaltung entsteht und durch eine gute Betreuung gepflegt wird. Am zweithäufigsten wurde der Wunsch nach allgemeiner, „humanistischer" Bildung, Wissenschaftlichkeit und kritischer Reflexion geäußert. Es folgen eine freundliche, solidarische und gute Atmosphäre, Modernität, Zukunftsorientierung und Progressivität. Häufig fordern die Studierenden auch eine diskursive Vermittlung der Lehrinhalte.

Frischer Wind an der Fakultät: Offshore-Windparks und ihre rechtlichen Hintergründe

Lea Christmann & Nina Schöner

Sie sind fester Bestandteil unserer Energieversorgung: Windräder. Ihr Bau kostet Millionen. Die Errichtung eines Offshore-Windparks ist ein komplexes Projekt, bei dem sich eine Vielzahl von Rechtsfragen stellt: Welche Vertragsform entspricht dem Anlagenbauvertrag, sind AGB sinnvoll oder zu vermeiden, welches Recht gilt in der ausschließlichen Wirtschaftszone, welche Schadensersatzansprüche können geltend gemacht werden und wie verläuft ein Genehmigungsverfahren?

Diese und viele weitere Fragen wurden am 29.4.2013 beim Start der ersten eigens von den Hamburger Rechtsnotizen veranstalteten Vortragsreihe aufgeworfen und beantwortet. An drei aufeinanderfolgenden Montagen versammelten sich interessierte Studierende und Junganwälte, um über das Thema „Offshore Windkraft Anlagenbau" informiert zu werden und anschließend bei Brezeln und Wein zu diskutieren.

Während der beiden Auftaktveranstaltungen gab Dr. Jürgen Cloppenburg, Rechtsanwalt und Head of Legal bei der Siemens Wind Power EMEA, eine Einführung in die zivilrechtlichen Regelungen von Anlagenbauverträgen. Unter anderem wurden Vor- und Nachteile von Standardverträgen wie dem Silverbook der FIDIC erörtert. Wir haben gelernt, dass ein Montageschiff Kosten in Höhe von 250.000 € pro Tag verursacht, sodass ein einziger Sturm horrende Kosten auslösen kann.

Abgerundet wurde die Veranstaltungsreihe durch einen Vortrag aus öffentlich-rechtlicher Perspektive von Christian Dahlke, Leiter des Referats Ordnung des Meeres beim Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie. Dieser konnte aufgrund seiner jahrzehntelangen Erfahrungen anschaulich und praxisbezogen über die verschiedenen Projekte in Nord- und Ostsee berichten. Auch der Zwiespalt der Behörde zwischen dem Umweltziel der Umstellung auf erneuerbare Energie und der Erhaltung der Biotope von im Wasser lebenden Tieren kam zur Sprache.

Rückblickend war es eine gelungene Veranstaltungsreihe: Uns wurde ein Blick über den Tellerrand und ein Einblick in ein interessantes, für uns neues, Rechtsgebiet abseits des universitären Pflichtstoffs ermöglicht.